



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-34-002-2019-00337-00
Demandante: Sandra Milena Álvarez Espinel
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Tema: Debido Proceso Administrativo – Prácticas Comerciales Restrictivas

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la señora Sandra Milena Álvarez Espinel en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

“2.1. Petición Declarativa

Se declare la nulidad parcial de las Resoluciones 19890 del 24 de abril de 2017 y 4604 del 29 de enero de 2018 expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, al interior del expediente No. 11-71590.

2.2. Petición Consecuencial y de Condena:

Como consecuencia de la petición Declarativa, se restablezca el derecho a Sandra Milena Álvarez Espinel en el sentido de las siguientes condenas:

i. Condenar a la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción por la que Sandra Milena Álvarez Espinel fue sancionada mediante la Resolución 19890 de 2017 modificada por la Resolución 4604 de 2018 con un monto equivalente a \$16.967.491.00, equivalente a 23 SMLMV de 2017.

ii. Condenar a la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar la cifra correspondiente al ajuste de las cifras

correspondiente a la decisión anterior, según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA, aplicada acumulativamente por cada año desde la fecha del pago de la sanción, hasta el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique la procedencia del pago.

iii. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Sandra Milena Álvarez Espinel en los intereses de mora que correspondan, a partir de la fecha en que se deba hacer el pago y hasta que efectivamente se haga el pago.

Que se restablezca el derecho a Sandra Milena Álvarez Espinel, y se condene a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Sandra Milena Álvarez Espinel, perjuicios a título de lucro cesante y daño moral la suma de \$242.286.000, o el valor que resulte probado en el proceso, correspondientes a los ingresos que dejó de recibir en el ejercicio de su profesión y el daño moral sufrido”.

2. Cargos

La parte demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos demandados al considerar que habían sido expedidos con infracción de las normas en que debían fundarse, desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa, así como con falsa motivación.

En concreto, propuso como cargos de nulidad los que siguen:

- *“Ausencia absoluta de coherencia entre el pliego de cargos y la resolución sancionatoria”.*
- *“Pretermisión de etapas procesales que vulneran derechos fundamentales de mi representada”.*
- *“Las Resoluciones No. 19890 del 24 de abril de 2017 y No 4604 del 29 de enero de 2018 expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, transgreden el derecho al debido proceso de mi mandante, al valorar pruebas obtenidas de forma ilegal”.*
- *“Ilegalidad en la forma de contabilización de la caducidad”.*
- *“Las Resoluciones No. 19890 del 24 de abril de 2017 y No. 4604 del 29 de enero de 2018 se expedieron con desviación de poder”.*

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda en el sentido de oponerse a la prosperidad de todas las pretensiones invocadas por la censora, al considerar que las mismas carecían de sustento jurídico,

fáctico y probatorio. Así, la autoridad se encargó de pronunciarse sobre cada uno de los cargos de nulidad esgrimidos en el escrito introductorio.

4. Actividad procesal

El 9 de mayo de 2019, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A resolvió remitir por competencia el proceso de la referencia a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Yopal.

El 20 de mayo de 2019, la parte demandante interpuso recurso de reposición en contra de la anterior providencia. Esta impugnación fue resuelta, el 19 de septiembre de 2019, en el sentido de denegar el recurso interpuesto y aclarar que el expediente debía ser remitido a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá.

El 11 de febrero de 2020, el Juzgado inadmitió la demanda y le concedió el término de diez (10) días a la parte actora para que adecuara la misma; actuación que se llevó a cabo el 26 de febrero de 2020.

El 21 de julio de 2020, el Despacho admitió la demanda y ordenó que se efectuaran las notificaciones de rigor.

El 9 de febrero de 2020, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda.

El 12 de julio de 2022, el Juzgado anunció a las partes que dentro del presente asunto sería adoptada sentencia anticipada, fijó el litigio e incorporó las pruebas que fueron allegadas con la demanda y su contestación.

El 1 de noviembre de 2022, se corrió traslado a las partes, por el término común de diez (10) días, para que presentaran sus correspondientes alegatos de conclusión.

5. Alegatos de conclusión

La demandante presentó sus alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos expuestos en el escrito de demanda. Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio los presentó de forma extemporánea.

II. CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado hasta la fecha, el Juzgado procederá a dictar sentencia de primera instancia dentro de la demanda promovida por la

señora Sandra Milena Álvarez Espinel en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para esta finalidad, se tendrá en cuenta el siguiente derrotero: problemas jurídicos; ii) caso concreto; iii) conclusiones; y iv) condena en costas.

1. Problemas jurídicos

Los problemas jurídicos contenidos en la fijación del litigio se concretaron en las siguientes preguntas:

1. *¿Existió incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución sancionatoria, habida cuenta que, se habrían modificado los presupuestos de hecho y de derecho entre una etapa y la otra?*
2. *¿Vulneró, la entidad demandada el debido proceso, al omitir la etapa de conciliación en sede administrativa?*
3. *¿Desconoció, la autoridad accionada el debido proceso, por cuanto habría valorado pruebas obtenidas de forma ilegal y rechazado las solicitadas por los investigados?*
4. *¿Ignoró, la Superintendencia de Industria y Comercio el término de caducidad de la facultad sancionatoria, al contabilizar este de manera arbitraria, pues, habría omitido contar el mismo desde el momento de la presentación de las observaciones que, presuntamente, se realizaron en forma restrictiva de la competencia?*
5. *¿Configuró la desviación de poder en la expedición del acto administrativo, toda vez que, desde el momento de la apertura de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio, en diversos medios de comunicación, habría calificado a los investigados de 'delincuentes', pregonando que existió un 'Cartel de la Seguridad y Vigilancia Privada' que desfalcó el erario, lo cual no habría garantizado la resolución del caso de modo imparcial?*

2. Caso concreto

Procede el Juzgado a solventar las preguntas jurídicas puestas de presente con anterioridad, en el orden que sigue:

2.1. *¿Existió incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución sancionatoria, habida cuenta que, se habría modificado los presupuestos de hecho y de derecho entre una etapa y la otra?*

Al respecto, la demandante manifestó que no existiría coherencia entre los cargos planteados en la resolución que abrió la investigación administrativa y las conductas por las que finalmente fue sancionada en el acto definitivo.

Explicó que el inicio de la investigación que culminó con la expedición de los actos acusados se fundamentó en la presunta existencia de un conjunto de empresas que, coordinadamente, acordaron ejecutar actuaciones para afectar la libre competencia en algunos procesos de licitación pública, por manera que fue bajo este supuesto que sustentó su defensa y petición de pruebas.

Adujo, sin embargo, que en el acto sancionatorio fue reprochado el hecho de haberse conformado un grupo de sociedades controladas por una sola persona; circunstancia diferente a la planteada en el acto de apertura.

Señaló, por consiguiente, que la imputación efectuada por la Superintendencia no le permitió defenderse frente a la conducta por la que finalmente se le multó; aún más, cuando en la resolución de apertura, la demandada desechó expresamente la existencia de un grupo empresarial y, para ello, incorporó como prueba el acto administrativo a través del cual la Superintendencia de Sociedades archivó la investigación por tal circunstancia.

Por tanto, a partir de lo expuesto, esta instancia deduce que la parte censora considera que los actos que se impugnan se encuentran viciados de nulidad, toda vez que existiría una incongruencia entre la resolución que abrió la investigación administrativa en su contra y la que decidió de fondo tal actuación. Esto, en consideración a que la conducta que inicialmente se le reprochó no sería la misma que conllevó a la imposición de la sanción.

En este contexto, y con el fin de dar solución al problema jurídico en cuestión, el Juzgado considera necesario traer a colación lo dicho en los actos administrativos mencionados. Sin embargo, debe advertirse que el estudio de los mismos se limitará a lo relacionado con la señora demandante Sandra Milena Álvarez Espinel, dado que ella solicitó la nulidad parcial de las resoluciones acusada, únicamente, en lo que a ella correspondía.

Así, en primer lugar, se evidencia que en la Resolución 2065 del 28 de enero de 2015¹, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abrió la investigación administrativa con radicado 11-71590 y formuló pliego de cargos en contra de algunas sociedades y personas naturales, entre ellas, la señora Álvarez Espinel.

¹ Resolución 2065 del 28 de enero de 2015, que puede apreciarse a folios 11765 al 11951 de la Carpeta: “Reservado Resolución”, de los antecedentes administrativos.

A las empresas imputadas, se les endilgó el presuntamente haber realizado conductas anticompetitivas y, en consecuencia, infringir la cláusula general de competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; de igual forma, se les imputó el haber ejecutado acuerdos anticompetitivos, en la modalidad de colusión dentro de procesos de selección contractual y transgredir así lo preceptuado en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por su parte, a las personas naturales, entre ellas la demandante, se les investigó por supuestamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas inicialmente endilgadas a las sociedades que presuntamente habrían sido parte de los acuerdos anticompetitivos referidos, esto de conformidad con lo prescrito en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En efecto, la Administración adujo lo siguiente:

[...]

22.1.1. La prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, son normas que en conjunto consagran la denominada 'prohibición general', cuya finalidad no es otra que acoger todas aquellas conductas o prácticas que no se encuentren tipificadas de forma expresa en el régimen general de protección de la libre competencia, pero que, por su naturaleza, características, contexto en que se realizan y otras particularidades dependiendo del caso, tiendan a limitar o ciertamente afecten la libre competencia.

[...]

*Así, teniendo en cuenta las múltiples posibilidades que ofrece la tipología descrita, y teniendo en cuenta que la persona jurídica no se encuentra en la posibilidad fáctica para determinar sus decisiones por sí misma, es válido indicar que **si los agentes económicos han incurrido en la transgresión de las normas sobre protección de la competencia, los representantes legales, así como los demás administradores, también podrían estar involucrados en las infracciones, ya sea por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las mismas.***

*En este contexto, la responsabilidad de las personas naturales se circunscribe al margen de acción delimitado por las funciones de administración de una empresa. **Así las cosas, colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar una conducta, son comportamientos que generalmente provienen de aquellos sujetos con facultades directivas y/o a funcionarios con calidad de administradores en stricto sensu.***

En el presente caso, y con base en la información recaudada por esta Delegatura, **se considera que existió mérito para abrir investigación y formular pliego de cargos contra los representantes legales de las empresas investigadas, así como contra todas las demás personas naturales, que de conformidad con el acervo probatorio recaudado a la fecha hayan, presuntamente, colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas** contempladas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 [...]”². (Se destaca)

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio concretó la formulación de cargos en contra de Sandra Milena Álvarez Espinel en la forma que sigue:

“2.4.2. Sanciones a personas naturales

[...] SANDRA MILENA ÁLVAREZ ESPINEL [...] como personas naturales podrán ser sancionadas por multas hasta por el equivalente a DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV), en caso de demostrarse que colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron los hechos o actuaciones constitutivas de las infracciones objeto de investigación. Al igual que en el caso anterior, la calidad de persona natural investigada versa para cada uno de los procesos de selección en donde se logre determinar que por objeto o como efecto existió una conducta anticompetitiva, por lo tanto, podrán imponerse multas a estas personas individuales y acumulables por infracción demostrada”³.

[...]

ARTÍCULO VIGÉSIMO OCTAVO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS para determinar si SANDRA MILENA ÁLVAREZ ESPINEL, identificada con C.C. 40.049.558 actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en cada uno de los siguientes 211 procesos de selección contractual conforme el número asignado a estos en la Tabla No. 37 ‘Asignación de número a cada proceso para efectos de formular e imputar cargos a los investigados’⁴.

De los apartes en cita, el Despacho evidencia que en la formulación de cargos efectuada a la demandante fueron señalados los hechos que originaron la investigación en su contra, las disposiciones presuntamente transgredidas y las sanciones que serían procedentes.

² Hoja 131 a 137 de la Resolución 2065 del 28 de enero de 2015, visible a folios 11765 al 11951 de la Carpeta: “Reservado Resolución”, de los antecedentes administrativos.

³ Hoja 156 de la Resolución 2065 del 28 de enero de 2015, visible a folios 11765 al 11951 de la Carpeta: “Reservado Resolución”, de los antecedentes administrativos.

⁴ Hoja 177 de la Resolución 2065 del 28 de enero de 2015, visible a folios 11765 al 11951 de la Carpeta: “Reservado Resolución”, de los antecedentes administrativos.

En efecto, la Superintendencia le indicó que sería investigada por, presuntamente, haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los hechos o actuaciones que constituyeron las conductas anticompetitivas que habría desarrollado la sociedad de la cual era representante legal, esto, en contravención de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

De igual forma, le puso de presente que, como persona natural, podría ser sancionada por una suma de hasta dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En segundo lugar, se observa que en la Resolución 19890 del 24 de abril de 2017 la Superintendencia de Industria y Comercio dedujo que la señora Sandra Milena Álvarez Espinel habría desplegado una conducta omisiva o negligente respecto de las conductas restrictivas de la competencia que llevo a cabo la sociedad CENTINEL en algunos procesos de contratación pública; empresa, de quien fue representante legal entre el 10 de septiembre de 2009 al 23 de agosto de 2013.

Además, se señaló que la demandante “[...] tuvo una consciencia previsible de la trascendencia de su conducta negligente, al paso que contó con plena libertad de realizar los actos dirigidos a detener las acciones de los empleados de la empresa que representa o al menos a renunciar oportunamente a su cargo de administradora societaria”⁵.

En tales condiciones afirmó lo siguiente:

“En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que SANDRA MILENA ÁLVAREZ ESPINEL incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado, autorizado y tolerado la conducta restrictiva prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en los procesos antes relacionados, por lo que es procedente imponer una sanción en su contra”⁶.

Conforme lo expuesto en precedencia, el Juzgado evidencia que la Superintendencia de Industria y Comercio imputó y, posteriormente, sancionó a la señora Sandra Milena Álvarez por la comisión de una conducta omisiva, esto es, no haber hecho nada, en su calidad de representante legal, para evitar que la sociedad CENTINEL hiciera parte de un acuerdo colusorio, dirigido a llevar a cabo conductas anticompetitivas en algunas licitaciones públicas.

⁵ Hojas 247 al 258 de la Resolución Sancionatoria.

⁶ *Ibidem*.

En este sentido, y contrario a lo esbozado en el concepto de violación, es claro que a la demandante nunca le fue reprochada su participación activa en una situación de control societaria ejercida por una sola persona frente a varias compañías de seguridad; tampoco, el hecho de haber ejecutado directamente una acción anticompetitiva.

Por consiguiente, dado que el comportamiento que la parte actora dijo le fue reprochado, en realidad no fue aquél por el que la Superintendencia demandada la impuso la sanción que se impugna, se deduce que el razonamiento esbozado en el concepto de violación no resulta pertinente para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados.

En efecto, la señora Álvarez Espinel aseguró en su demanda que la entidad demandada le habría sancionado el hecho de haberse conformado un grupo de sociedades controladas por una sola persona; sin embargo, quedó probado que este no fue el hecho no fue el que motivó la imposición de la sanción en su contra.

Adicionalmente, en gracia de discusión, a partir del estudio efectuado sobre los actos administrativos traídos a colación, se evidencia que existe coherencia entre los cargos planteados en la resolución que abrió la investigación administrativa y aquel por el que efectivamente fue sancionada la señora Sandra Milena Álvarez Espinel.

Lo anterior dado que la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución 2065 del 28 de enero de 2015, le endilgó a la demandante una presunta responsabilidad en las conductas restrictivas de la competencia que podría haber realizado la sociedad CENTINEL, puesto que se desempeñó como representante legal de la misma; y, finalmente, le sancionó porque, pese su rol de dirección, tuvo un comportamiento omisivo y negligente frente a dichas acciones anticompetitivas.

Por ende, a juicio de esta instancia, en el asunto de la referencia no se evidencia una incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución sancionatoria, en lo relacionado con la conducta que imputada y sancionada al señor Álvarez Pimentel.

En consecuencia, las anteriores reflexiones conllevan a responder al problema jurídico bajo análisis en el sentido de deducir que la autoridad demandada no incurrió en una incongruencia entre lo imputado a la actora en el pliego de cargos con la resolución sancionatoria. Y de esta manera, el cargo de nulidad no tiene vocación de prosperidad.

2.2. ¿Vulneró, la entidad demandada el debido proceso, al omitir la etapa de conciliación en sede administrativa?

Sobre este aspecto, la demandante indicó que el artículo 33 de la Ley 640 de 2001 prevé la existencia de una etapa de conciliación dentro de los procesos de competencia desleal y prácticas anticompetitivas que se hubieran iniciado a petición de parte. Por este motivo, adujo que la Superintendencia no tenía la potestad de prescindir de esta dentro del proceso sancionatorio que adelantó en su contra, dado que se encuentra expresamente contenida en la Ley.

Mencionó que la propia demandada reconoció que la investigación administrativa que culminó con la expedición de los actos demandados se habría iniciado a solicitud de parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; hecho que no resultaría equiparable con la figura del tercero interesado en las resultas del proceso.

Señaló, además, que la referida conciliación no podía prescindirse bajo el supuesto de la economía procesal y eficiencia.

En ese contexto, conviene, al Despacho analizar si la accionada se encontraba obligada a surtir la etapa conciliatoria en el trámite sancionatorio correspondiente. Así ha de estudiarse el contenido de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, a través de la cual fueron modificadas las normas relativas a la conciliación. Para ello, es necesario citar la referida disposición en la forma que sigue:

“CAPITULO IX.

*DE LA CONCILIACIÓN EN MATERIAS DE COMPETENCIA Y
DE CONSUMO*

*ARTÍCULO 33. CONCILIACIÓN EN PROCESOS DE COMPETENCIA. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas **iniciadas a petición** de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación **de los intereses particulares que puedan verse afectados.***

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el Superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil”. (Se destaca)

De la normativa en cita se desprende que en los procesos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas existirá audiencia de conciliación. Sin embargo, se deduce que este trámite se llevará a cabo en

aquellos casos que hubieran sido iniciados a petición de parte e involucren intereses particulares de quienes pudieron verse afectados con tales comportamientos.

En este contexto, resulta del caso analizar si el trámite que fue adelantado en contra de la demandante se suscitó a petición de parte o involucrara intereses particulares de personas que pudieran afectarse con los comportamientos reprochados.

Para ello, se debe comenzar por señalar que la investigación administrativa por prácticas anticompetitivas que dio paso a la expedición de los actos acusados, fue iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de la denuncia presentada mediante comunicación S-2011-022281-NAC, el 9 de junio de 2011, por la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Dicho comunicado fue una solicitud de verificación petitionada por el referido Instituto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio indagara la presunta existencia de un grupo empresarial no declarado conformado por alguno de los proponentes que se presentaron en la licitación pública que se adelantó para la selección de la empresa que prestara los servicios de vigilancia y seguridad privada en algunas de sus direcciones⁷.

Ahora bien, en este punto, resulta imprescindible recordar que la señora Sandra Milena Álvarez fue sancionada por haber omitido, en su calidad de representante legal, evitar que la sociedad CENTINEL hiciera parte de un acuerdo colusorio dirigido a llevar conductas anticompetitivas dentro de algunas licitaciones públicas, como aquella a la que hizo referencia el ICBF en su solicitud.

⁷ Folio 1 de la carpeta 1 de la carpeta pública 1, que se encuentra dentro de los antecedentes administrativos aportados. En esa oportunidad, el ICBF señaló:

“[...]

Teniendo en cuenta que el ICBF adelantó licitación pública para la selección de la empresa que presta los servicios de vigilancia y seguridad privada en las sedes de la Dirección General, y de las Regionales Cundinamarca, Bogotá, Sucre y Guajira, la cual fue adjudicada la Cooperativa de Vigilancia Stracoop C.T.A; de manera atenta solicito determinar la posible existencia de un grupo empresarial no declarado entre algunos de los proponentes de dicho proceso; lo anterior, por cuanto se recibieron manifestaciones acerca de la posibilidad de que las firmas Starcoop C.T.A. y Guardianes Compañía Líder en Seguridad sean controladas por el señor Jorge Arturo Moreno Ojeda.

Cabe señalar que verificados los certificados de existencia y representación legal aportados con las propuestas, no se evidencio incompatibilidad alguna entre los diferentes proponentes; tampoco fue posible advertirle la información registrada en dichos certificados, la condición de grupo empresarial o la presunta conclusión de los proponentes en el proceso de selección”.

En ese contexto, ha de colegirse que no hubo infracción al artículo 33 de la Ley 640 de 2001, dado que la conciliación procedía en el evento según el cual la investigación hubiese sido originada por una queja presentada por una persona natural o jurídica de derecho privado en la que se hubiera puesto en peligro intereses de orden específico y concreto, no así, como ocurrió en el caso analizado, por virtud de una queja remitida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar donde sus intereses son de orden general.

Aunado a lo expuesto, y aún en gracia de discusión, esto es, de aceptarse la hipótesis de la actora según la cual la superintendencia demandada hubiere estado obligada a celebrar conciliación alguna, tal omisión no tendría la virtualidad de generar ninguna nulidad.

En efecto, el Despacho ha de considerar lo dicho por el Consejo de Estado en torno a aquellas irregularidades acaecidas dentro de los procedimientos administrativos y su impacto sobre la legalidad de los actos definitivos:

“[...] no toda irregularidad acaecida dentro del procedimiento administrativo o inobservancia de los requisitos formales por parte de la administración pública, constituye por sí sola, un motivo para decretar la nulidad de los actos administrativos producto de una actuación administrativa. Estos solo podrán ser anulados, cuando los vicios dentro del procedimiento impliquen el desconocimiento de las garantías fundamentales de quien pueda resultar afectado con su expedición, es decir, que la nulidad de un acto administrativo por desconocimiento del debido proceso administrativo puede ser decretada únicamente cuando dentro del proceso para su expedición se presenten irregularidades sustanciales o esenciales, que afecten las garantías constitucionales del administrado”⁸.

En este sentido, es claro que las únicas irregularidades procesales que pueden acarrear la nulidad de un acto administrativo, son aquellas que tienen la entidad suficiente para transgredir las garantías procesales esenciales del administrado que pueda resultar afectado por la decisión.

En suma, la respuesta al problema jurídico planteado atiende a asegurar que la Superintendencia de Industria y Comercio no vulneró el debido proceso de la actora, dado que no estaba obligada a promover conciliación alguna, en razón a que la investigación no fue promovida a instancias de una parte, sino como producto del cumplimiento de un deber legal por parte de una autoridad estatal, como lo es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Y aún en la hipótesis de que sí hubiera estado obligada, tal omisión

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Bogotá, D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019).

no tendría la virtualidad suficiente para comprometer el debido proceso de la actora. De ahí que el cargo no salga adelante.

2.3. ¿Desconoció, la autoridad accionada el debido proceso, por cuanto habría valorado pruebas obtenidas de forma ilegal y rechazado las solicitadas elevadas por los investigados?

En relación con este problema jurídico, la demandante manifestó que los actos administrativos demandados se encontrarían viciados de nulidad, toda vez que: i) se habrían sustentado en pruebas ilegales, al haber sido obtenidas con violación al debido proceso; ii) la Superintendencia rechazó sin justificación suficiente las solicitudes probatorias que realizó en sede administrativa; y iii) no permitió contrainterrogar al señor Orlando Barrios Giraldo en su declaración como delator inicial.

Teniendo en cuenta que el cargo de nulidad en cuestión se compone de tres argumentos relacionados con la actividad probatoria desplegada en la actuación administrativa que dio origen a las resoluciones acusadas, el Juzgado procederá a analizarlos por separado.

- **De las pruebas ilegales**

En lo concerniente, la demandante relató que el señor Orlando Barrios Giraldo suscribió un convenio de colaboración con el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y, como parte de ese acuerdo, aportó material probatorio y rindió una declaración inicial. Y dijo que los elementos probatorios fueron altamente valorados durante la investigación administrativa y se convirtieron en el soporte de la decisión sancionatoria.

Indicó que, posteriormente, el señor Barrios se retractó de su declaración, toda vez que habría sido inducido y coaccionado por la Superintendencia para delatar un supuesto sistema dirigido a limitar la libre competencia; hecho que estaría acreditado con la denuncia penal interpuesta por él, en contra del Superintendente Pablo Felipe Robledo y otros funcionarios.

Aludió que, en virtud de las anteriores circunstancias, las pruebas antes mencionadas fueron recolectadas con violación al debido proceso, por manera que serían ilegales y debieron excluirse de la investigación; empero, dijo, la Superintendencia las incorporó de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015.

Afirmó que, al tratarse de pruebas ilegales, su valoración generaría la nulidad de todo el procedimiento sancionatorio, dado que habrían sido determinantes para imponer la sanción que se impugna, pues, explicó, la

decisión sancionatoria se cimentó en los correos electrónicos aportados por el señor Barrios y su declaración recaudada bajo amenazas.

Señaló que, fruto de la mencionada denuncia, la entidad demandada debió suspender el proceso sancionatorio, mientras la Fiscalía General de la Nación resolvía el asunto; esto, debido que el acusado sería Juez dentro del trámite sancionatorio. Sin embargo, aseguró que el procedimiento continuó de manera irregular

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio, al contestar su demanda indicó que todas las pruebas obtenidas durante el proceso sancionatorio se incorporaron de conformidad con las normas aplicables al caso concreto.

Aludió que la exclusión del señor Barrios, derivada de la denuncia que presentó supuesta presiones y coacción, no afectaría la validez de las resoluciones demandadas, en consideración a que estas se sustentaron en las pruebas recaudadas directamente por la Superintendencia durante la investigación preliminar y el curso del procedimiento; mientras que las pruebas aportadas por el entonces colaborador únicamente corroborarían tales hallazgos. Así, aseveró que los demás sancionados tuvieron la posibilidad de contradecir todas las pruebas en las que se cimentó la decisión sancionatoria.

Al respecto, de los actos administrativos aportados como pruebas al expediente, se evidencia que, antes de la apertura de la investigación administrativa sancionatoria 11-71590, el señor Orlando Barrios Giraldo se acogió a un programa de beneficios por colaboración, en el que aportó alguna información, así como pruebas que daban cuenta de la conducta anticompetitiva denunciada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

De igual forma, se observa que el señor Barrios, mediante comunicación del 22 de octubre de 2015, se retractó de la declaración inicial que rindió en el marco del mencionado programa, como consecuencia de una denuncia penal que fue presentada en su contra, y de otras personas más, por el señor Jorge Arturo Moreno Ojeda, quien también era investigado dentro del procedimiento sancionatorio⁹.

⁹ Hoja 4 de la Resolución 19890 del 24 de abril de 2017. En esa oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio dijo:

“Programa de Beneficios por Colaboración

Antes de la apertura de la investigación, ORLANDO BARRIOS GIRALDO (Gerente de COBASEC) se acogió al Programa de Beneficios por Colaboración, aportando información y pruebas que daban cuenta de la presunta conducta anticompetitiva objeto de investigación. De esta forma y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 6 y 7 del Decreto 2896 de 2010, suscribió Convenio de Colaboración con el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en el marco

En efecto, del escrito de retractación presentado el 22 de octubre de 2015¹⁰, se evidencia que el señor Barrios Giraldo adujo retractarse del testimonio

del cual acordó el 100% de exoneración del pago de la eventual sanción por su condición de primer delator.

Sin embargo, ORLANDO BARRIOS GIRALDO mediante comunicación del 22 de octubre de 2015 se retractó de su declaración rendida en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, como consecuencia de una denuncia penal presentada en su contra por el también investigado JORGE ARTURO MORENO OJEDA, acción que también se denunció a algunos funcionarios y ex funcionarios de Esta entidad”.

¹⁰ Folios 13210 al 13218 del documento que puede consultarse en la carpeta: “Reservada – PBV-VIGILANCIA 3”, de las carpetas reservadas de los antecedentes administrativos. Allí se dijo:

“Me dirijo a ustedes de conformidad con el acta de conciliación FGN-50000-F-29, surtida en las dependencias de la Fiscalía General de la Nación, en la cual declaré mi libre intención de retractarme de las declaraciones dadas en la diligencia practicada en la Superintendencia de Industria y Comercio ante los funcionarios María Elena Roso, Felipe Serrano, German Bacca y Pablo Felipe Robledo Castillo en el marco de una investigación que dicha Superintendencia adelanta y en la que hice una serie de afirmaciones algunas provocadas por el temor y la intimidación que me generaron los funcionarios de la Superintendencia, en el sentido de que si no colaboraba con ellos las consecuencias económicas y penales que me acarrearía esta situación serían nefastas, así como el hecho de que en ningún momento se me informó la posibilidad de acudir a dicha diligencia con un abogado que me prestara la asesoría profesional necesaria y crítica ante la avalancha de preguntas, deducciones, afirmaciones y orientaciones que vendrían hacia mí en el marco del proceso. Ratifico que solo asistí a la Superintendencia por recomendación de mi hermana, de acuerdo a la solicitud que le hubiera hecho el señor superintendente Pablo Felipe Robledo del Castillo.

[...]

Por todo lo anterior, me retracto del testimonio presentado me retracto en absolutamente todo porque es contrario a la verdad, pido excusas al señor moreno y dejo sin validez jurídica alguna las afirmaciones que contra él y contra su familia y las demás personas y empresas involucradas, y que se retracte todo el testimonio otorgado por mí sobre ellos ya que no me consta absolutamente nada de lo dicho y después pude verificar que nada de lo dicho en ese testimonio corresponde a la realidad.

Así mismo, frente a las personas jurídicas me retracto, de ninguna manera me consta que establezcan reuniones o se citan de manera alguna para discutir estrategias de ninguna índole y mucho menos que como se quiere hacer ver en mi testimonio realicen actos contrarios a la libre competencia.

Quiero manifestar que en igual condición fui inducido para asistir a la fiscalía general de la nación con el propósito de dar mi testimonio en una investigación que por colusión al parecer la misma superintendencia de industria y comercio promovió ante dicha entidad fiscal.

Frente a todo lo declarado en mi testimonio me retracto bajo el amparo de los postulados del Código General del Proceso y solicito a la Procuraduría General de la Nación investigue la manera como se practicó mi testimonio para que efectúe control preventivo de legalidad a la manera como se adelantó dicho procedimiento, donde ni siquiera pude contar con la asistencia de un abogado, así mismo una verdadera línea de custodia sobre el proceder administrativo de los funcionarios que recibieron el testimonio, la elaboración de las preguntas y los demás vicios que son apenas evidentes en dicha diligencia.

Por último, quiero manifestarle que en la diligencia de conciliación citada en torno al proceso penal promovido por el señor Moreno contra el suscrito y los demás que participamos en las diligencias de entrevista en la SIC es decir los funcionarios denunciados, estos al declarar mi deseo de retractación me amenazaron, tal como se puede establecer con todos los asistentes que formularían denuncias penales etc, tal como lo mismo que me sucedió cuando por promovido por el

presentado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, por considerar que en las declaraciones allí rendidas hizo algunas aseveraciones “[...] *provocadas por el temor y la intimidación*” que le generaron los funcionarios de la mencionada entidad, las cuales serían contrarias a la verdad.

Sin embargo, al descender al caso concreto, el Despacho anticipa que el argumento del actor no tiene vocación de prosperidad, dado que la declaración del señor Barrios no fue la única prueba que se blandió en contra del actor, por lo que su exclusión del haz probatorio sería inocua y no conllevaría a inferir su no responsabilidad.

Aún en gracia de discusión, el planteamiento expuesto por la parte demandante para acreditar que las pruebas aportadas por el señor Orlando Barrios Giraldo serían ilegales, se encuentra sustentado en una premisa falsa.

En efecto, si bien quedó acreditado que el señor Barrios se retractó de la declaración que rindió en virtud del acuerdo de colaboración que suscribió con la Superintendencia, al considerar que lo dicho en esa oportunidad sería contrario a la verdad y lo había manifestado a raíz de la intimidación y coacción ejercida por parte de funcionarios de esa entidad, lo cierto es que esta última circunstancia no fue acreditada.

Por un lado, la denuncia penal a la que hizo referencia la demandante, no fue presentada por el señor Barrios Giraldo, como lo aseveró en el concepto de violación; y de otro, más allá de las afirmaciones efectuadas por el colaborador, no existe material probatorio en el que se demuestre que la declaración aludida y las pruebas aportadas efectivamente fueron practicadas a través de acciones coactivas que afectaran el debido proceso del denunciante.

Así, no resulta válido afirmar, como lo hizo la demandante, que la inducción y coacción en cuestión se encontrarían acreditadas con la simple denuncia penal interpuesta por el señor Barrios en contra del Superintendente Pablo Felipe Robledo y otros funcionarios. Pues, tal denuncia solamente demostraría el hecho de haberse puesto en conocimiento de las autoridades judiciales una determinada conducta, pero jamás probaría la comisión de la conducta, como quiera que para ello se requeriría de un pronunciamiento judicial definitivo que diera sustento a esa denuncia, después de agotar el proceso respectivo.

Con el agravante de que la supuesta denuncia a la que alude la actora ni siquiera fue presentada por el señor Barrios, sino por el señor Jorge Arturo

superintendente y por iniciativa de mi hermana yo asistí a la superintendencia a realizar el mencionado testimonio del cual hoy me retracto”.

Moreno Ojeda, quien también era investigado dentro del mismo procedimiento sancionatorio.

Y lo dicho también desvirtúa el planteamiento según el cual la Superintendencia debió suspender el proceso sancionatorio que originó los actos acusados, mientras la Fiscalía General de la Nación resolvía la denuncia, aún más si se tiene en cuenta que quien resolvió la actuación administrativa fue el Superintendente, José Luis Londoño Fernández, no Pablo Felipe Robledo, contra quien se presentó la denuncia penal en referencia.

Aunado a lo expuesto, el Despacho considera importante poner de presente que la actora incurrió en una imprecisión de carácter conceptual al calificar las pruebas por el señor Barrios Giraldo como ilegales, por haber sido supuestamente practicadas mediante el constreñimiento por parte de funcionarios de la Superintendencia demandada.

Al respecto, se debe precisar que las pruebas ilegales son producto del desconocimiento severo de las formas propias de recaudo, práctica y aporte a la actuación correspondiente; mientras que las obtenidas a través de la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, por constreñimiento ilegal o violación a la intimidad o la violación a la intimidad o por ignorar los derechos a la no autoincriminación y la solidaridad íntima, serían pruebas ilícitas¹¹.

En este contexto, es claro que el presunto vicio del que se duele la señora Álvarez Espinel en su demanda, tendría la virtualidad de dar lugar a la existencia de una prueba ilícita, mas no ilegal.

Finalmente, esta instancia echa de menos que la señora Sandra Milena Álvarez explicara en forma precisa cómo el material probatorio proveniente el señor Barrios Giraldo y su declaración fueron el fundamento último, importante o trascendental de la decisión sancionatoria que tomó la autoridad demandada en su contra.

Se recuerda que a la demandante le fue reprochado el haber tomado una aptitud omisiva y negligente frente a la conducta anticompetitiva desplegada por la sociedad CENTINEL, respecto de la cual fungía como representante legal; aspecto sobre el cual expuso nada se expuso en relación con correos electrónicos entregados por el señor Barrios y su declaración.

Lo anterior, resulta trascendental en el entendido que la señora Álvarez Espinel únicamente pretende la nulidad parcial de los actos administrativos

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, .MP. Eugenio Fernández Carlier, Sentencia del 11 de agosto de 2015, proceso SP10546-2015.

acusados, en aquellos apartes que le afectaron directamente, pero no de las demás personas jurídicas y naturales que fueron sancionadas.

De este modo, se colige no probada la supuesta ilegalidad de las pruebas que derivaron del señor Barrios Giraldo y la imposibilidad de su incorporación y valoración al procedimiento administrativo sancionatorio.

Pero si los anteriores argumentos no son suficientes para desvirtuar el planteamiento del actor, ha de tenerse en cuenta que la decisión sancionatoria tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la señora Álvarez Espinel no se sustentó de manera exclusiva en el material probatorio que se derivó del acuerdo de colaboración a que se ha hecho referencia.

En efecto, al auscultar el contenido del acto administrativo sancionatorio, se observa que la entidad demandada tuvo en cuenta diversos medios de pruebas para deducir la existencia de un grupo de empresas de seguridad privada que actuaron de manera coordinada y sistemática, bajo una única directriz, para participar en procesos públicos de contratación y así simular una inexistente competencia.

Pruebas como la confesión de la señora Victoria Eugenia Cardona Lenis, así como las declaraciones de los señores Lili Johana Sánchez Martínez y Francisco José Ochoa, quienes dieron cuenta del comportamiento mancomunado de las empresas.

También, documentos como: las diapositivas tituladas “Presentación General SMG.pdf”; “Presentación Comercial Comité (sic)2.pptx”; “Informe Comercial Público (sic) .xlsx”; el informe de gestión comercial presentado por el señor Andrés Eduardo Ortiz, como gerente de INSERVIG; “Directorio Empresas SMG17-01-08.xls”; “Licitaciones 2011”; “Extensiones Cobasex”; “Taller de Planeación Estratégica 2011”; “Acta 29 de septiembre de 2010”. el correo electrónico con asunto “Presentación del Director Corporativo del Desarrollo Humano del Conocimiento y aprendizaje organizacional”; y “Acta Reunión arp 25/06/2009”.

Las anteriores pruebas, llevaron a la Administración a colegir que varias empresas que prestaban servicios de seguridad social coordinaron su participación conjunta en procesos de licitación público para defraudar la competencia, entre estas, la sociedad CENTINEL, de quien fue representante legal la demandante y quien, a pesar de tener la facultad legal para ello, por omisión permitió que tal práctica anticompetitiva se llevara a cabo.

Así, se deduce nuevamente la insuficiencia del argumento esgrimido por la parte actora sobre la supuesta ilegalidad de algunas pruebas y la presunta trascendencia de las mismas en la decisión sancionatoria definitiva.

- **Del conainterrogatorio del señor Orlando Barrios**

La demandante aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio no permitió que el señor Orlando Barrios fuera conainterrogado por los demás investigados cuando rindió su declaración en el marco del acuerdo de colaboración a que se ha hecho referencia con antelación.

Con relación a esta circunstancia, se preciso indicar que el artículo 14 d la 1340 de 2009¹² prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídica que hubieran participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia.

De igual manera, el párrafo primero de dicho artículo prescribe lo que sigue:

“[...]

PARÁGRAFO PRIMERO. La identidad de los beneficiarios, así como las pruebas que estos aporten a la Superintendencia de Industria y Comercio y que sean trasladadas al expediente de la respectiva investigación, serán reservadas hasta que se profiera y esté en firme el acto administrativo definitivo a que hubiera lugar. Esto, sin perjuicio de que los investigados puedan tener acceso a la totalidad del acervo probatorio, garantizándose los derechos de debido proceso y defensa”.

De la norma en cita, se desprende que las pruebas aportadas por el beneficiario de un acuerdo de colaboración tendrán el carácter de reservadas hasta que se profiera el acto definitivo, esto, sin perjuicio que los demás investigados pueda tener acceso a las mismas.

Ahora bien, al auscultar los antecedentes administrativos se evidencia que mediante Resolución 97651 del 16 de diciembre de 2015¹³, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas dentro de la investigación administrativa 11-71590.

En esa oportunidad, la autoridad demandada adujo decretar algunas pruebas de oficio, en la forma que sigue: “[...] cada uno de los documentos que integran el expediente, con el valor legal que les corresponda, y que se han incorporado a la presente investigación, radicada en el No. 11-71590”¹⁴.

¹² Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

¹³ Resolución 97651 del 16 de diciembre de 2015, que puede apreciarse a folios 15692 al 15722 de los documentos que reposan en la carpeta pública 56 de los antecedentes administrativos.

¹⁴ Hoja 27 de la Resolución 97651 del 16 de diciembre de 2015.

De igual forma, se observa que la Superintendencia ordenó la ratificación del testimonio del señor Orlando Barrios Giraldo, así: “[...] Señalar las 8:30 a.m. del 2 de marzo de 2016, para llevar a cabo la audiencia a la que ha de comparecer ORLANDO BARRIOS GIRALDO, en su calidad de investigado, para que ratifique los testimonios rendidos ante esta Delegatura durante la etapa de averiguación preliminar”¹⁵.

A partir de la realidad procesal en que el señor Barrios Giraldo rindió su declaración inicial, en el marco del acuerdo de colaboración a que se ha hecho referencia en antecedencia, se considera que la presunta falencia en que sustentó la parte demandante su cargo de nulidad, no se configuró.

Lo anterior, debido a que no se acreditó que la prueba en cuestión hubiera sido ajena a un ejercicio de contradicción en la manera que lo aseveró al parte actora, pues, como se vio, la misma no solo se incorporó al expediente, sino que, adicionalmente, en la Resolución 97651 del 16 de diciembre de 2015 la Superintendencia decretó una diligencia de ratificación de testimonio; aspectos que, a juicio de esta instancia, garantizan el acceso a la prueba por parte de los investigados y la posibilidad de controvertirla en caso de así considerarlo.

Por consiguiente, el Juzgado colige que el argumento esgrimido por la señora Álvarez sobre la práctica de la declaración rendida por el señor Barrios, no se probó.

- **Del rechazo de las solicitudes probatorias**

En cuanto a esta circunstancia, la señora Sandra Álvarez refirió que las autoridades administrativas tendrían prohibido denegar sin justa causa las pruebas que se soliciten en los procedimientos administrativos; por manera, que la decisión de rechazar alguna por inconducente, impertinente o inútil debe estar suficientemente motivada. Lo anterior, de conformidad con lo prescrito en los artículos 9 y 47 de la Ley 1437 de 2011.

Afirmó, en consonancia con lo afirmado, que su derecho de defensa, así como el debido proceso, fue transgredido durante el procedimiento sancionatorio, pues, la Superintendencia negó la mayoría de las pruebas solicitadas con argumentos insuficientes y arbitrarios.

Dijo que ello fue así frente a las pruebas periciales dirigidas a que se conceptuara sobre mercados relevantes y la forma en que se recaudó la información extraída de algunos computadores que durante visitas entregó el señor Orlando Barrios Giraldo.

¹⁵ Hoja 44 de la Resolución 97651 del 16 de diciembre de 2015,

Sobre este aspecto, el Juzgado encuentra esclarecedor mencionar que el Consejo de Estado¹⁶ ha sostenido que la simple ausencia de pruebas o disputando la valoración de las mismas no conlleva a la nulidad de un procedimiento administrativo, toda vez que:

“[...] la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no puede operar como una tercera instancia para debatir si la prueba debió ser decretada, o para discrepar de la valoración hecha, pues constitucionalmente los procesos solo conocen dos instancias y no puede trasladarse a la acción contenciosa lo que es propio de cada uno de los procesos, en este caso de la doble instancia del proceso disciplinario. Desde luego que eso no significa que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se coloque al margen de las vicisitudes probatorias que preceden a los actos administrativos, sino de poner límites razonables al debate sobre la prueba, para que la actividad de la Jurisdicción Contenciosa en tanto ejerce el control del debido proceso en la prueba, no sea la misma de la que se ocupó la administración en doble instancia.”

En este sentido, la mencionada Corporación señaló que debe *“[...] existir entonces una cualificación del debate de la acción Contencioso Administrativa, de modo que en el proceso de nulidad se demuestre no solo que las pruebas faltaron objetivamente, sino que el contenido de ellas, de haber sido llevado oportunamente al proceso hubiera cambiado radicalmente la decisión”*.

Entonces, *“[...] no es la simple ausencia de la prueba causa para anular la actuación administrativa, sino que es menester superar la simple conjetura, para demostrar que la prueba omitida era trascendente en grado sumo, tanto, que dada su fuerza de convicción la decisión hubiera tomado otro rumbo”*.

Así, la jurisprudencia de dicho Tribunal ha considerado necesario que el demandante solicite en sede judicial aquellas pruebas que no fueron decretadas ni practicadas en el procedimiento administrativo¹⁷, *“[...] a*

¹⁶ Al respecto se pueden consultar las siguientes sentencias:

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Providencia del 23 de julio de 2009, Radicado No. 11001032500020040021201 (4493-04), C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013). Rad. 11001-03-25-000-2011-00115-00 (0390-2011).

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de marzo de 2000. Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Rad. 5583. En esa oportunidad, se dijo:

“[...] Finalmente, en lo que concierne a la aducida violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que objetivamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la

objetos de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida [...]”¹⁸.

En esta oportunidad, el Juzgado encuentra pertinente advertir que, si bien alguna de la jurisprudencia en cita se profirió dentro litigios suscitados en controversias de origen disciplinario, esta resulta aplicable al caso bajo análisis, como quiera versa sobre aspectos relativos al debido proceso como garantía transversal propia y transversal de los procedimientos administrativos en general.

Al descender al caso bajo estudio, se observa que el Consejo de Estado ha fijado dos reglas jurisprudenciales en aquellos casos en que se pretenda la nulidad de un acto administrativo en vía jurisdiccional, por la ausencia, falta de decreto o indebida valoración de pruebas durante la actuación administrativa.

La primera de ellas, relativa a que el interesado se encuentra en el deber de explicar razonablemente porqué la falta de las mismas resultó determinante en la decisión final adoptada, de forma que se acredite que dicho material, de haber sido allegado oportunamente al expediente, hubiera cambiado trascendental lo deducido por la Administración.

Y, la segunda, relacionada con la necesidad de que dicho materialmente probatorio, no analizado en sede administrativa, sea aportado o solicitado en el proceso judicial, para que pueda ser estudiado por el Juez a la luz de los argumentos que se planteen en el concepto de violación.

En este contexto, el Despacho evidencia que la formulación del razonamiento planteado por la señora demandante carece de la técnica jurídica necesaria para desvirtuar la legalidad de las resoluciones acusadas de nulidad.

En efecto, la censora únicamente reprochó la falta de decreto de algunas pruebas técnicas periciales, pero nada expuso sobre la importancia y trascendencia que estas pudieron tener para cambiar el rumbo de la decisión que tomó la Superintendencia de Industria y Comercio en su contra, ello, de haber sido llevadas oportunamente al procedimiento sancionatorio.

importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida. Resulta, que esa eventual incidencia en el caso presente no se puede medir o ponderar, pues la demandante no solicitó ni aportó pruebas con ese propósito [...]”

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009). Rad. 2500-23-24-000-2002-00035-01.

De este modo, se sigue que, aún de resultar cierto que la Superintendencia demandada omitió pronunciarse en debida forma sobre la solicitud probatoria que hizo la demandante en sede administrativa, esa falencia, por sí misma, no tendría la entidad suficiente para acarrear la nulidad de los actos impugnados. Por consiguiente, esta hipótesis tampoco se probó.

En suma, como quiera que la señora Sandra Milena Álvarez no logró acreditar la configuración de una causal de nulidad, derivada de los argumentos que esgrimió en el cargo de nulidad en que se sustentó la formulación del problema jurídico bajo análisis, en el que de forma general se reprochaba la actividad probatoria desplegada por la Superintendencia demandada, se colige que su respuesta es la siguiente: no se probó que la autoridad accionada desconociera el debido proceso.

2.4. ¿Ignoró, la Superintendencia de Industria y Comercio el término de caducidad de la facultad sancionatoria, al contabilizar este de manera arbitraria, pues, habría omitido contar el mismo desde el momento de la presentación de las observaciones que, presuntamente, se realizaron en forma restrictiva de la competencia?

En el concepto de violación, la demandante que la Superintendencia de Industria y Comercio habría transgredido los principios de defensa y seguridad jurídica, que serían presupuesto esencial del debido proceso, como quiera que computó el término de caducidad de la facultad sancionatoria desde momentos indeterminados y, por ende, errados, como es el caso de la liquidación de algunos contratos públicos adjudicados.

Aseguró que la contabilización del referido término debía iniciarse desde un momento cierto y determinado. Entonces, dijo, como en el presente asunto lo reprochado por la entidad demandada serían los actos concretos desplegados por el señor Jorge Arturo Moreno Ojeda, a través de terceros, en procesos de licitación pública, sería de esos momentos precisos que debe hacerse el referido cálculo, esto es, la presentación de ofertas fraudulentas.

Sobre lo manifestado en el concepto de violación, el Juzgado encuentra necesario comenzar por insistir que la señora Sandra Milena Álvarez Espinal únicamente demandó la nulidad parcial de los actos administrativos acusados; es decir, sus pretensiones se encuentran dirigidas a controvertir la legalidad de los mismos solamente en aquellos apartes que afectaron su situación jurídica particular a través de una sanción.

En consecuencia, es claro que el razonamiento sobre el cual se cimentó el cargo de nulidad bajo estudio deviene en impertinente, en tanto hace referencia al computo del término de caducidad de la conducta desplegada

por el señor Jorge Arturo Moreno Ojeda, quien también fue sujeto de investigación y sanción por parte de la Superintendencia en la resolución sancionatoria.

Así, aunque resultara acertado afirmar que el término de caducidad de la facultad sancionatoria se contabilizó de forma errada frente al señor Moreno, tal circunstancia en nada afectaría lo propio en cuanto a la conducta reprochada y posteriormente sancionada a la aquí demandante.

De otro lado, en consideración a que la señora Sandra Milena Álvarez fue sancionada por haber participado en el sistema tendiente a restringir la libre competencia del mercado durante el periodo de 2009 al 2013, es claro que su actuar corresponde con aquellas conductas de carácter continuado, mas no de ejecución instantánea.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la naturaleza continuada o permanente de una conducta se da cuando el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo lapso la comisión de infracción respectiva¹⁹.

Así, toda vez que la demandante se le sancionó por desplegar una conducta omisiva o negligente respecto de las conductas restrictivas de la competencia que llevo a cabo la sociedad CENTINEL en algunos procesos de contratación pública; empresa, de quien fue representante legal entre el 10 de septiembre de 2009 al 23 de agosto de 2013, se deduce, sin lugar a dudas, que su comportamiento infractor estuvo vigente, por lo menos, mientras ejerció tal cargo de representación.

Por consiguiente, se confirma que el argumento presentado por la parte censora es impertinente. Primero, en consideración a que hace referencia a una conducta desplegada por una persona diferente y, por ende, ajeno a su actuar; y, segundo, puesto que el hecho infractor tendría carácter continuado y no de ejecución instantánea como se afirmó en el escrito de demandada, por lo que bajo esa premisa no habría caducidad de la facultad sancionatoria del Estado.

En este orden de ideas, a juicio de esta instancia, el problema jurídico bajo estudio resulta negativa. Y en este sentido, el cargo de nulidad se niega.

¹⁹ Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias:

- *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López. Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. 25000-23-24-000-2010-245-01.*
- *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Rad. 15001-23-33-000-2013-00245-01.*

2.5. ¿Configuró la desviación de poder en la expedición del acto administrativo, toda vez que, desde el momento de la apertura de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio, en diversos medios de comunicación, habría calificado a los investigados de ‘delincuentes’, pregonando que existió un ‘Cartel de la Seguridad y Vigilancia Privada’ que desfalcó el erario, lo cual no habría garantizado la resolución del caso de modo imparcial?

En el presente asunto, la demandante sostuvo que existirían varias situaciones que pueden clasificarse como una clara desviación de poder.

Refirió que la decisión de abrir el trámite sancionatorio en su contra y de los demás investigados fue publicitado a través de medios de comunicación y una rueda de prensa, en la que el Superintendente les habría calificado como delincuentes y acusado de realizar un millonario desfalco de fondos estatales; circunstancias que no serían el objeto del trámite y que denotaron que el asunto no sería resuelto de manera imparcial, así como que tendría un claro interés mediático.

Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio, al contestar la demanda, sostuvo que los actos administrativos no fueron expedidos por el Superintendente Pablo Felipe Robledo, sino por funcionarios Ad-Hoc; además, señaló que las declaraciones hechas en medios de comunicación, se efectuaron en cumplimiento del deber de informar a la comunidad sobre las actuaciones adelantadas por la entidad, en virtud del principio de publicidad.

Al descender al caso concreto, sobre la causal de nulidad invocada, cabe reseñar la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, en la que se precisa que la desviación de poder se concreta, una vez se demuestre lo siguiente:

“[...] La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (1) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (2) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías. [...]”²⁰

²⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" - Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ

De lo descrito, se tiene que un aspecto relevante en la determinación de la aludida desviación, es el interés particular y subjetivo de quien actúa en nombre de la administración cuando profiere el acto, además el desconocimiento de la norma aplicable a la actuación.

Al derivar lo expuesto y en consideración a lo concluido en precedencia en esta providencia, se sigue que la demandante no acreditó en forma alguna que el acto acusado persiguiera un objetivo no consecuente al interés público, sino un interés particular del funcionario que se encargó de proferirlo.

Es más, de lo examinado en el expediente, se desprende que la señora Sandra Milena Álvarez se le acusó y, posteriormente, sancionó por la comisión de una conducta omisiva, esto es, no haber hecho nada, en su calidad de representante legal, para evitar que la sociedad CENTINEL hiciera parte de un acuerdo colusorio, dirigido a llevar a cabo conductas anticompetitivas en algunas licitaciones públicas.

Lo anterior, refleja una actuación congruente por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio dirigida a sancionar la comisión de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en nada relacionadas con la comisión de un delito relacionado con el patrimonio económico del Estado.

Ahora bien, se observa que parte demandante aportó como pruebas algunas publicaciones de prensa digital, de algunos medios de comunicación como El Diario del Sur, W Radio, HSB Noticias, Cauca Noticias, El Extra, El Frente, El Nuevo Día, Asuntos Legales, RCN Radio, El Espectador, entre otros.

Sin embargo, lo cierto es que al revisar dichas noticias, se evidencia que en ellas únicamente se informaba que la Fiscalía General de la Nación habría imputado a varias personas que se encontrarían involucradas en un presunto “Cartel de la Vigilancia Privada”; también, que la Superintendencia habría informado sobre la existencia de un grupo empresarial para manipular procesos de contratación estatal.

En este punto, el Juzgado encuentra esclarecedor poner de presente que el Consejo de Estado ha dicho que las noticias o información que obtengan o publiquen los medios de comunicación, no tienen el valor de testimonio, es decir, no tienen el valor de probar por sí mismas el hecho materia de un

ARANGUREN - Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil once (2011) - Radicación número: 17001-23-31-000-2007-00712-01(0752-09)

proceso; por el contrario, únicamente pueden servir como un medio indicador para que el Juez, a partir del análisis de otras pruebas pueda llegar a constatar la certeza de los hechos allí mencionados²¹.

En este contexto, el Despacho no solo advierte que las noticias en cuestión nada demuestran sobre las supuestas aseveraciones hechas por el Superintendente, sino que, además, aún de hacerlo no tendrían la contundencia suficiente para probar la desviación de poder de la que se quejó la demandante. Como quiera que se requeriría probar un interés diferente al expuesto en los actos administrativos acusados, lo cual resulta desacertado, en razón a que la investigación en mención culminó con elementos de juicio que demostraron el compromiso de la actora en los hechos materia de censura.

En este contexto, el cargo de desviación de poder no tiene vocación de prosperidad

3. CONCLUSIONES

En tales circunstancias, se concluye que la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos demandados, motivo por el que serán denegadas las pretensiones de la demanda.

4. Condena en costas

Según lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el criterio subjetivo – valorativo para la condena en costas implica: i) el resultado de la derrota dentro del proceso o recurso que se haya propuesto (objetivo); y ii) que en el expediente se revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, el Despacho considera que, en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas a la parte demandante, en la medida que, si bien se negaron las pretensiones de la demanda, no se encuentra debidamente probado que la parte demandada hubiera incurrido en algún gasto durante el trámite del proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Rad. 25000-23-25-000-2008-00942-01(1635-17).

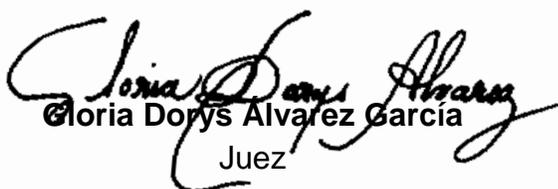
FALLA

PRIMERO. Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Abstenerse de condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO. Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Gloria Dorys Alvarez Garcia
Juez

Firmado Por:

Gloria Dorys Alvarez Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

002

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **df45a770f34d71376e4c1d97d34552d4ed82f4636390214354ebe248a27d08d8**

Documento generado en 10/02/2023 05:13:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>