

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B**

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 1100113334004201600112-01
Actor: RADA AESTHETIC & SPA S.A.S
Demandado: ISNTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE
MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA-
INVIMA
Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto la sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S contra la sentencia del 11 de mayo de 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. (fls. 196 a 204 vlto. cdno. no. 1), mediante la cual se dispuso lo siguiente:

"FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda por las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte vencida, liquídense por Secretaría. Se fija como agencias en derecho el equivalente al 4% del valor de las pretensiones.

TERCERO: DEVUÉLVASE a la parte demandante el remanente que hubiese a su favor, previa liquidación por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

CUARTO: Ejecutoriada la Sentencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XIX. (fl. 204 vlto cdno. no. 1- Mayúsculas y negrillas sostenidas del texto original).

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

Mediante escrito radicado el 19 de junio 2015 en la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, la sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S, actuando por intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 50 a 83 cdno. no. 1), con las siguientes súplicas:

"Lo que se demanda

*La nulidad con el consecuente restablecimiento del derecho de las Resoluciones 2011048910 del 15 de diciembre de 2011 y la Resolución 2015000752 del 14 de enero de 2015, actos administrativos todos expedidos por el **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA**.*

Lo que se pretende

*1. Que como consecuencia de lo anterior, se ordené al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA** exonerar a mi representada del pago de la multa o sanción administrativa impuesta por la Resolución 2011048910 del 15 de diciembre de 2011, confirmada por la Resolución 2015000752 del 14 de enero de 2015, ambas expedidas por el **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA**.*

*2. Que se den los efectos de Ley por inasistencia a la audiencia de conciliación por parte del **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS INVIMA**. (fls. 51 y 52 cdno. no. 1 – Mayúsculas y negrillas sostenidas del texto original).*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) Indica que, el día 16 de Julio de 2012, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima profirió el auto de Traslado de Cargos No. 12000980 del 16 de Julio de 2012, dentro del proceso sancionatorio administrativo 201200353, por medio del cual inició proceso sancionatorio y traslado cargos a Comerdi S.A.S, sociedad que reconoció los hechos por los cuales se sancionó nuevamente a la sociedad Rada Aesthetic & SPA SAS Bogotá.

2) Comunica que, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-INVIMA, mediante Auto 12001133 del 11 de septiembre de 2012 inició la etapa probatoria dentro del proceso sancionatorio 201000554, que es el proceso sancionatorio dentro del cual se sancionó a la sociedad Comerdi S.A.S.

3) Informa que, la entidad demandada, mediante la Resolución No. 2012032354 del 6 de noviembre de 2012, impone a la sociedad Comerdi S.A.S, una multa de dos mil (2000) salarios mínimos diarios vigentes, resolución que posteriormente fue confirmada.

4) Comunica que, a pesar de que la sociedad Comerdi S.A.S, reconoció la responsabilidad de los hechos, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima, continuó adelantando unas actuaciones administrativas en contra de sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S Bogotá.

5) Señala que mediante la Resolución No. 2011048910 del 15 de diciembre de 2011, el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima, impuso una sanción a la sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S Bogotá, consistente en una multa de dos mil (2000) salarios mínimos diarios legales vigentes.

6) Advierte que el 15 de febrero año 2012, la sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S, interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 2011048910 del 15 de diciembre de 2011, dicho recurso fue resuelto mediante la Resolución No. 2015000752 del 14 de enero de 2015, es decir, después de 3 años y casi 11 meses de haberse presentado, lo que implica que la entidad demandada había perdido competencia para seguir con el trámite sancionatorio y dejó de aplicar el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

7) Indica que, el recurso presentado, se debió resolver y notificar en el plazo de un año, cosa que no ocurrió, por lo que el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima, debió aplicar oficiosamente la regla

establecida en el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

8) Manifiesta que existe una sanción por los mismos hechos contra otra persona jurídica denominada Rada Aesthetic 6B Spa Ltda, sanción que fue impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del expediente administrativo 11 -3599, lo que implica que los hechos sancionados en este asunto, son responsabilidad de otras personas jurídicas, y lo que implica además, que se haya sancionado 3 veces un mismo hecho, y su representada se vea perjudicada, porque los hechos cometidos son responsabilidad de un tercero, esto es la sociedad Comerdi S.A.S, tal y como fue reconocido en las actuaciones administrativas del expediente sancionatorio Invima 201200353, el cual se llevó en contra de la citada sociedad.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El concepto de violación esgrimido por la sociedad demandante tuvo como fundamento, en síntesis, los siguientes cargos:

3.1. "Violación de las Garantías Procesales"

Adujo que la empresa Rada Aesthetic SPA S.A.S Bogotá no es responsable de la violación a las normas endilgadas por el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima, pues dentro de la actuación administrativa la empresa Comerdi S.A.S reconoció esa responsabilidad.

Agrega que, se quebrantó el artículo 29 superior pues se endilgó una responsabilidad no atribuidle a la demandante.

Expuso que la entidad demandada también quebrantó lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, pues los recursos fueron interpuestos el 15 de febrero de 2012, pero fueron resueltos por medio de la Resolución N° 2025000752 del 14 de enero de 2015 y notificados el día 21 de ese mismo mes y año.

3.2. "Violación de las normas sustanciales"

Expuso la parte demandante que el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima endilgó una conducta que no se encontraba prohibida por la ley por lo que vulneró los artículos 6º, 84 y 333 de la Constitución Política y el artículo 14 de la Ley 1355 de 2009 y los principios de favorabilidad e "*indubio pro administrado*".

Anota que la publicidad de productos alimenticios no se encuentra expresamente prohibida por la ley y al no estar tipificada expresamente era necesario que se aplicara el principio de "*in dubio pro administrado*" y favorabilidad en beneficio del demandante.

Agregó que la publicidad de los productos alimenticios no necesita aprobación de la autoridad sanitaria y también es permitido que se presenten frases explicativas sobre las propiedades de estos.

Adujo que en el folleto publicitario no se hace alusión a que el producto cure o prevenga alguna enfermedad, por lo que no se puede considerar que la publicidad esté incurso en alguna de las prohibiciones establecidas en los artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979.

Advierte que el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima no explicó de qué manera se vulneraron las normas endilgadas y tampoco en qué medida la publicidad contrarió las disposiciones normativas. Además, la publicidad en ninguna parte menciona que el producto sirva para curar enfermedades, lo cual tampoco puede tenerse en cuenta como una forma de engaño sobre las propiedades del producto, pues lo que se indica en la publicidad objeto de debate es que el consumo del "té" colabora o ayuda a la reducción del peso corporal, lo cual no constituye cura para alguna enfermedad, dado que el aumento de peso es una condición de salud, más no una patología.

Aduce que los actos administrativos censurados carecen de motivación, porque no explican de manera clara en qué consisten las propiedades medicinales que se atribuyen presuntamente al producto, en atención a

que no puede considerarse que el sobrepeso por sí mismo constituya una enfermedad.

La entidad demandada no basó la conclusión de que el producto supuestamente no cuenta con las propiedades anunciadas en la publicidad en un soporte científico como un dictamen pericial, no obstante, en la etapa de pruebas negaron las necesarias para demostrar que el té sí cuenta con las propiedades anunciadas.

Advierte que la Ley 1355 de 2009 establece que el Estado debe prevenir la obesidad a través del incentivo en el consumo de frutas, verduras y propender porque las personas tengan hábitos saludables, ello implica que la enfermedad a tratar sea la obesidad, no el aumento de peso, y en gracia de discusión, la alusión al consumo de frutas y verduras desde el punto de vista de la autoridad sanitaria sería contraria a las previsiones de la Ley 9 de 1979.

Sostuvo que para la época de los hechos no existía una reglamentación referente a los productos que contrarrestan la obesidad, lo cual implica que la entidad no podía sancionar en ausencia de norma reglamentaria. Por lo anterior, insistió, que la entidad debió aplicar los principios de "*indubio pro administrado*" y de favorabilidad

Explica que el principio de libertad de empresa establece que los particulares pueden desarrollar sus actividades económicas siempre que lo hagan conforme a la ley, no se puede entonces limitar tal derecho por medio de requisitos no previstos en la legislación, pues ello quebranta los principios de legalidad y buena fe.

4. Contestación de la demanda.

El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda (fls. 112 a 124 cdno. no. 1), con fundamento, en síntesis, bajo los siguientes planteamientos:

Dentro del proceso sancionatorio 201100202, se trasladaron cargos en contra de la sociedad Rada Aesthetic & SPA Ltda por transgredir la normatividad sanitaria: "(...) Publicitar el Alimento TE CHINO DEL DR. RADA, con Registro Sanitario INVIMA RSAD13184209 en la página web www.clinicarada.com, otorgando propiedades medicinales preventivas y nutritivas que dan lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto tales como "Adelgace 10 Kg. En 30 días!, Tome una taza de té chino reductor del Dr. Rada 2 veces por día y adelgace 2.5 Kg por semana, comiendo normalmente y sin hacer dieta", "La forma fácil de adelgazar", "Pierda peso comiendo todo lo que quiera y sin privarse de nada", "El Dr. Rada hace desaparecer el exceso de peso", "Con mi té reductor usted pierde peso de forma fácil y rápida", vulnerando con ello los Artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979.

Publicitar el Alimento TE CHINO DEL DR. RADA, con Registro Sanitario INVIMA RSAD13184209 en: Revista Elenco Ediciones 35, 28 y 38 de fechas 03 de diciembre de 2009, 27 de agosto de 2010 página 21, 04 de febrero de 2010; Revista Carrusel Nos 1513 y 1520 de fechas septiembre 18 de 2009 y enero 29 de 2010, Revista Nueva del 28 de septiembre de 2009 página 5 y Revista TV y Novelas de fecha septiembre 05 al 18 de 2009, otorgando propiedades medicinales preventivas y nutritivas que dan lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto tales como "Adelgace 10 Kg. En 30 días!, Tome una taza de té chino reductor del Dr. Rada 2 veces por día y adelgace 2.5 Kg por semana, comiendo normalmente y sin hacer dieta", "La forma fácil de adelgazar", "Pierda peso comiendo todo lo que quiera y sin privarse de nada", "El Dr. Rada hace desaparecer el exceso de peso", "Con mi té reductor usted pierde peso de forma fácil y rápida", vulnerando con ello los Artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979 (...)"

Explica que el 28 de noviembre del 2011, el señor Arturo Ángel Medina, en calidad de representante legal de la sociedad Comerdi S.A.S., rindió declaración juramentada dentro del trámite sancionatorio 201100202, y teniendo en cuenta lo manifestado sobre la responsabilidad en la realización de la actividad publicitaria del Alimento Te Chino del DR. RADA en medios impresos, de manera oficiosa se ordenó el desglose conforme a lo establecido en el artículo 117 de Código de Procedimiento Civil, y se remitió al grupo de Procesos Sancionatorios en Publicidad para lo de su competencia, dejando copia del documento desglosado en el proceso sancionatorio 201100202, tal y como lo dispone la precitada norma.

Posteriormente, mediante Resolución No. 2011048910 dentro del proceso sancionatorio N° 201100202, se impuso sanción a la sociedad Rada Aesthetic & SPA Ltda.

Explica que el hecho de que se investigara y sancionara a la sociedad Comerdi S.A.S., por publicidad en medios impresos, no tiene nada que ver con las pretensiones del actual medio de control, por cuanto los procesos sancionatorios hacen referencia a hechos y sociedades diferentes, una investigada y sancionada por publicidad en medios impresos y la aquí demandante por publicidad a través de página web.

La actora pretende confundir al despacho, al señalar que la conducta ya fue objeto de sanción, pero olvida mencionar que la publicidad que transgrede la normatividad sanitaria y origina las actuaciones administrativas, se ejecutó por sociedades diferentes a través de medios publicitarios disímiles.

Reitera que a la sociedad Comerdi S.A.S., se le investigó y sancionó por publicidad en medios impresos y a la aquí demandante por publicidad a través de página web.

En el caso objeto de examen, la entidad demandada en ningún momento ha vulnerado lo normado en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que dentro del trámite sancionatorio no se establecieron requisitos diferentes o adicionales a los determinados en la ley 9 de 1979.

La citada norma precisa que en la publicidad de los alimentos y bebidas no se puede hacer alusión a propiedades medicinales, preventivas o curativas que pueden dar lugar apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto.

En materia sanitaria prevalece el interés general de la población, lo anterior, teniendo en cuenta que la actividad ejercida por el demandante es la fabricación de alimentos, actividad que es inspeccionada y vigilada

por este instituto, en el cumplimiento de la normatividad sanitaria, para de esta manera velar por la protección de la salud de la población.

En el caso en concreto, el incumplimiento de la normatividad sanitaria por parte del aquí demandante consistió en atribuirle propiedades curativas a un alimento dentro de su publicidad, situación que se encuentra prohibida expresamente en el artículo 274 de la Ley 9 de 1979, por tal razón, el derecho que establece el artículo 84 de la Constitución Política, nunca le fue conculcado a la sociedad demandada.

Señala que, la Ley 9 de 1979 establece respecto de la publicidad de los alimentos y bebidas una prohibición expresa referente a la alusión de propiedades medicinales, preventivas o curativas que puedan dar lugar apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del alimento, en esa medida, al Te (alimento) no se le puede atribuir u otorgar propiedades medicinales preventivas y nutritivas que puedan llevar al consumidor a fundarse apreciaciones falsas o aparentes, sobre la verdadera naturaleza del producto tales como *"Adelgace 10 kg en 30 días"*, *"Tome una taza de Té chino reductor del Dr. Rada dos veces por día y adelgace 2.5 Kg por semana, comiendo normalmente y sin hacer dieta"*, *"La forma fácil de adelgazar"*, *"Pierda peso comiendo todo lo que quiera y sin privarse de nada"* *"El Dr. Rada hace desaparecer el exceso de peso"*, *"Con mi Té reductor usted pierde peso de forma fácil y rápida"*.

Lo anterior, transgrede lo descrito en los artículos antes referidos de la Ley 9 de 1979, en cuanto se le atribuyen propiedades especiales a un alimento, dentro de su publicidad.

En materia de normatividad sanitaria prevalece el interés general de la población y en ningún momento se le están vulnerando los derechos que alega la demandante, por lo que se reitera que no se le está exigiendo ningún requisito adicional a los ya establecidos dentro de la normatividad sanitaria.

El proceso sancionatorio adelantado por la entidad demandada en cumplimiento de la función otorgada por el numeral 3º del Artículo 4º,

numeral 6° del artículo 10 del Decreto 2078 de 2012 y el artículo 18 del Decreto 1290 de 1994, consistente en identificar y evaluar las infracciones a las normas sanitaria, adelantar las investigaciones y aplicar las sanciones por las infracciones a las normas sanitarias cometidas por parte de los productores, importadores, exportadores, comercializadores y expendedores, se ciñó a lo dispuesto en la normatividad sanitaria y en ningún momento se establecieron requisitos o exigencias adicionales a las establecidas ni se restringió la libertad económica que menciona pero no sustenta el demandante.

Advierte que mediante auto No. 11000900 del 31 de mayo de 2011, se dio inicio al proceso sancionatorio No. 201100202 y se trasladó cargos en contra de la sociedad Rada Aesthetic & SPA Ltda.; surtido el trámite dentro de la actuación administrativa, la entidad demandada profirió la Resolución No. 2011048910 de 15 de diciembre de 2011 mediante la cual se califica el proceso sancionatorio 201100202 y se impone multa de 2000 salarios, decisión que fue confirmada por la Resolución No 2015000752 de fecha 14 de enero de 2015.

Indica que, en cuanto a la valoración probatoria, la entidad demandada tuvo en cuenta la diligencia de declaración juramentada rendida por el señor Arturo Ángel Medina, así como todos los documentos obrantes dentro del proceso sancionatorio.

Dentro de la actuación administrativa obran pantallazos de la página web www.clinicarada.com en donde se anuncia propiedades medicinales del Té Chino Reductor del Dr. Rada; conducta trasgredida por la sociedad Rada Aesthetic & Spa Ltda.

Los documentos que se señalan se tuvieron como pruebas permitieron en su momento tener conocimiento de unos presuntos hechos constitutivos de una trasgresión a la normatividad sanitaria vigente.

A folios 31, 44 al 47 y 74 de la actuación administrativa obra la publicidad del alimento Té Chino Reductor del Dr. Rada anunciado en la

Revista "elenco", edición 35 del 3 de diciembre de 2009, revista mensual interna de la Clínica Rada Aesthetic & Spa Año 1 Numero 0 y Revista Carrusel del 18 de septiembre del 2009, Edición 1513, la cual consiste en una publicidad de un alimento anunciado propiedades medicinales; conducta trasgredida por la sociedad Comerdi S.A.S.

Mediante Oficios CP 300-00147-10 de radicado 10023911 del 9 de Abril del 2010, Oficio 404-1003-10 de radicado 10048441 del 7 Julio del 2010, Oficio CP 300-No.0074-10 de radicado 10020056 del 25 Marzo de 2010, Oficio CP 300-835-10 de radicado 10054119 del 29 Julio de 2010 y Oficio GP 300-401-10 de radicado 10048133 del 7 de Julio 2010 la Coordinadora Grupo de Publicidad del INVIMA, la Subdirectora de Alimentos y Bebidas Alcohólicas del INVIMA y la Coordinadora del Grupo Trabajo Territorial Centro Oriente 2 (Folios 35, 36, 52, 78, 79, 85, 87, 112 y 113) pusieron en conocimiento de este Despacho las diferentes denuncias de publicidad y acciones de inspección vigilancia y control realizadas en contra de la sociedad Rada Aesthetic & Spa Ltda.

Advierte que la entidad demanda realizó un análisis técnico por parte de los profesionales respecto de la publicidad evidenciada en la página web objeto de investigación, lo cual confirma y ratifica la conducta endilgada en el presente proceso sancionatorio.

Anota que el trámite del proceso sancionatorio fue realizado con apego a los criterios constitucionales y legales del caso y valorando las pruebas recaudas en su conjunto.

Aduce que el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y -Alimentos- Invima no ha violado el principio constitucional de legalidad, en virtud de que las normas por las se sancionó a la sociedad demandante son preexistentes, a la trasgresión a la normatividad sanitaria y al inicio del sancionatorio.

Frente a la vulneración del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, advierte que debe tenerse en cuenta que tanto los hechos que motivaron el proceso sancionatorio, como el inicio del mismo, se

dieron en vigencia del Código Contencioso Administrativo Ley 01 de 1984. Por consiguiente, en tanto el demandante no acudiera ante la Jurisdicción ordinaria, la administración se encontraba habilitada para resolver el recurso.

Manifiesta que no se puede aplicar al presente caso la Ley 1437 de 2011, habida cuenta, que el régimen de transición indica que todo proceso iniciado con el código antiguo debe culminarse con este.

En lo que respecta a la vulneración del artículo 14 de la Ley 1355 de 2009, señala que a pesar de que la publicidad del producto objeto de debate informaba que el propósito de éste era el de reducir peso, no indicaba que el uso de este no suprime la práctica de actividad física y una alimentación saludable, como lo exige la norma.

Dentro del proceso sancionatorio, se estableció de manera suficiente la conducta de infracción sanitaria por parte de la sociedad investigada, al publicitar el alimento Té Chino del Dr. Rada enunciado propiedades o especificaciones con las que no cuenta el producto, conducta totalmente prohibida por la legislación sanitaria vigente.

5. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., procedió a emitir la sentencia apelada denegando las pretensiones de la demanda, con el sentido y alcance de las determinaciones ya transcritas en la parte inicial de esta providencia.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron, en síntesis, los siguientes:

1) El procedimiento sancionatorio No. 201100202 inició en virtud del auto No. 11000900 del 31 de mayo de 2011, la facultad sancionatoria de la demandada se rige por lo señalado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, en razón de ser esta la norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos, esto en consideración a lo dispuesto por el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo

y de lo Contencioso Administrativo, mediante el cual se estableció el régimen de transición de la Ley 1437 de 2011.

Advierte el juez de primera instancia que como lo que aquí se controvierte es la competencia temporal con que contaba la administración para resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio definitivo, el artículo 38 del C.C.A, establecía lo siguiente: *"Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas"*.

Como se observa, la norma no previó un término especial para resolver los recursos que se interpusieran en sede administrativa, como sí lo hace ahora el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, razón por la que es determinante precisar el momento en que se estima cumplido el término de los tres (3) años para considerar que ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración y que actuaciones comprenden el ejercicio de dicha función.

El *a quo* señala que se acoge el precedente judicial contenido en la providencia del 29 de septiembre de 2009, expediente No. 2003-00442, Consejera Ponente Susana Buitrago Valencia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Anota que de conformidad con lo expresado en la sentencia antes señalada los tres (3) años con los cuales contaba la entidad para sancionar, debían contabilizarse hasta el momento en el cual se notificó el acto administrativo principal, sin que en ese interregno se debieran resolver los recursos de la entonces denominada vía gubernativa.

Pese a que el precedente judicial señaló que ese lapso de tres (3) años no fue concebido para resolver los recursos, lo cierto es que ninguna norma preveía tal circunstancia, luego es claro que la administración no perdía competencia sancionatoria por dicha omisión, sino que debía entenderse que en razón del silencio administrativo negativo se

habilitaba al administrado para acudir a la jurisdicción a controvertir el acto y solo al momento en que se notificara la demanda la administración perdía competencia, pero para resolver el recurso, no para imponer la sanción, se insiste.

Advierte que el apoderado de Rada Aesthetic & Spa S.A.S, no hizo uso del medio de control y, en consecuencia, no se notificó el auto admisorio de la demanda antes de que el INVIMA, a través de la Resolución No. 2015000752 del 14 de enero de 2015, resolviera el recurso de reposición interpuesto, es evidente que no había perdido competencia temporal para el efecto y menos aún para hacer uso de su facultad sancionatoria.

2) Frente al cargo de falsa motivación el *a quo* señaló que las normas trasgredidas en razón de las cuales el INVIMA sancionó a la aquí demandante, son los artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979.

En consideración a que Rada Aesthetic & Spa Ltda. publicitó el alimento "*Té chino del doctor Rada*" con registro sanitario INVIMA RSAD13184209, en la página web www.clinicarada.com otorgando propiedades medicinales preventivas y nutritivas que dan lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto, tales como "Adelgace 10 Kg en 30 días" "Tome una taza de té chino reductor del Dr. Rada dos veces por día y adelgace 2.5 Kg por semana, comiendo normalmente y sin hacer dieta" "La forma fácil de adelgazar", "Pierda peso comiendo todo lo que quiera y sin privarse de nada", "El Dr. Rada hace desaparecer el exceso de peso", "Con mi té reductor usted pierde peso de forma fácil y rápida".

Advierte el juez de primera instancia que, de conformidad con lo anterior, no se discute por los sujetos procesales que el referido té es un alimento, el motivo de inconformidad de la parte demandante es que se haya derivado de las frases publicitadas en la página web de la Clínica Rada, propiedades medicinales, preventivas y nutritivas al mismo que contravinieran los artículos 272 y 274 precitados.

El *a quo* explica que el tenor literal del artículo 272 de la Ley 9 de 1979, contiene una prohibición y es claro en cuanto a la conducta que veda, que es atribuirle propiedades a los alimentos o bebidas que induzcan al consumidor a hacer apreciaciones falsas sobre su verdadera naturaleza, origen, composición o calidad.

Indica que no es relevante qué propiedad se le atribuye al alimento o bebida, esto es medicinal, preventiva, nutritiva, lo que pretendió el legislador con su prohibición es que el productor y/o comercializador no induzca al consumidor en error en cuanto al producto en sí mismo, pues ello implica un riesgo para la salud.

En el presente asunto, está ampliamente demostrado en la actuación administrativa, que en la página web de la Clínica Rada se le hacía publicidad al té con frases como: *"Adelgace 10Kg en 30 días", "Tome una taza del Té Chino Reductor del Dr. Rada 2 veces por día y adelgace 2.5 Kg por semana, comiendo normalmente y sin hacer dieta!", "La forma fácil de adelgazar", "Pierda peso rápido, comiendo todo lo que quiera y sin privarse de nada", "Comiendo normalmente y sin hacer ejercicios", "La fórmula del Dr. Rada hace 'desapareced' el exceso de peso.", "El Té Chino del Dr. Rada disuelve instantáneamente las acumulaciones de agua y grasa que ocasionan el exceso de peso".*

El *a quo* insiste en que sin importar si esas frases hacen referencia a propiedades medicinales, preventivas, curativas o nutritivas, lo cierto es que sí le atribuía una propiedad especial, esta es que las personas que lo consumieran perdieran peso, lo cual se traduce en que el alimento o bebida, atendía más que la necesidad fisiológica de nutrición, lo cual indujo a los consumidores a hacer apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza, origen, composición y calidad del *"Té chino del Dr. Rada"*.

Anota que la empresa demandante sí incurrió en la prohibición que tipifica el artículo 272 de la Ley 9 de 1979, hecho que configura una amenaza al derecho a la salud pública, luego era deber del INVIMA

sancionarla, lo cual se traduce en que por esta circunstancia los actos administrativos demandados no fueron falsamente motivados.

Añade que la expresión normativa es clara, y no puede la sociedad demandante ampararse en el principio de *in dubio pro administrado*, para argumentar que, en ausencia de una definición legal del concepto en debate, la entidad debió dar productos de carácter alimenticio. Tampoco pueden entenderse como quebrantados los principios de la buena fe y confianza legítima, dado que la entidad en su actuación no hizo incurrir al actor en la convicción errada e invencible de algún acontecimiento, no modificó, ni varió, de manera inconsulta y arbitraria la situación de la sociedad demandante, con ocasión a la investigación administrativa.

Concluye el *a quo* que los actos administrativos cuestionados no quebrantaron los artículos 6, 29, 84 y 333 superiores, dado que, la prohibición contenida en el artículo 272 de la Ley 9 de 1972 es expresa y clara, y debe interpretarse en su sentido natural y obvio, es decir, limita el contenido de la publicidad que sobre alimentos se puede utilizar, la cual no puede hacer alusión a elementos con características, bondades o atributos que puedan hacer incurrir en error a las personas sobre naturaleza, origen, composición o calidad de los mismos.

En lo concerniente a que otra era la empresa encargada de hacer la publicidad del "té chino del doctor Rada", se advierte que la circunstancia en razón de la cual se impuso la sanción a la aquí demandante fue por la publicidad que realizó en su página web y en los medios impresos que circulaban al interior de la Clínica Rada, exclusivamente. Luego no es de recibo pretender atribuir la responsabilidad por la infracción normativa a un tercero, como lo es Comerdi S.A.S.

3) Con respecto al principio *non bis in ídem*, la Corte Constitucional en las sentencias C-870 de 2002 y C-478 de 2007, sostuvo que es la garantía en virtud de la cual se prohíbe permanentes y sucesivas

investigaciones y sanciones a partir de un mismo comportamiento, lo cual se funda en los principios de seguridad jurídica y justicia material amparados por la figura de la cosa juzgada.

No obstante, dicho principio no impide que una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria, lo que se prohíbe es que dentro de la misma área del derecho y mediante dos o más procesos, se pretende juzgar y sancionar repetidamente un comportamiento.

Advierte el juez de primera instancia que el apoderado de la parte demandante alegó la vulneración de dicho principio en consideración a que por estas mismas circunstancias fácticas fue sancionada la sociedad Rada Aesthetic y SPA S.A.S, y revisado el acervo probatorio no obra medio de convicción en virtud del cual se pueda constatar que por los mismos hechos se sancionó a las sociedades Rada Aesthetic y SPA S.A.S ni que esta sociedad sea la demandante dentro del presente medio de control, es decir, no hay certeza de que una misma persona jurídica haya sido investigada y sancionada por la entidad demandante en razón de un mismo comportamiento.

6. El recurso de apelación.

La sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia (fls. 212 a 216 cdno. no. 1), impugnación que fue concedida por el *a quo* mediante auto del 1º de junio de 2018 (fl. 218 *ibidem*).

La parte actora, esto es, la sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S, presenta recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia a fin de que esta sea modificada en el sentido de que se acceda a las pretensiones de la demanda, sustentándolo, en síntesis, en los siguientes términos:

1) Solicita que para la decisión al presente recurso de apelación se tengan en cuenta todos y cada uno de los argumentos de defensa presentados tanto en el escrito de la demanda, como en los respectivos alegatos de conclusión y los contenidos en este escrito de apelación.

Señala que la norma prevista en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, es una norma procesal, y las normas procesales rigen desde el mismo momento en que entran en vigencia inmediatamente después de su publicación, y también atendiendo lo dispuesto al principio de favorabilidad al administrado.

Anota que es dable en el presente asunto, aplicar la facultad sancionatoria de la administración, toda vez que el recurso presentado fue resuelto con posterioridad al término previsto en ese mismo artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

Explica que siendo la anterior una norma procesal, era aplicable al desarrollo del proceso sancionatorio desde el mismo momento de su publicación y para estos efectos no era aplicable el artículo 38 del antiguo Código Contencioso Administrativo.

Señala que el precedente citado por el juzgado de primera instancia no resuelve ni da luces sobre el tema de fondo, es decir, no resuelve el problema de la norma procesal aplicable y su vigencia inmediata al proceso sancionatorio que cursaba, ni tampoco resuelve la aplicación del principio de favorabilidad al particular administrado- sancionado investigado.

Anota que es presupuesto de admisibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa que los actos administrativos se encuentren en firme y debidamente ejecutoriados y el primer acto que impuso la sanción no lo estaba pues no se había resuelto el recurso de reposición.

Advierte que no existe ni existía norma expresa que habilitara al administrado para acudir a la jurisdicción a controvertir el primer acto,

fundamentado en el silencio administrativo negativo de la Administración para resolver el recurso.

2) Reitera los argumentos de la demanda y de los alegatos de conclusión, en el sentido de que los actos demandados están falsamente motivados, pues desconocieron la aplicación de la ley de obesidad, tantas veces mencionadas en el expediente y no tuvo en cuenta ni siquiera las pruebas aportadas o solicitadas.

Indica que en la sentencia ni siquiera se mencionan esas pruebas, a las cuales no se les dieron ningún valor, toda vez que no fueron analizadas.

Argumenta que la ley de obesidad es una ley especial y posterior, que en todo caso se debe aplicar de preferencia a la Ley 9 de 1979.

Las pruebas de que eran otras las personas responsables de los hechos que se le endilgaron a la sociedad demandante, contrario a lo afirmado por el *a quo*, sí se encuentran en el plenario, pues a él se anexaron las pruebas de los actos administrativos que correspondían a la sanción impuesta a otras personas jurídicas por los mismos hechos y el mismo tema.

Finalmente solicita revocar la condena en costas por cuanto no se da ninguno de los presupuestos procesales de dicha condena.

7. Actuación surtida en segunda instancia.

Por auto del 22 de enero de 2019 (fls. 4 y 5 cdno. ppal.), se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y posteriormente, el 2 de agosto de 2019 (fl. 9 *ibidem*), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, oportunidad en la que el Ministerio Público podría emitir su respectivo concepto.

Dentro de dicho lapso, tanto la sociedad demandante como la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión (fls. 11 a 38 y 39 a 44 cdno. ppal.), donde, en síntesis, reiteraron los argumentos expuesto en

los escritos contentivos de la demanda, contestación de la misma y del recurso de apelación.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) Competencia del *ad quem* 2) objeto de la controversia; 3) análisis del recurso de apelación; y 4) condena en costas.

1. Competencia del *ad quem*.

Sobre el punto, cabe advertir que, dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora, esto es, la sociedad Rada Aesthetic & SPA S.A.S, con el fin de que se revoque la sentencia impugnada, y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada.

En efecto, el artículo 328 del Código General del Proceso, preceptúa:

"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. (...)". (Negrillas fuera de texto).

En ese contexto, es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

2. Objeto de la controversia.

La sociedad Rada Asthetic & SPA Ltda, pretende la declaración de nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. **2011048910** del 15 de diciembre de 2011 "*Por la cual se califica el proceso sancionatorio Nro. 201100202*" y **2015000752** del 14 de enero de 2015 "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No. 201100202*", al considerar que fueron expedidas por el Instituto de vigilancia de Medicamentos y Alimentos-INVIMA con: i) Falta de competencia debido a que el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición fue notificado por fuera del año, por lo que contraría el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, ii) Falsa motivación, y iii) Expedición irregular por desconocimiento del principio del *non bis in idem*.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, en los términos ya indicados en el acápite de la sentencia impugnada.

El recurso de apelación interpuesto por la sociedad Rada Aesthetic & SPA SAS se contrae a solicitar que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, en los términos ya indicados en el acápite del recurso de apelación.

3. Análisis de la apelación.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia, la Sala revocará la sentencia apelada, y en su lugar, declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, por las razones que se consignan a continuación:

En primer lugar, es importante advertir que, como ya se dijo en el acápite 2 de estas consideraciones, dado que solamente interpuso recurso de apelación la parte actora, esto es, la sociedad Rada Aesthetic S.A.S, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, dado que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no regula ese aspecto procesal, la competencia del juez en segunda instancia se circunscribe exclusivamente al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada, vale decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, razón por la cual, la competencia funcional de esta Corporación se encuentra restringida legalmente.

Ahora bien, en cuanto se refiere a los planteamientos esgrimidos por la sociedad recurrente, tenemos lo siguiente:

1) Insiste el apelante que en el presente asunto se debió dar aplicación a lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, por lo que es dable aplicar la facultad sancionatoria de la administración, toda vez que el recurso de reposición en contra del acto sancionatorio fue resuelto con posterioridad al término previsto en la citada disposición.

Siendo la anterior, una norma procesal, era aplicable al desarrollo del proceso sancionatorio desde el mismo momento de su publicación y para estos efectos no era aplicable el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 Código Contencioso Administrativo.

Señala que el precedente citado por el juzgado de primera instancia, no resuelve, ni da luces sobre el tema de fondo, es decir, no resuelve el problema de la norma procesal aplicable y su vigencia inmediata al proceso sancionatorio que cursaba, ni tampoco resuelve la aplicación del principio de favorabilidad al particular administrado- sancionado investigado.

Advierte que no existe ni existía norma expresa que habilitara al administrado para acudir a la jurisdicción a controvertir el primer acto, fundamentado en el silencio administrativo negativo de la Administración para resolver el recurso.

Frente a este punto de la apelación la Sala precisa que, la actuación administrativa objeto de estudio inició mediante auto No. **11000900 del 31 de mayo de 2011**, contra la sociedad Rada Aesthetic & SPA Ltda, por presuntamente transgredir los artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979 (fl. 7 cdno no. 1), fecha para la cual se encontraba en vigencia el **Decreto 01 de 1984**, el cual rigió hasta el 1º de julio de 2012¹,

Ahora bien la facultad administrativa sancionatoria que ostenta el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima se encuentra delimitada por los términos de caducidad previstos en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 vigente para la fecha en que inició la actuación administrativa, 31 de mayo de 2011, por presuntamente transgredir la norma sanitaria al publicitar el alimento Té Chino del Dr. Rada con registro sanitario INVIMA RSAD13184209 en la página Web www.clinicarada.com, otorgando propiedades preventivas y nutritivas que dan lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto y publicitar el citado alimento en Revista Elenco Ediciones 35, 28 y 38 de 3 de diciembre de 2009, 27 de agosto de 2010, 4 de febrero de 2010, Revista Carrusel Nos. 1513 y 1520 de fechas septiembre 18 de 2009 y enero 29 de 2010, Revista Nueva del 28 de septiembre de 2009 página 5 y Revista TV y Novelas de fecha septiembre 05 al 18 de 2009, otorgando apreciaciones medicinales, preventivas y nutritivas que dan lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto, por lo que, la norma aplicable para efectos de establecer la caducidad de la facultad sancionatoria y pérdida de competencia, ante la ausencia de una norma especial, es el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo - Decreto 01 de 1984.

¹ De conformidad con el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011 ese cuerpo normativo empezó a regir el 2 de julio de 2012, en donde se dispuso además de manera expresa que "(...) los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirían rindiéndose y culminarían de conformidad con el régimen jurídico anterior".

Ahora bien, el artículo 308 de la **Ley 1437 de 2011**, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", sobre el régimen de transición y vigencia de la ley, establece:

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior." (Negrillas fuera de texto).

En virtud de lo anterior, tenemos que la Ley 1437 de 2011, solo se aplica a los procedimientos y actuaciones administrativas que se inicien con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de la misma, y que los procedimientos y actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la fecha de vigencia de la ley, se seguirán rigiendo y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior, esto es, con el **Decreto 01 de 1984**.

Conforme a lo anterior, es claro entonces que, en relación a la transición normativa producida entre el C.C.A. (Decreto 01 de 1984) y el CPACA (Ley 1437 de 2011), esta última ley estableció las reglas para su aplicación y entrada en vigencia de forma expresa, lo que conduce a descartar de entrada cualquier desconocimiento de sus disposiciones, bajo cualquier pretexto, pues, en este sentido, la Ley 1437 de 2011 es precisa en señalar que su aplicación y, por ende, todas las figuras, instituciones, términos y demás elementos creados bajo su promulgación, serán aplicables en virtud de su entrada en vigencia, esto es, a partir del 2 de julio de 2012. Por ende, las actuaciones administrativas iniciadas con anterioridad a esa fecha deben cumplirse con las ritualidades, figuras, instituciones, términos y demás elementos propios del **Decreto 01 de 1984**.

En efecto el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establece:

"ARTÍCULO 38. CADUCIDAD RESPECTO DE LAS SANCIONES. *Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas."*

La norma transcrita dispone que la potestad sancionatoria que ostentan las autoridades administrativas caduca al cabo de 3 años; señalando que su cómputo empieza el día que haya tenido lugar la ocurrencia de la falta.

En ese orden de ideas, la *caducidad de la facultad sancionatoria* se entiende como la pérdida de una potestad por falta de actividad del titular de la misma dentro del término predeterminado por la ley que se configura cuando transcurrido el término establecido en la ley no se ha impuesto una sanción.

En tales condiciones, la caducidad está directamente relacionada con el margen temporal con que cuenta la administración para **investigar, tramitar y sancionar o absolver** al administrado de las presuntas faltas que pudo haber cometido, de tal manera que, no se puede pretender que el administrado espere eternamente que le decidan su situación frente a la administración, pues, lo contrario se traduciría en una indefinición de la situación jurídica de aquél, lo cual atenta contra la seguridad jurídica y los derechos del administrado.

Por consiguiente, el límite de tiempo impuesto por el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, es decir, el término de 3 años, tiene como propósito esencial garantizar la efectividad material del principio de seguridad y certeza en las actuaciones y decisiones de la administración, siendo éste uno de los pilares propios del Estado Social de Derecho.

No obstante, debe advertirse que, en cuanto a la forma de contabilizar dicho término de caducidad, y más exactamente en cuanto a la forma o momentos en los cuales se concreta el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme, pues, sobre el particular se han expuesto tres distintas directrices, a saber:

(1) **La expedición del acto administrativo sancionatorio:** conforme esta posición, se argumenta que la facultad sancionatoria se manifiesta con la simple expedición del acto sancionatorio, porque es en este instante en el que el acto nace a la vida jurídica sin que exista necesidad de su posterior notificación ni que sea sometido a control a través de recursos en la vía gubernativa.

(2) **La expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio:** esta posición se sustenta en que, si bien es cierto que el acto nace a la vida jurídica con su expedición, se hace necesario que el administrado conozca de la decisión que tomó la administración, por lo cual, se entiende totalmente ejercida la potestad sancionatoria en el momento en que se notifique dicha decisión.

(3) **La expedición y notificación del acto administrativo sancionador, y la expedición y notificación de los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa:** en esta posición, la facultad sancionatoria de la administración se entiende ejercida una vez se hayan expedido y notificado no solamente el acto sancionador sino, también todos y cada uno de los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa, esto en razón a que sólo hasta ese momento es que se entiende que la decisión contenida en el acto sancionador quedó en firme y ejecutoriada.

Bajo esa perspectiva, para la Sala, la *caducidad de la facultad sancionadora* de la administración apunta a que no es suficiente con que ésta, dentro del lapso que establecen las normas legales que se comentan, decida de fondo la respectiva actuación administrativa, sino que es necesario, además, que tal decisión se encuentre debidamente ejecutoriada y sea dada a conocer al interesado o administrado, criterio jurisprudencial éste que ha sido invocado y aplicado por esta Sala de Decisión en forma sistemática y profusamente reiterado desde años atrás.

La mencionada postura de esta Sala encuentra igualmente apoyo en el concepto del 25 de mayo de 2005 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación No. 1632, en cuanto estableció lo siguiente:

"(...)

En materia de caducidad de la sanción administrativa, el artículo 38 del C.C.A., al prever como norma general un término de tres años para imponer la sanción, el que se cuenta a partir de la ocurrencia del hecho que dio lugar a la investigación, se está refiriendo a la decisión ejecutoriada mediante la cual la administración ejerció la facultad sancionadora, pues, únicamente el acto en firme permite su ejecución, ya que los recursos, conforme al artículo 55 ibídem, se conceden en el efecto suspensivo.

Por tanto, no puede separarse el acto que pone fin a la actuación administrativa, del que decide los recursos en la vía gubernativa, para concluir que la sola expedición y notificación de la primera decisión es suficiente para interrumpir la caducidad de la acción, pues en este momento procesal aún no hay decisión en firme constitutiva de antecedente sancionatorio.

En definitiva, una vez el acto administrativo adquiere firmeza, es suficiente por sí mismo para que la administración pueda ejecutarlo, (art. 64 C.C.A.) y sólo entonces puede afirmarse que el administrado ha sido "sancionado", con las consecuencias que de ello se deriven. (...)". (Negrillas fuera de texto).

Además es importante y sustancial precisar que mientras la decisión administrativa no se encuentre ejecutoriada no está en firme, es apenas una posible decisión lo cual deja al ciudadano aún en una especie de indefinición jurídica porque no se sabe si el acto inicial va a ser confirmado o no, por tanto, hasta que no se resuelvan los recursos de la vía administrativa y se notifiquen tales decisiones desde el punto de vista jurídico no hay acto definitivo, y por tanto carece de fuerza jurídica vinculante.

Pero, dado el punto de vista jurisprudencial, es especialmente relevante advertir que la anterior posición ha sido acogida por la Sección Primera del Consejo de Estado², en los siguientes términos:

"(...) En relación con la caducidad de la potestad sancionadora de la administración la Corporación ha sostenido tres tesis.

La primera³ sostiene que basta con que se profiera el acto sancionatorio dentro

² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 5 de febrero de 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso, expediente 25000-23-24-000-2000-00643-01, actor: Universidad Antonio Nariño.

³ Sentencia de 25 de julio de 1991. Expediente núm. 1476, Actor: Álvaro Restrepo Jaramillo.

del término de caducidad legalmente señalado.

La segunda⁴, que el acto sancionatorio debe expedirse y, además, notificarse dentro de dicho término.

Según la tercera⁵ dentro de dicho término debe proferirse el acto definitivo y, además, deben haberse notificado las decisiones que resuelven los recursos (Sección Segunda).

La jurisprudencia de la Sala, desde su sentencia de 23 de mayo de 2002⁶ hasta hoy, ha sostenido, en línea con la Sección Cuarta, que en el término de caducidad de la potestad sancionadora debe expedirse y notificarse el acto definitivo.

(...)

Esta Sala considera que el acto debe expedirse, notificarse y resolverse los recursos dentro del término de caducidad, es decir, debe quedar en firme dentro de este término. (...) (Negrillas fuera de texto).

En ese sentido, la Sala ha acogido la posición en la que la administración cuenta con un término de tres (3) años contados a partir de que la entidad tuvo conocimiento del hecho para iniciar la investigación administrativa, proferir la decisión de fondo, resolver los recursos de la vía gubernativa y notificar cada una de las decisiones dictadas en la misma, puesto que sólo una vez queda ejecutoriada la decisión, esta le puede ser oponible o exigible al administrado.

Por otra parte, en lo que respecta a la posición acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado el 29 de septiembre de 2009 dentro del expediente número 2003-442-01 con ponencia de la doctora Susana Buitrago Valencia en donde se determinó como tesis aplicable la referente a que la citada facultad se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio -en ese caso en materia disciplinaria-, la Sala resalta que, en virtud del principio de autonomía e independencia de las decisiones judiciales establecido en el artículo 228 de la Constitución Política y en atención a que la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial y no la fuente formal de derecho primaria de conformidad con lo preceptuado

⁴ Sentencia de 8 de septiembre de 2000, Actores: Inmobiliaria El Rosal y Otros. C. P. Julio Enrique Correa Restrepo.

⁵ Sentencias de 4 de octubre de 2001, Exp. 6701, Actor: Bernardo Gamboa Vargas, C.P. Dr. Manuel S. Urueta Ayola, y de 1º de noviembre de 2001, Exp. 6702 y 6283, Actores: Viamédica Ltda. y Editorial La Oveja Negra Ltda., respectivamente, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁶ Expediente 25000-23-24-000-1998-0507-01 (6889). C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Actor: Mario Antonio Ruiz Vargas.

en el artículo 230 *ibidem*, por no tratarse aquella de una providencia con efectos *erga omnes*, en forma legítima y por las razones antes expuestas, se aparta de ese pronunciamiento expuesto por el Consejo de Estado.

Asimismo, cabe resaltar específicamente que en relación con un asunto fallado por esta Sala de Decisión en donde prosperó el cargo referente a la *caducidad de la facultad sancionatoria*⁷, fue interpuesta una acción de tutela la cual fue negada en primera instancia por la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, y confirmada en segunda instancia por la Sección Cuarta de la alta corporación C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez dentro del proceso distinguido con el número 11001-03-15-000-2016-01374-01, providencia esta última en donde se expuso que no existía vulneración de los derechos fundamentales invocados ni desconocimiento del precedente judicial por las siguientes razones:

"(...)

4.2. En el caso bajo examen, la entidad actora considera que el juez de tutela de primera instancia no analizó de forma adecuada este cargo porque con el argumento de que no hay una línea jurisprudencial pacífica permite que los jueces, de forma arbitraria, asuman cualquier postura en detrimento del principio de seguridad jurídica.

Ahora, como fue expuesto anteriormente, para que se considere que existe precedente es necesario determinar si las sentencias judiciales con identidad fáctica y jurídica son vinculantes. Para esto es necesario verificar que existe una línea jurisprudencial uniforme, unívoca o consolidada respecto al asunto, pues de lo contrario no existe no habrá un precedente vinculante⁸.

De esta forma, el juez de tutela de primera instancia no analizó de forma equivocada el cargo pues concluyó que no hay precedente aplicable al no existir una línea pacífica respecto a la contabilización de la caducidad de la facultad sancionatoria en el Consejo de Estado, hecho aceptado por la misma entidad actora en su impugnación, en donde afirmó lo siguiente:

"(...) como bien se afirma en el mismo fallo, no se tiene una posición jurídica definida en cuanto al tema de la caducidad de la facultad sancionatoria (Artículo 38 del C.C.A.), ya que como si bien se lee en su fallo existen diversas posturas (...)"

Así mismo, el Tribunal identifica esta situación en la sentencia controvertida por la entidad, en donde identifica tres posturas

⁷ Sentencia de 25 de febrero de 2016, expediente no. 11001-33-34-004-2014-00129-02, actor: Global Business Sion SAS, M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez.

⁸ En este sentido ver la sentencia T-395 de 2016 proferida por la Corte Constitucional.

jurisprudenciales distintas de las cuales adopta una con base en su autonomía e independencia judicial.

En este orden de ideas, la corporación judicial accionada no incurrió en el defecto analizado porque no existe un precedente vinculante, de forma que es constitucionalmente admisible que haya escogido una de las tesis jurisprudenciales de forma razonada y motivada.”
 (...).” (Se resalta).

En ese mismo sentido el Consejo de Estado en fallo de acción de tutela de 8 de junio de 2017⁹ precisó lo siguiente:

“(…)

2.5. Ahora, revisada la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009¹⁰, que se alega como precedente desconocido, se debe anotar lo siguiente:

En una tutela instaurada contra providencia de la misma Subsección ‘B’ de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹, donde uno de los cuestionamientos era que se había desconocido el precedente conforme al cual la facultad sancionatoria se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó fallo de tutela de primera instancia de la Sección Segunda, que negó el amparo.

Si bien en esa tutela la entidad accionante citó como precedente desconocido sentencia del 2 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta el Consejo de Estado, en la que se acogió la regla de la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009, lo cierto es que para negar el amparo en ese caso, entre otras cosas, se dijo que en el fallo de unificación no se estableció un criterio en relación a la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria prevista en el artículo 38 del C.C.A., sino en relación a procesos disciplinarios y las normas que regían para los mismos.

En efecto, en el fallo de unificación del 29 de septiembre de 2009 no solo no se hace referencia al artículo 38 del C.C.A., sino que en él no se dice expresamente que el criterio que asumía la Sala Plena, de los tres existentes, lo fuera en cuanto al entendimiento de lo que consagraba ese artículo.

Así las cosas, como en lo que corresponde al entendimiento de la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria de que trata el artículo 38 del C.C.A., no existía un criterio unificado, es constitucionalmente admisible que el Tribunal accionado hubiera escogido, de forma razonada y motivada dentro del ámbito de su autonomía e independencia, una de las tesis jurisprudenciales existentes sobre su entendimiento.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia de 8 de junio de 2017, expediente no. 11001-03-15-000-2017-01043-00, CP Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹⁰ Radicación No. 110010315000200300442 01, CP. Susana Buitrago Valencia. En la sentencia del 29 de septiembre de 2009 se resolvió recurso extraordinario de súplica contra sentencia del 23 de mayo de 2003 de la Subsección B de la Sección Segunda. En el fallo suplicado se había definido en segunda instancia demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Álvaro Hernán Velandía Hurtado para que se declarase la nulidad de actos administrativos por medio de los cuales la Procuraduría le había impuesto una sanción disciplinaria de destitución. La Sección segunda estimó que en ese caso había operado la prescripción de la acción disciplinaria.

¹¹ Se trata de una tutela instaurada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contra providencia del 25 de febrero de 2016 de la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Decidida en primera instancia por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado mediante fallo del 14 de julio de 2016, que la negó. Radicada en segunda instancia con el No. 11001-03-15-000-2016-01374-01 y confirmada por la Sección Cuarta a través de fallo del 8 de septiembre de 2016. CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Por eso, no puede afirmarse que haya desconocido un precedente vinculante, en particular que no hubiera acogido la regla dispuesta en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, en tanto que, como se dijo, en ella no se estableció una regla y posición en lo que se refiere al artículo 38 del C.C.A."

(...)." (Se destaca).

El citado fallo de tutela fue confirmado en segunda instancia por la Sección Quinta del Consejo de Estado¹² en los siguientes términos:

"(...)

Para este juez constitucional al revisar la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida el 29 de septiembre de 2009, dentro del radicado No. 11001-03-15-000-2003-00442-01, actor: ÁLVARO HERNÁN VELANDIA HURTADO, el mismo no es aplicable al caso de marras, pues en dicha oportunidad la Corporación de forma expresa indicó:

«En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa.

Esta posición unificada no aplica respecto de investigaciones en otras materias que se regulen por regímenes especiales».

En vista de lo anterior, no es posible aplicar la regla de decisión aludida, como lo pretende la tutelante, respecto a la forma de contabilizar la caducidad realizada por el Pleno de lo Contencioso Administrativo, pues en dicha sentencia fue enfática y clara en indicar que ello solo aplicaba para el régimen sancionatorio disciplinario y que no se podía utilizar frente otros tipos de investigaciones que se regulen por normas especiales."

(...)." (Resalta la Sala).

Pero además, se debe indicar que, en otro asunto fallado por esta Sala de Decisión en donde también prosperó el cargo referente a la *caducidad de la facultad sancionatoria*¹³, y donde igualmente fue interpuesta una acción de tutela la cual fue denegada recientemente en primera instancia mediante providencia del 23 de enero de 2020 por la Sección Primera del Consejo de Estado C.P. Dr. Oswaldo Giraldo López, dentro del proceso distinguido con el número 11001-03-15-000-2019-04998-00¹⁴, providencia esta última en donde se expuso que no existía

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 3 de agosto de 2017, expediente no. 11001-03-15-000-2017-01043-01, C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹³ Sentencia de 25 de febrero de 2016, expediente no. 11001-33-34-004-2014-00129-02, actor: Global Business Sion SAS, M.P. Dr. Fredy Ibarra Martínez.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, providencia del 23 de enero de 2020, expediente no. 11001 03 15 000 2019.04998 00, C.P. Dr. Oswaldo Giraldo López.

vulneración de los derechos fundamentales invocados ni desconocimiento del precedente judicial por las siguientes razones:

"(...)

En el caso concreto, la parte actora adujo el desconocimiento del precedente vertical fijado por la Sala Plena del Consejo de Estado, el 29 de septiembre de 2009, dentro del expediente número 2003-00442-01 con ponencia de la doctora Susana Buitrago Valencia, en la cual se concluyó que en el régimen disciplinario la sanción se impone de manera oportuna si en el término asignado para ejercer esa potestad se expide y notifica el acto que concluye la actuación administrativa, que es la decisión primigenia y no la que resuelve los recursos de la vía gubernativa, con lo que se acredita la primera premisa para la configuración del defecto alegado, esto es, determinar la existencia del precedente aplicable y distinguir la regla decisional allí contenida.

No obstante, para esta Sala, no se logra establecer la segunda premisa según la cual tenía que comprobarse que el fallo judicial objeto de la acción de tutela debió tener en cuenta necesariamente la sentencia de unificación de 29 de septiembre de 2009, explicando por qué el no hacerlo haría incurrir en un desconocimiento del principio de igualdad; por otra parte, la regla contenida en el precedente no resuelve un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso. Lo anterior, resulta claro por varias razones:

(i) Si bien se trata de una sentencia que se denomina y unifica diferentes criterios de la Corporación sobre el momento en que se interrumpe la caducidad señalada en el artículo 38 del C.C.A, no corresponde a una sentencia de unificación de las señaladas en el artículo 257 de la Ley 1437 de 2011 -CPACA-, pues para la fecha de su adopción no se encontraba vigente este estatuto procesal administrativo y por tanto, no tiene la entidad, en sí misma, de ser un precedente vinculante y obligatorio;

(ii) Ahora bien, en su naturaleza de precedente judicial, la sentencia cuestionada de 6 de junio de 2019 no se identifica en su objeto y causa con el precedente invocado; así, en dicho precedente de fecha 29 de septiembre de 2009 se desató un recurso de súplica en el marco de un proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos y de acuerdo con el término de caducidad previsto en el artículo 12 de la Ley 25 de 1974, modificado por el artículo 6° de la Ley 13 de 1984, mientras que la sentencia del tribunal ahora cuestionada resolvió sobre la nulidad de unas decisiones administrativas, con fundamento en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo;

(iii) El precedente invocado señaló de manera expresa su alcance así: {...} En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entrándose de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. (...) Esta posición unificada no aplica respecto de investigaciones en otras materias que se regulen por regímenes especiales {...}". Razón por la cual, no resulta viable extender los criterios allí unificados a investigaciones administrativas en otras materias.

3.2.2.3. En relación con el segundo problema jurídico planteado, la parte actora indicó que con la sentencia de 6 de junio de 2019, el tribunal accionado desconoció abiertamente la sentencia T-211 de 2018 emitida por la Honorable Corte Constitucional, en la cual se concedió el amparo de los derechos al debido proceso y a la igualdad de la Secretaría Distrital del Hábitat de Bogotá, la cual ordenó dejar sin efectos la sentencia proferida por la misma Sección Primera -Subsección B- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por hechos equiparables a los examinados en la decisión contra la que se formuló la acción de tutela, incluso respecto de la sociedad ICDDI SAS.

Expediente No. 110013334004201600112-01
 Actor: Rada Aesthetic & SPA S.A.S
 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación sentencia

Para la Sala, la sentencia dictada en sede de revisión de tutela, adoptada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-211 de 2018, no resulta vinculante ni de obligatorio cumplimiento para el tribunal accionado en aquellos asuntos diferentes a los de interpretación de los derechos fundamentales y de la Constitución en general, por manera que dicho precedente no aplica respecto de aquellas consideraciones que involucran la interpretación estrictamente legal que pueda hacer la Corte Constitucional al entrar a resolver una solicitud de amparo en concreto; cuando lo que pretende la parte actora es que se apliquen los criterios de interpretación legal respecto al alcance del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, contenido en una sentencia de tutela anterior.

Así las cosas, el análisis sobre la configuración del defecto por desconocimiento del precedente, no se hará en virtud de la sentencia de tutela T-211 de 2018 invocada, sino de los argumentos jurídicos en ella contenidos, según los cuáles, para el momento en el que fue proferida la decisión objeto de cesura, la regla jurisprudencial descrita estaba contenida en un precedente compuesto por múltiples decisiones de la Sección Primera del Consejo de Estado, lo que constituye un precedente vertical consolidado, uniforme, pacífico y vigente, y por tanto, de obligatoria observancia para el tribunal accionado por tratarse de decisiones del superior funcional de la autoridad judicial accionada.

*Sin perjuicio de la decisión adoptada por la Corte Constitucional en el caso particular referenciado, esta Sala, en su condición de juez constitucional, se separa en el presente asunto del criterio allí establecido, con fundamento en que si bien es cierto existe en esta Sección Primera una postura uniforme sobre el criterio de interrupción de la caducidad o pérdida de la facultad sancionatoria en relación con la aplicación del artículo 38 del C.C.A., ello no constituye la posición pacífica y consolidada del Consejo de Estado, y por tanto, podía el tribunal accionado separarse, de manera argumentada, del criterio adoptado en otras decisiones del Consejo de Estado, lo que efectivamente hizo según quedó detallado en los antecedentes de la presente decisión.
 (...)”*

Pero además, en otro asunto fallado por esta Sala de Decisión en donde también prosperó el cargo referente a la *caducidad de la facultad sancionatoria*¹⁵, y donde igualmente fue interpuesta una acción de tutela la cual fue denegada recientemente en primera instancia mediante **providencia del 30 de abril de 2020** por la Sección Segunda del Consejo de Estado C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, dentro del proceso distinguido con el número **11001-03-15-000-2020-00882-00**¹⁶, providencia esta última en donde se expuso que no existía vulneración de los derechos fundamentales invocados ni desconocimiento del precedente judicial por las siguientes razones:

“(…)

¹⁵ Sentencia de 17 de octubre de 2019, actor: Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda., demandado: Secretaría Distrital del Hábitat, M.P. Dr. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, providencia del 30 de abril de 2020, expediente no. 11001-03-15-000-2020-00882-00, C.P Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

En el presente asunto, se resuelve la acción de tutela presentada por la Secretaría Distrital de Hábitat de Bogotá en contra del Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad, ocurrida con ocasión de la expedición de la providencia de 17 de octubre de 2019, mediante la cual se revocó la decisión de primera instancia y se accedió a las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la sociedad Promotora Inmobiliaria Sanitas Ltda. contra la parte accionante.

Para resolver, encuentra la Sala de Subsección lo siguiente:

Del escrito de tutela, se advierte que la Secretaría Distrital de Hábitat considera que con la sentencia de 17 de octubre de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B incurrió en un desconocimiento del precedente fijado por esta Corporación en la providencia de 29 de septiembre de 2009, en lo relacionado con la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria. No obstante, de lo manifestado por la parte accionada, se extrae:

«En lo que tiene que ver con el alcance de la providencia del 29 de septiembre de 2009, el mismo Consejo de Estado ha reconocido que los fines de unificación jurisprudencial son aplicables a la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración en procesos disciplinarios: "(...) en el pronunciamiento de la Sala Plena de esta Corporación, ante la importancia jurídica del tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, y la necesidad de unificación jurisprudencial sobre el mismo, se analizó el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Administración en un proceso disciplinario".

Al respecto se destaca que el Consejo de Estado en fallo de acción de tutela de 8 de junio de 2017 precisó lo siguiente:

"2.5. Ahora, revisada la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, que se alega como precedente desconocido, se debe anotar lo siguiente:

En una tutela instaurada contra providencia de la misma Subsección 'ES' de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde uno de los cuestionamientos era que se había desconocido el precedente conforme al cual la facultad sancionatoria se materializa con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio, la Sección Cuarta del Consejo de Estado confirmó fallo de tutela de primera instancia de la Sección Segunda, que negó el amparo.

Si bien en esa tutela la entidad accionante citó como precedente desconocido sentencia del 2 de agosto de 2012 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la que se acogió la regla de la sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009, lo cierto es que para negar el amparo en ese caso, entre otras cosas, se dijo que en el fallo de unificación no se estableció un criterio en relación a la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria, sino en relación a procesos disciplinarios y las normas que regían para los mismos."

En efecto, en el fallo de unificación del 29 de septiembre de 2009 no solo no se hace referencia a la caducidad de la facultad sancionatoria, sino que en él no se dice expresamente que el criterio que asumía la Sala Plena, de los tres existentes, lo fuera en cuanto al entendimiento de lo que consagraba ese artículo.

Así las cosas, como en lo que corresponde al entendimiento de la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria, no existía un criterio unificado, es constitucionalmente admisible que el Tribunal accionado hubiera escogido, de forma razonada y motivada dentro del ámbito de su autonomía e independencia, una de las tesis jurisprudenciales existentes sobre su entendimiento

Por eso, no puede afirmarse que haya desconocido un precedente vinculante, en particular que no hubiera acogido la regla dispuesta en la sentencia de unificación de la Sala Plena del Consejo de Estado del 29 de septiembre de 2009, en tanto que, como se dijo, en ella no se estableció una regla y posición en lo que se refiere a la caducidad de la facultad sancionatoria.»

Así, para verificar cuál era la jurisprudencia aplicable al caso, la parte accionada realizó el estudio de la sentencia cuyo desconocimiento se analiza

Expediente No. 110013334004201600112-01
 Actor: Rada Aesthetic & SPA S.A.S
 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho
Apelación sentencia

en la presente acción, concluyendo que la misma trata sobre el régimen sancionatorio disciplinario y no respecto a otras investigaciones.

Frente a ello, sostiene:

"En su misión de unificar jurisprudencia, la Sala adopta la tesis según la cual entratándose (sic) de régimen sancionatorio disciplinario, la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa. Esta posición unificada no aplica respecto de investigaciones en otras materias que se regulen por regímenes especiales.

En vista de lo anterior, no es posible aplicar la regla de decisión aludida, como lo pretende la tutelante, respecto a la forma de contabilizar la caducidad realizada por el Pleno de lo Contencioso Administrativo, pues en dicha sentencia fue enfática y clara en indicar que ello solo aplicaba para el régimen sancionatorio disciplinario y que no se podía utilizar frente otros tipos de investigaciones que se regulen por normas especiales."

Aclarado lo anterior, en el caso concreto, como ya se dijo, la Administración tuvo conocimiento de los hechos por lo menos a partir del 9 de julio de 2010 y debía ejercer su facultad sancionatoria hasta el 9 de julio de 2013, por lo que es necesario verificar los actos administrativos expedidos y su correspondiente notificación para determinar si había o no caducidad de la facultad sancionatoria».

En este orden ideas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, posterior a haber realizado el análisis de la sentencia de 29 de septiembre de 2009 y concluir que ésta se aplica sólo al proceso disciplinario, consideró que había prosperado el cargo de caducidad de la facultad administrativa sancionatoria por superación del término previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 y revocó la decisión de primera instancia. Esto, con base en que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Dicho lo anterior, se tiene que las consideraciones a las cuales arribó la parte accionada en la sentencia de 17 de octubre de 2019 no obedecieron a un capricho o arbitrariedad ni se fundaron en su simple voluntad, sino que por el contrario, se basaron en el estudio del precedente que se alega como desconocido y que, según el juez natural de la causa, no resulta aplicable al caso concreto, por lo que no es la acción de tutela el mecanismo para controvertir una cuestión ya decidida en la instancia procesal oportuna.

Así las cosas, concluye la Sala de Subsección que lo pretendido por la parte accionante es cuestionar las interpretaciones y consideraciones a las que llegó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección B, convirtiendo la acción constitucional en una tercera instancia para discutir la decisión adoptada por el juez ordinario, por lo que se negarán las pretensiones de la tutela."

En ese contexto, se concluye entonces que la administración cuenta con un término de tres (3) años contados a partir de la ocurrencia o del conocimiento de la ocurrencia del hecho que da origen a la sanción para iniciar la correspondiente investigación administrativa, proferir la decisión de fondo, resolver los recursos de la vía gubernativa, y por supuesto, para notificar cada una de las decisiones que se dicten en el procedimiento administrativo.

De esta forma, el plazo de 3 años previsto en el artículo 58 de Decreto

01 de 1984, contempla no sólo la expedición y notificación del acto administrativo inicial que decida la respectiva actuación, sino también, cada una de las decisiones que resuelvan los recursos de la vía gubernativa, pues, de lo contrario, la situación jurídica del administrado quedaría en el limbo jurídico, esto es, sin definición real y efectiva, por cuanto, hasta tanto no sean resueltos los recursos procedentes y notificadas las decisiones de estos, no puede predicarse la firmeza del acto administrativo que concluya el procedimiento, y por ende, en modo alguno le puede ser oponible o exigible al administrado dicha decisión, por la sencilla pero suficiente razón de no estar ejecutoriada.

Bajo esa perspectiva, el Tribunal ha considerado que no es suficiente que la administración dentro del lapso legal resuelva de fondo la respectiva investigación administrativa, sino que es necesario, además, que tal decisión sea dada a conocer al interesado y se encuentre debidamente ejecutoriada, tesis que ha sido acogida por el Consejo de Estado¹⁷ y donde destacó que la administración deberá proferir, notificar y agotar la vía gubernativa, del acto administrativo que impone una sanción. En consecuencia, si el término previsto en el citado artículo ha transcurrido sin que se haya dictado y ejecutoriado el acto que le ponga fin a la actuación administrativa correspondiente, la administración habrá perdido competencia para pronunciarse al respecto.

Precisado lo anterior, debe la Sala establecer si en el presente caso el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima perdió la competencia para decidir de fondo la actuación administrativa de

¹⁷ Al respecto indicó el Consejo de Estado, en Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Bogotá D. C., veinticinco (25) de mayo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 1632, señaló como características de la facultad sancionadora del Estado las siguientes:

“- La facultad sancionadora del Estado es limitada en el tiempo.

- El señalamiento de un plazo de caducidad de la acción sancionadora del Estado, constituye una garantía para la efectividad de los principios constitucionales de seguridad jurídica y prevalencia del interés general.

- Las garantías procesales se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora del Estado.

- La finalidad de establecer un plazo de caducidad de la acción sancionadora no es otra que la de evitar la paralización del proceso administrativo y, por ende, garantizar la eficiencia de la administración.”

conformidad con lo establecido en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A).

Revisados los actos administrativos demandados y los antecedentes administrativos la Sala observa lo siguiente:

i) Mediante **Auto No. 11000900** del **31 de mayo de 2011** "*Auto por el cual se inicia un procedimiento sancionatorio y se trasladan unos cargos*", el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima, procedió a iniciar el proceso sancionatorio y formular cargos en contra de la sociedad Rada Aesthetic & SPA Limitada por presuntamente vulnerar los artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979, por publicitar el alimento Té Chino del Dr. Rada en la página Web www.clinicarada.com, otorgándole propiedades medicinales preventivas y nutritivas que dan lugar apreciaciones falsas sobre el producto y por publicitar dicho alimento en las revistas Elenco, Carrusel, Nueva y TV Novelas, otorgándole propiedades medicinales preventivas y nutritivas que dan lugar a apreciaciones falsas sobre la verdadera naturaleza del producto (fls. 124 a 133 antecedentes administrativos PDF CD Anexo).

ii) A través de escrito radicado el **22 de noviembre de 2011** la sociedad Rada Aesthetic & SPA Limitada, presentó solicitud de revocatoria directa del expediente No. 201100202. Auto No. 1100204 del 19 de octubre de 2011 por el cual se rechaza la práctica de unas pruebas (fls. 190 a 164 antecedentes administrativos PDF CD Anexo).

iii) Posteriormente, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima profirió la Resolución **No. 201148910 de 15 de diciembre de 2011** "*Por el cual se califica el proceso sancionatorio Nro. 201100202*", por la cual resolvió imponer una sanción a Rada Aesthetic & SPA Limitada, consistente en multa de dos mil (2000) salarios mínimos diarios legales mensuales vigentes (fls. 194 a 218 antecedentes administrativos carpeta PDF CD Anexo). Este acto administrativo fue notificado personalmente al apoderado judicial de la sociedad Rada

Aesthetic & SPA Limitada, el **10 de febrero de 2012** (fl. 218 antecedentes administrativos carpeta PDF CD Anexo).

vi) El **15 de febrero de 2012** la sociedad Rada Aesthetic & SPA Limitada, por intermedio de apoderado judicial interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 201148910 de 15 de diciembre de 2011 *Por el cual se califica el proceso sancionatorio Nro. 201100202*" (fls. 233 a 247 antecedentes administrativos carpeta PDF CD anexo).

v) Mediante la **Resolución No. 2015000752 del 14 de enero de 2015** *"Por la cual se resuelve un recurso de reposición proceso sancionatorio No. 201100202"*, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima resolvió el recurso de reposición confirmando en su integridad la resolución sancionatoria (fls. 63 a 78 cdno no. 1). Decisión que fue notificada personalmente el **21 de enero de 2015** (fl. 78 ibidem).

En ese orden, de las pruebas allegadas al expediente, se observa que el el Instituto Nacional para la Vigilancia de Alimentos y Medicamentos-Invima trasladó la investigación en contra de la sociedad Rada Aesthetic & SPA Limitada, en calidad de titular del registro sanitario INVIMA por auto del **Auto No. 11000900 del 31 de mayo de 2011** *"Auto por el cual se inicia un procedimiento sancionatorio y se trasladan unos cargos"*, al considerar que la citada sociedad vulneró los artículos 272 y 274 de la Ley 9 de 1979, al otorgar propiedades medicinales, preventivas y nutritivas a un alimento (Té Chino del Dr. Rada).

Es del caso advertir que en el auto antes citado se señala que a través de los oficios G.P 300-00147-10 y GP 300-00157-10 radicados 10023911, 10000637 del **9 y el 7 de abril de 2010**, la Coordinadora del Grupo de Publicidad del Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima trasladó las denuncias por publicidad y acciones de inspección y vigilancia en contra de la sociedad Rada Aesthetic a la Oficina Jurídica de la citada entidad (caso 412), con el fin de que se iniciaran las investigaciones pertinentes respecto de la publicidad del

alimento Té Chino del Dr. Rada (fl. 125 archivo PDF antecedentes administrativos CD Anexo).

Lo anterior tiene relevancia para determinar la validez de la decisión por el factor de competencia temporal según lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 C.C.A.

Para este caso concreto, la Sala advierte que el término debe contabilizarse desde el **9 de abril de 2010¹⁸**, fecha en la cual el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima, trasladó a la Oficina Jurídica de la citada entidad el caso 412 con el fin de que se iniciaran las investigaciones pertinentes, respecto de la publicidad en la página Web de la sociedad investigada del Té Chino del Dr. Rada. En consecuencia, a partir de esa fecha empezó a contabilizarse el plazo de tres (3) años con los que contaba la administración para investigar, decidir de fondo, resolver los recursos interpuestos y notificar el contenido de tales decisiones.

De acuerdo con lo anterior, se pudo establecer que, los hechos que llevaron a la imposición de la sanción, fueron conocidos por la entidad demandada el día **9 de abril de 2010** fecha en la cual el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-INVIMA trasladó a la Oficina Jurídica de la citada entidad el caso 412 con el fin de que se iniciaran las investigaciones pertinentes respecto de la publicidad del alimento Té Chino del Dr. Rada (fl. 125 archivo PDF antecedentes administrativos CD Anexo), por lo tanto, a partir de esa fecha empieza a contabilizarse el plazo de los 3 años con los que contaría ésta para ***iniciar, investigar, tramitar y sancionar o absolver y/o decidir de fondo*** la correspondiente actuación administrativa por esas anomalías y notificar el acto sancionatorio, los cuales vencían el **9 de abril de 2013**.

En ese orden se tiene que, de las pruebas allegadas al proceso, se pudo constatar que, mediante la **Resolución No. 2011048910 de 15 de diciembre de 2011**, el Instituto Nacional de Medicamentos y

¹⁸ Folio 125 Archivo PDF CD Anexo

Alimentos-INVIMA impuso la sanción a la sociedad Rada Aesthetic & SPA Ltda (fls.7 a 31 cdno. No. 1), decisión que fue notificada por personalmente el 12 de febrero de 2012 (fl. 31 cdno. no. 1).

No obstante, lo anterior, es del caso señalar que contra dicha decisión la sociedad aquí demandante el **15 de febrero de 2012**, por intermedio de apoderado judicial interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado mediante la **Resolución No. 2015000752 del 14 de enero de 2015**, la cual fue notificada el **21 de enero de 2015** (fl. 47 cdno. no. 1).

Lo anterior permite concluir que si bien es cierto la resolución sancionatoria fue proferida el **15 de diciembre de 2011**, es decir dentro de los 3 años contemplados en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, también lo es que el Instituto Nacional de Vigilancia Medicamentos y Alimentos-INVIMA mediante la **Resolución No. 2015000752 del 14 de enero de 2015**, resolvió el recurso de reposición la cual fue notificada el **21 de enero de 2015**, es decir, la entidad demandada, profirió el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición cuando ya había perdido la competencia para **decidir de fondo** la correspondiente actuación administrativa.

En consideración a lo anterior, el cargo de pérdida de competencia invocado por la sociedad Rada Aesthetic & SPA Limitada, en la demanda, y reiterado en el recurso de apelación y los alegatos de conclusión, tanto de primera como en esta instancia procesal, está llamado a prosperar.

Ante la prosperidad cargo denominado pérdida de competencia elevado por la parte actora con la demanda y reiterado en el recurso de alzada y en los alegatos de conclusión en esta instancia judicial, con lo cual se desvirtúa la presunción de legalidad que amparaba los actos demandados, la Sala se ve relevada de examinar el mérito de las otras acusaciones de ilegalidad formuladas contra los actos administrativos demandados, por ser suficiente este cargo para revocar la sentencia impugnada y consecuentemente acceder a las súplicas de la demanda. Por lo que, la sentencia apelada deberá ser revocada, y en su lugar, se

declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, esto es, de las **Resoluciones Nos. 2011048910 del 15 de diciembre de 2011** "Por la cual se califica el proceso sancionatorio Nro. 201100202" y **2015000752 del 14 de enero de 2015** "Por la cual se resuelve un recurso de reposición-proceso sancionatorio No. 201100202", proferidas por la Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos-Invima, respectivamente.

3.1. Restablecimiento del Derecho.

Ante la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados, procede la Sala a determinar el restablecimiento del derecho con ocasión de la declaratoria de nulidad de los mismos de la siguiente manera:

La parte demandante solicitó el restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

*"1. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS-INVIMA** exonerar a mi representada del pago de la multa o sanción administrativa impuesta por la Resolución 2011048910 del 15 de diciembre de 2011, confirmada por la Resolución No. 2015000752 14 de Enero de 2015, ambas expedidas por el **INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS-INVIMA**."*
(fl. 52 cdno. no. 1).

Al respecto la Sala observa que una consecuencia directa de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados corresponde al hecho de que la parte actora no está obligada a cancelar el valor de la multa impuesta ni a ejecutar las obras ordenadas en tales actos, razón por la cual, se ordenará a la entidad demandada abstenerse de exigir y cobrar la sanción pecuniaria.

Igualmente, a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima, si ya recibió el pago por parte de la sociedad Rada Aesthetic & SPA Limitada, deberá restituirle a la demandante la suma cancelada en los términos del numeral 2º del artículo 192 del CPACA, suma que se actualizará a valor presente a la fecha en que haga efectiva la

devolución del dinero, la cual deberá ser indexada, según la siguiente fórmula:

$$V_p = V_h \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

Donde:

Vp= valor presente.

Vh= valor histórico.

IPC final= el correspondiente al mes inmediatamente anterior a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

IPC inicial= el correspondiente al mes y año en que se hizo efectivo el correspondiente pago.

4. Condena en costas.

El artículo 188 de la **Ley 1437 de 2011**, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", prescribe:

"ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. 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."

De conformidad con la norma transcrita, tenemos que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, debe el juez imponer condenas en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así, es del caso precisar que, el Código General del Proceso¹⁹, regula la condena en costas y su liquidación, en los siguientes términos:

"CAPÍTULO III.

CONDENA, LIQUIDACIÓN Y COBRO.

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.

¹⁹ Norma aplicable al presente asunto de conformidad con las remisiones expresas establecidas en los artículos 188 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

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

(...)

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.

(...)." (Se destaca).

Conforme a las normas transcritas, tenemos que **se condena en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso**, entre otros, **de apelación**, queja o suplica, condena que se debe imponer en la sentencia o auto que resuelva la actuación que da lugar a ella, y que dentro de su liquidación debe incluirse agencias en derecho conforme a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, cabe advertir que, una cosa es la condena en costas en sí misma, y otra la liquidación de las mismas; así, por disposición legal, **se condena en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso**, en tanto que, la liquidación de las mismas queda supeditada a la comprobación de su causación, correspondiéndole la liquidación al secretario del despacho y al juez su aprobación.

Así las cosas, ante la decisión de revocar la decisión adoptada por el juez de primera instancia, y en su lugar, acceder las pretensiones de la demanda de la referencia, la Sala condenará en costas, tanto en primera como en esta instancia procesal, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima, lo cual se hará de manera concentrada por aquel, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo

188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero. Revócase la sentencia del 11 de mayo 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Declárase la nulidad de los actos administrativos contenidos en: **Resolución No. 2011048910 del 15 de diciembre de 2011** "*Por la cual se califica el proceso sancionatorio Nro. 201100202*" y **Resolución No. 2015000752 del 14 de enero de 2015** "*Por la cual se resuelve un recurso de reposición-proceso sancionatorio No. 201100202*", proferidas por la Directora de Responsabilidad Sanitaria del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

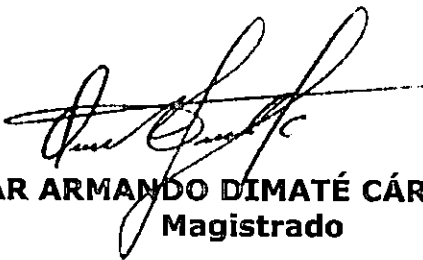
Tercero. Como restablecimiento del derecho, **ordénase** a la entidad demandada Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima abstenerse de exigir el cobro de la sanción impuesta en los actos administrativos demandados ni la ejecución de las obras que en ellas se ordenaban; y en caso de que haya recibido el pago, restituirle a la demandante la suma cancelada, en los términos del numeral 2º del artículo 192 del CPACA, suma que se actualizará a valor presente a la fecha en que haga efectiva la devolución del dinero, la cual deberá ser indexada según la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Condénase en costas, tanto en primera como en esta instancia procesal, al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-Invima, las que serán **liquidadas** por el *a quo*, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRÍGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado