



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B**

**SENTENCIA N° 2021-04-54 NYRD**

Bogotá D.C. veintidós (22) de abril de dos mil veintiuno (2021)

**EXP. RADICACIÓN:** 250002341000 2015 00825 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** PAVIMENTO UNIVERSAL S.A.  
**DEMANDADO:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
**TEMAS:** Sanción administrativa por infracción al régimen de la competencia / Violación al debido proceso / falsa motivación / infracción a las normas en que debía fundarse  
**ASUNTO:** Sentencia de primera instancia

**MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**

Vista la constancia Secretarial que antecede, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, señalando previamente que se ha efectuado el control de legalidad y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, así mismo que la decisión se adoptará teniendo en cuenta los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 183 C1).**

La sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL S.A., en ejercicio del **medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho** y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones de la demanda:

**“PRINCIPALES**

**PRIMERA:** *Que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones:*

- *Resolución 44579 del 22 de julio de 2014, por medio de la cual se impuso una sanción a la sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL S.A., por la omisión de*

*acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones de esta Entidad y obstruir una investigación.*

- *Resolución 61899 del 15 de octubre de 2014, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reposición y una nulidad procesal interpuestos por PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. en contra de la Resolución 44579 del 22 de julio de 2014 y se confirmó la sanción impuesta.*

**SEGUNDA:** *Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio devolver a PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. todas las sumas que la demandante hubiere pagado al momento de la sentencia, por concepto de sanción, intereses corrientes moratorios, sumas que se deben indexar al momento de realizarse el pago.*

**TERCERA:** *Que como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio publicar en su página web y en un diario de circulación nacional la parte resolutive de la sentencia que en el presente proceso se dicte y se indique que la empresa PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. no incurrió en obstrucción en visita administrativa, por lo cual la sanción que le fue impuesta no procedía y resultó ilegal.*

### **SUBSIDIARIAS**

**PRIMERA:** *De encontrar el Despacho que el procedimiento aplicable a este tipo de trámites es el contenido en el Artículo 51 del CPACA referente a “solicitud de información”, solicito que se sirva declarar la nulidad de la Resolución 44579 del 22 de julio de 2014, por medio de la cual se impuso una sanción a la sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL S.A., y la Resolución 61899 del 15 de octubre de 2014 mediante la cual confirmó la sanción, como consecuencia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC.*

**SEGUNDA:** *Que, como consecuencia de la declaración de nulidad contenida en la pretensión primera subsidiaria, solicito a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio devolver a PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. todas las sumas que la demandante hubiera pagado al momento de la sentencia, por concepto de sanción, intereses corrientes e intereses moratorios, sumas que se deberán indexar al momento de realizarse el pago.*

**TERCERA:** *Que como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio publicar en su página web y en un diario de circulación nacional que la empresa PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. no incurrió en*

*obstrucción en visita administrativa, por lo cual la sanción que le fue impuesta no procedía y resultó ilegal.*

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda son:

- El 6 de agosto de 2013, la Coordinadora del Grupo Interdisciplinario de Colusiones de la SIC, comisionó a funcionarios de dicha entidad para realizar una visita administrativa a las instalaciones de la sociedad Pavimento Universal S.A., ubicadas en la Carretera Cordialidad 300 metros Puente Circunvalar en la ciudad de Barranquilla, con el fin de obtener información relacionada con los procesos de selección contractual a los cuales se ha presentado la empresa, tal y como lo informa el documento de autorización de visita de la SIC, radicado con el número 13-187064-3-0.
- En atención a lo anterior, la Delegatura para la Protección a la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, realizó el día 8 de agosto de 2013, la visita administrativa en las instalaciones de la sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL S.A, la cual fue atendida por el señor Luis Alberto Rodríguez Donado en su calidad de contador, pues el gerente, los directivos y los ingenieros encargados de la contratación pública no se encontraban en el lugar.
- El referido contador intentó fallidamente comunicarse con la entidad demandada para efectos de corroborar identidad de los funcionarios, por lo que finalmente informó que no estaba autorizado para atender la visita. Esta situación se manifestó tanto el día de la diligencia como en las explicaciones presentadas al interior del proceso administrativo.

En atención a lo anterior, los delegados de la SIC comunicaron que realizarían la visita de inspección al día siguiente.

- Así las cosas, el día 9 de agosto de 2013 se realizó visita a las instalaciones EQUIPO UNIVERSAL (que son las mismas de PAVIMENTO UNIVERSAL S.A.), la cual fue atendida por Jorge Navarro (representante legal), Fabián Saumet (ingeniero) y Jesusaldo Carillo (abogado), en la cual se accedió a equipos de cómputo de la empresa, se obtuvo copia de las Actas de la Junta Directiva y de la relación de los procesos adjudicados y no adjudicados y en general toda la información pedida de los procesos de contratación pública de ambas sociedades, ya que son los mismos.
- Mediante oficio del 12 de agosto de 2013, radicado bajo el número 13-191190-0-0, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia inició investigación administrativa por el incumplimiento de instrucciones y obstrucción de la investigación por los hechos sucedidos el 8 del mismo mes y año y además le solicitó al representante legal de la sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. que, en ejercicio de su derecho de defensa y el de la empresa a la que representa, rindiera las explicaciones

que estimara pertinentes y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer dentro de la actuación administrativa.

- El 13 de agosto de 2013, los representantes legales de PAVIMENTOS UNIVERSAL S.A. y EQUIPO UNIVERSAL S.A. dentro del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, presentaron escrito donde expuso sus explicaciones y aclaraciones frente presunto incumplimiento de las instrucciones y obstrucción de la investigación adelantada por la SIC, indicando que la información requerida fue efectivamente recaudada el día 9 de agosto del referido año.
- A través de la Resolución No. 88492 del 27 de diciembre de 2013 la SIC ofició a PAVIMENTO UNIVERSAL a la Cámara de Comercio de Barranquilla y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para que remitieran los estados financieros de la compañía, el registro en Cámara de Comercio, el RUP y la última declaración de renta efectuada por la compañía.
- Posteriormente, el 19 de febrero de 2014, la Superintendencia realizó una nueva visita administrativa a la sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL, la cual fue atendida por los señores Bladimir Alberto Becerra y Juan Francisco Herrera Bojanini, quienes entregaron lo solicitado por la Superintendencia y autorizaron la revisión de equipos de cómputo y correos electrónicos, incluyendo la información personal, aun sin mediar órdenes judiciales que faculten a la entidad a interceptar o registrar correspondencia o demás formas de comunicación privada.
- A través de la Resolución No. 44579 del 22 de julio de 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio declaró que PAVIMENTOS UNIVERSAL S.A. infringió el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 al incumplir las órdenes impartidas por la SIC y de esta forma obstruyó la investigación adelantada por la entidad y a consecuencia de ello, impuso una sanción de multa por el valor de OCHOCIENTOS CINCUENTA MILLONES OCHENTA MIL PESOS M/CTE (\$850.080.000).
- Mediante escrito presentado el día 26 de agosto de 2014 PAVIMENTOS UNIVERSAL S.A. presentó recurso de reposición en contra de la Resolución No. 44579.
- A través de Resolución No.61899 del 15 de octubre de 2014, la SIC resolvió el recurso de reposición negando la solicitud de nulidad por violación al debido proceso y reduciendo la sanción de multa impuesta a un valor de CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$431.200.000).

Como **cargos de nulidad** propone falsa motivación, por infracción a las normas en que debía fundarse, violación al debido proceso y desviación de las atribuciones de la Superintendencia de Industria y Comercio; como **normas violadas** los

artículos 15 y 29 de la Constitución Política de Colombia, artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1340 de 1990, artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012, artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

Presenta el **concepto de violación** indicando en primer lugar que los actos administrativos adolecen de los siguientes yerros:

**A. Vulneración del debido proceso de la sociedad demandante** toda vez que, la entidad que inició el trámite sancionatorio no aplicó el trámite definido en la ley para la conducta que investiga, es decir, el procedimiento sancionatorio establecido en materia de protección de la competencia.

En ese sentido, señala que teniendo en cuenta la conducta por la que fue sancionada la demandante, esto es, la establecida en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, referente a la protección del régimen de competencia, particularmente, **la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones**, el trámite que debía adelantarse era el establecido por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, por ende la SIC debía: i) adelantar una averiguación preliminar; ii) en caso de decidirse que es necesario realizar la investigación, esto debe realizar mediante una resolución que debe notificarse personalmente al investigado, iii) luego, deberá correr traslado de 20 días hábiles al investigado, iv) practicar las pruebas, v) citar a una audiencia verbal para alegar, vi) presentación de un informe motivado al Superintendente, vii) correr traslado para alegar y viii) emitir una decisión.

Sin embargo, contrariando lo anterior la Superintendencia adelantó un procedimiento distinto pues aquella, en virtud del artículo 51 de la Ley 1437 de 2011:

- Se limitó a enviar un oficio a PAVIMENTO UNIVERSAL en el que solicitó rendir las explicaciones pertinentes y aportar o pedir las pruebas que pretenda hacer valer, otorgándole el término de 10 días hábiles, la cual no se notificó personalmente, sino que se simplemente se comunicó.
- Se expidió la Resolución 27 de diciembre de 2013 a través del cual se decretaron las pruebas dentro del proceso administrativo.
- Así también, se emitió comunicación de autorización 13-187064-76-0 del 18 de febrero de 2014, la Superintendencia designó nuevos funcionarios para practicar visita a la sociedad demandante, diligencia en la cual se requirió la información solicitada el 8 de agosto de 2013 y se permitió el ingreso a los computadores.
- Posterior a ello, se emitió la resolución sanción, se otorgó el término para interponer el recurso de reposición contra dicha decisión, el cual fue

resuelto por la administración disminuyendo la multa impuesta.

Lo anterior como quiera que el extremo pasivo hizo una interpretación errónea de los numerales 4 y 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, pues *“lo que se entiende es que el Delegado tiene dos funciones a su cargo, y no que tiene dos procedimientos o trámites diferentes para ejercer sus funciones. La primera función consistente en instruir investigaciones por no acatar instrucciones o por obstruir investigaciones sobre infracción al régimen de competencia (numeral 4) y la segunda, la función consistente en instruir investigaciones por no acatar instrucciones o por obstruir investigaciones, y también por no informar operaciones de integración empresarial, esta última atribución que esta típica del derecho de la competencia.*

*En relación con esta norma, la SIC entiende, según la resolución confirmatoria, que frente a los casos del numeral 4, el Delegado, que es quien sustancia el caso, aplica las normas de procedimiento del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mientras que a los casos del numeral 12 no se les aplica el 2153 sino que se le aplica un trámite de solicitud de explicaciones contemplado con las disposiciones del artículo 51 del CPACA.*

*Esta distinción que asume la SIC, no era menester hacerla, pues donde el legislador no distingue no le es dable al interprete hacerlo. Además esta distinción desconoce el procedimiento aplicable a los casos de obstrucción y por ende viola el debido proceso. Por lo demás, la norma de manera clara y expresa solo tiene la misión de fijar funciones específicas y taxativas a un funcionamiento y no determina procedimiento para uno y otro caso.”*

En ese orden de ideas, considera que se omitió precisamente lo indicado por el procedimiento aplicable al caso en concreto, ya que no se adelantó la averiguación preliminar, no se formularon cargos producto de dicha indagación, no existió notificación personal de los mismos, sino una mera comunicación en la que se solicitó rendir unas explicaciones y pedir las pruebas a que considerara pertinente en un término insuficiente de 10 días hábiles y por último no se surtió el traslado para alegar de conclusión, además, a pesar de realizar una visita administrativa adicional el 9 de febrero de 2014 en la que se recaudó toda la información, se continuó con el proceso sancionatorio que culminó en multa.

Adicional a lo anterior señala que de considerarse aplicable la norma general, es decir, el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, la SIC en todo caso violó el debido proceso, pues las etapas previstas en el artículo mencionado no se cumplieron a cabalidad toda vez que:

- i) El término otorgado para contestar el requerimiento fue de 10 días, pero en atención al vacío normativo en la ley de competencia que no establece ningún término, lo cual no es cierto, por cuanto el Decreto Ley 19 de 2012 establece como plazo para presentar descargos;

- ii) La sanción impuesta excedió el monto de los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como quiera que asciende a cuatrocientos treinta y un millones de pesos (\$431.000.000) (valor correspondiente a 600 SMLMV).

Esto por cuanto así lo dispone el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, aun cuando la entidad demandada reconoce que este no es régimen aplicable, pero a su juicio, si lo faculta para imponer multas hasta de 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes en virtud de la violación de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluida la omisión de acatar en debida forma las órdenes e instrucciones impartidas y además, por cuanto la conducta desplegada se asemeja a un problema de colusión.

- iii) Para el periodo probatorio se otorgó el término de diez días, aun cuando la normativa señaló únicamente cinco.
- iv) La sanción se impuso mediante Resolución 44579 de 2014, fue proferida el 22 de julio de 2014 y notificada el 11 de agosto de 2014, es decir 8 meses después de haber vencido los dos meses de caducidad previstos en la disposición normativa, sin embargo, la Superintendencia indicó que este fenómeno acaecía trascurridos 5 años de haberse ejecutado la conducta violatoria al régimen de protección de la competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

En ese orden de ideas, se advierte una irregularidad y una afectación al **principio de favorabilidad** pues aunque el extremo actor considera que el procedimiento a seguir en un caso de obstrucción es el previsto en el artículo 51 del CPACA, este artículo solo sirve para la nominación de las etapas y condiciones de cada etapa prefiere ventilarlas con base en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, que es la norma que, a su vez, la SIC rechaza como disposición a aplicable a los casos de obstrucción, por considerar que es exclusiva para la violación a la protección de la competencia.

**B. Los actos administrativo infringen las normas en las que debía fundarse**, toda vez que considera que la Superintendencia de Industria y Comercio al tiempo que niega la aplicación de las normas de competencia, es decir el Decreto 2153 de 1992 (reformado por el Decreto Ley 19 de 2012), al indicar que la obstrucción a la investigación debe adelantarse por el trámite de solicitud de explicaciones previsto en el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, al momento de resolver el caso y el recurso interpuesto en contra de resolución sanción, aun aplicando esta, utiliza cada una de las etapas y los elementos característicos previstos en el mencionado decreto.

**C. La Superintendencia en el ejercicio de sus funciones al momento de realizar la visita del 19 de febrero de 2014, excedió sus atribuciones y violó el debido proceso.**

En cuanto al ejercicio de las funciones de la entidad, considera que durante la visita de inspección realizada el 19 de febrero del 2014, la misma excedió sus atribuciones y violó el debido proceso, al hacer copia de todos los archivos de un computador ya que debió limitarse de manera puntual y discriminada a aquellos archivos que tenían relación necesaria con el objeto de la actuación administrativa.

**D. Falsa motivación: se determinó el monto de la sanción de manera infundada ya que no se tuvo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.**

Tal como lo señala la Resolución **61899 de 2014** que resolvió el recurso, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que se trata de sancionar la comisión de conductas violatorias de la norma de competencia, por lo cual tasa la sanción basa en el patrimonio de la compañía.

Tratándose, de un caso de violación al régimen de competencia, como el extremo pasivo lo indica, era obligatorio que acudiera a los criterios de dosimetría del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, sin embargo, respecto de este aspecto no se refieren en los actos administrativos, salvo la disminución de la multa que se hizo con ocasión a la visita el 19 de febrero de 2014.

Resalta también que la sanción fijada no tuvo en cuenta en qué medida la conducta desplegada por PAVIMENTO UNIVERSAL afectó el mercado, el desempeño de las funciones administrativas de la Superintendencia, los activos o ventas involucradas en la conducta investigada o que la empresa no obtuvo ningún beneficio con la conducta que se endilga.

Por último, refiere que el valor impuesto afectó la actividad empresarial y se pone a la empresa por fuera del límite de su capacidad financiera.

**1.2. Contestación de la Demanda (Fls. 1 a 26 CP3)**

La Superintendencia de Industria y Comercio - SIC se opone a las pretensiones de la demanda y procede a pronunciarse frente a los cargos formulados así:

- Frente a la presunta **violación al debido procedimiento administrativo** indica que los actos administrativos no adolecen de este yerro, por cuanto la entidad sí aplicó el procedimiento establecido en la ley especial y ante los vacíos aplicó las normas que están llamadas a suplirlos.

Refiere que a través de los numerales 4 y 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 se estableció para Superintendente Delegado para la Protección de



la Competencia dos funciones diferentes en materia de protección a la competencia: por una parte, instruir los trámites por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, los cuales se rigen por el sistema de solicitud de explicaciones que se complementa con disposiciones del artículo 51 del CPACA, por ser el que más se asemeja a este tipo de procedimientos y por otra parte, instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre la protección a la competencia, que se gobiernan por el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Sobre el particular explica que el legislador distinguió claramente los dos trámites que, aunque relacionados con la protección a la competencia son completamente distintos, ya que entender algo distinto, como pretende el demandante, haría redundante la existencia de ambas disposiciones y es lógico que la inobservancia de las instrucciones precise un procedimiento más expedito mientras que lo relativo a prácticas restrictivas de la competencia -*como por ejemplo, una investigación por un presunto cartel de precios o un abuso de posición dominante*- requiere un despliegue más complejo dadas las características propias del asunto que se investiga.

También argumenta que lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, lejos de unificar los procedimientos respecto de investigar unas u otras conductas, fue claramente con el propósito de aumentar las sanciones para las mismas por eso empleó la expresión “*incluidas*” para entender comprendidas en el mencionado aumento no solo a una sino a todas las conductas y no como lo entiende el demandante, que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan y la obstrucción a las investigaciones, pasara a ser una conducta que debiera indagarse mediante el procedimiento del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012, pues este es un trámite incidental que se produce dentro de un proceso administrativo principal, en virtud del cual la autoridad debe solicitar al administrado las explicaciones sobre su conducta y, de no encontrarlas válidas, imponer una sanción; por lo tanto, concluye que seguir un trámite paritario para ambas conductas como se sugiere en el libelo, sería no solo contrario a las reglas especiales de procedimiento que para los incumplimientos de instrucciones en materia de competencia ha establecido el legislador en el artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, sino además es discordante con la naturaleza del trámite, la cual no es reprochar una conducta que en sí misma afecta al mercado sino la moralidad pública, la buena fe e impide el desarrollo de las investigaciones que en interés público tramita la Superintendencia y el descubrimiento de pruebas que demuestren la comisión de conductas anticompetitivas.

En ese orden de ideas, es claro que para el caso de los incumplimientos de instrucciones, **la ley especial de competencia establece:** i) que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el

encargado de instruir el trámite; ii) que el trámite que se debe seguir para eventos de renuencia a suministrar información, no otorgar acceso a archivos y en general desatender instrucciones de la autoridad, es el de “solicitud de explicaciones”; iii) que quien impone la sanción es el Superintendente de Industria y Comercio; iv) que el monto a imponer como sanción es de hasta CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV) y v) que el término de caducidad de la facultad sancionatoria es de cinco años.

Así también explica que la conducta violatoria de la norma se ejecutó el 8 de agosto de 2013 y la sanción se impuso el 22 de julio de 2014, por lo que **no operó el fenómeno de la caducidad**, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, por lo que no es necesario recurrir a la Ley 1437 de 2011 ni le era aplicable el artículo 55 *ibidem*.

Por ende concluye que la Entidad en el presente caso no debía observar el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 019 de 2012, sino que contrario a ello debía aplicar el procedimiento que en efecto se surtió con fundamento en la ley, el cual resulta acorde a las reglas referenciadas por el Consejo de Estado a través de la Sentencia del 20 de noviembre de 2014 es decir: i) comunicar al sujeto investigado la iniciación de la respectiva actuación, señalándole el objetivo de la misma; ii) dar la oportunidad al administrado para expresar sus opiniones y solicitar o allegar las pruebas que pretendía hacer valer; iii) con base en las pruebas e informes disponibles, adoptar la decisión correspondiente y motivada, por afectar los intereses del particular investigado, señalando la normativa jurídica que consagra tanto la conducta objeto de reproche como la sanción que se impone por incurrir en ella; iv) notificar la decisión respectiva y v) dar respuesta a los recursos de vía gubernativa que formule el administrado.

- Con relación a la **presunta infracción de las normas en que debía fundarse la decisión**, advierte que el argumento relacionado con la visita realizada el 19 de febrero de 2014, no debe prosperar por la simple razón de que el origen de la sanción a la sociedad se circunscribe a los hechos acaecidos en **la visita del 8 de agosto de 2013** por el incumplimiento de las instrucciones impartidas por la Entidad en esa fecha, por lo cual no debe ser objeto de pronunciamiento en el presente caso.

Y aun con dicha consideración, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia constitucional para solicitar la inspección o registro de cuentas de correo institucional y por ende está facultada para efectuar el decreto y práctica de diversas pruebas documentales, visitas de inspección y solicitudes a la personas naturales o jurídicas para el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio en el ámbito de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Así mismo desde el punto de vista legal, el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, establece funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio para que realice visitas de inspección y recaude toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y así mismo la faculta para solicitar a las personas naturales el suministro de papeles de comercio que requiera para el ejercicio de sus funciones, además el mismo legislador prevé el carácter reservado de aquellas documentales no es el oponible a las autoridades administrativas, sin que sea esto atentatorio al derecho constitucional a la intimidad.

No obstante lo anterior, y en punto de discusión, insiste que en la visita administrativa de inspección de 8 de agosto de 2013, que dio origen a los actos administrativos que acá se cuestionan no se tuvo acceso a las cuentas de correo electrónico institucional de Pavimento Universal S.A, pues tal fue la renuencia que la diligencia no pudo iniciar, aun cuando se le aclaró a quien atendió aquella que se obtendría información relacionada con los procesos de selección contractual de la entidad y específicamente frente a los emails institucionales se solicitó el acceso a aquellos desde los que se manejaba la gestión y administración de los proceso de selección en los que participaba la sociedad.

- Respecto del argumento de la **falsa motivación derivada de la presunta inobservancia de los criterios de graduación de la sanción establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009**, sostiene que este debe ser rechazado por cuanto, aquellos deberán ser tenidos en cuenta en la medida en que los hechos del caso así lo permitan. Por ello, cuando una empresa no permite acceder a ciertos documentos que puedan contener pruebas sobre un cartel empresarial para aumentar precios en el mercado, es evidente que no se sabrá cuál fue el beneficio que tuvo el infractor con esa conducta ya que precisamente el haber impedido el acceso a esa información impidió determinar que tanto ganó la empresa con la conducta ilegal, significando esto, que puede aplicar tanto ese criterio así como buscar los criterios adicionales que permitan dosificar la multa a imponer.

Descendiendo al caso en concreto, debe tenerse en cuenta incumplimiento sancionado no consiste simplemente en la falta de envío de una información concreta a la entidad, sino en la negativa de acceso, por parte del investigado, a los documentos y pruebas que sería necesario analizar dentro de una investigación, por lo que, para dosificar la multa impuesta, se utilizaron los siguientes criterios: (i) el grado o nivel de omisión de acatamiento; (ii) la obstrucción a la investigación administrativa; (iii) la renuencia a suscribir el acta; (iv) el impacto de la conducta en el mercado en cuanto al tipo de información a que se refería el trámite administrativo; (v) el monto máximo permitido por la ley y (vi) los estados financieros del infractor.

De igual forma afirma la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en

cuenta el monto máximo de la conducta a imponer este tipo de conductas de acuerdo con la Ley 1340 de 2009, y tomó en consideración los estados financieros de la compañía. Así las cosas, se impuso un monto correspondiente al 4.97% del valor del patrimonio del sancionado a 31 de diciembre de 2012; al 10.24% de las utilidades netas acumuladas del sancionado a 31 de diciembre de 2012 y al 1.38% de la máxima multa que puede imponerse por este tipo de conductas, cifras que en absoluto son desproporcionadas.

Por último, sostiene que no puede darse acogida al hecho de que por haber entregado la información en la visita administrativa realizada el 19 de febrero de 2014 *-6 meses después-* se pueda excusar la responsabilidad de PAVIMENTOS UNIVERSAL S.A.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones y no se acojan ninguno de los argumentos expuestos en la demanda, ya que los actos administrativos demandados fueron expedidos con el amparo de las normas que rigen la materia de la competencia, por lo tanto, es claro que la Superintendencia actuó conforma lo prevé la Ley y la Constitución.

## II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN PRIMERA INSTANCIA

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dado que: la demanda fue radicada el 21 de abril de 2015, y asignada mediante Acta de Reparto al despacho N° 25000234100020150082500 (Fl. 184), la cual fue inadmitida a través del Auto del 8 de mayo de 2015 (Fl. 186) subsanada y admitida el 11 de junio de 2015 (Fls. 234-235), debidamente notificado a las partes<sup>1</sup>, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 238 a 245); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda (Fl. 250); el 22 de enero de 2016 se emitió Auto señalando fecha y hora para la realización de la audiencia inicial (Fls.253-254); el 16 de febrero de 2016 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 259 a 268); el 15 de marzo de 2016 se emitió Auto en el que requirió a las partes para que allegaran al expediente las pruebas decretadas de oficio en audiencia inicial (Fls.271-272), el 2 de marzo de 2017 se emitió Auto señalando fecha y hora para la recepción de los testimonios decretados como pruebas mediante auto del 16 de febrero de 2016 (Fls. 313-314), el 25 de abril de 2017 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (Fls. 322 a 327) y finalmente se puso en conocimiento las pruebas documentales recaudadas y se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto del Ministerio Público.

### 2.1. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

---

<sup>1</sup> A la entidad demandada - SIC: envió electrónico folio 239, 30 de junio de 2017. A la parte demandante por estado del 16 de junio de 2015.

La **parte demandante** a través de memorial radicado el 10 de mayo de 2017 (Fls. 344 a 374 C1) reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda y además precisó que no existe una sola norma jurídica del régimen de la competencia que fije las sanciones al mismo como trámites incidentales, por el contrario, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 establece que todas las conductas sancionables, incluida la obstrucción a las investigaciones, constituyen violaciones a las normas de competencia, en consecuencia, la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio de considerar la obstrucción a investigaciones como un trámite diferentes es infundada.

Por su parte el apoderado judicial de la entidad **demandada -Superintendencia De Industria y Comercios- SIC** presentó escrito de alegatos finales, el 10 de mayo de 2017 (Fls. 377 a 398 C1), ratificándose en los argumentos de defensa que estructuró en su memorial de contestación de demanda, y retirando que ninguno de los cargos tiene vocación de prosperidad y la entidad actuó de conformidad con la normatividad que regula la materia.

Por su parte, el **Ministerio Público emitió su concepto** (Fls. 329 a 343) concluyendo luego de haber hecho un análisis de las resoluciones objeto de controversia, de las normas aplicables al caso concreto y de las pruebas obrantes en el expediente, que los actos administrativos que conllevaron a la imposición de la sanción pecuniaria a PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. se encuentran ajustados a la legalidad, de acuerdo a que el procedimiento aplicado, es decir, el trámite incidental que se encuentra demarcado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para los casos en que una persona natural o jurídica fuese renuente a suministrar información a las autoridades competentes y otro general, para aquellos aspectos no regulados en normas especiales en el artículo 51.

Así las cosas, a su juicio, el procedimiento aplicable es el contenido en esta norma, pues se trata de un trámite incidental con procedimiento especial establecido en el artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y no como pretende la sociedad demandante el señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Con relación a la caducidad sancionatoria por existir norma especial regulatoria, es aplicable entonces el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la cual establece establece un término de cinco años.

En cuanto a la dosimetría de la sanción consideró que, en los actos administrativos cuya nulidad se pretende, se plasmaron razones suficientes en cuanto a los motivos de la imposición de la sanción de multa y los criterios para su graduación.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente medio de control conforme lo establece el N° 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en la demanda se controvierten actos administrativos proferidos por una Autoridad del

orden nacional (Superintendencia de Industria y Comercio), y a título de restablecimiento del derecho se solicita la devolución del valor de la sanción impuesta correspondiente a **cuatrocientos treinta y un millones doscientos mil pesos** (\$ 431.200.000), cifra que supera los 300 SMLMV para la fecha de interposición de la demanda.

### 3.2. Legitimación en la causa

En principio expondremos que de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contenciosos administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto normativo, prevén que, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la **legitimación en la causa por activa** está reservada para aquella que sintiéndose lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pretenda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y el restablecimiento del derecho e incluso la reparación del daño que le haya sido irrogado. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** recae sobre la entidad, órgano u organismo estatal que haya expedido el acto administrativo o producido el hecho generador del daño.

Y que, respecto de la legitimación, el Consejo de Estado ha indicado:

*“(…) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.*

*En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la*

*procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”<sup>2</sup>.*  
(Negrita y subrayado fuera del texto).

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

### **3.1.1 Por activa:**

Descendiendo al caso concreto, se tiene que Pavimento Universal S.A. se encuentra legitimado materialmente por activa para impugnar los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual, como entidad encargada de vigilar, inspeccionar y controlar el régimen de competencia, emite el acto administrativo susceptible de pretensión de nulidad, esto es, por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones de la entidad demandada y obstruir una investigación, frente a lo cual se impone una sanción de multa a través de los actos demandados afectando al demandante, por lo que resulta apenas razonable, que al sentirse esta última perjudicada con la decisión, se encuentra materialmente legitimada para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, invocando como en el caso, cargos de nulidad de violación del debido proceso, infracción en las normas en que debías fundarse, el exceso de las atribuciones de la entidad demandada y falsa motivación.

### **3.1.2 Por pasiva:**

Así mismo, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto fue la entidad que expidió los actos acusados y quien impuso la sanción administrativa de multa a la demandante.

En suma, al existir identidad en la relación sustancial y la relación procesal demandante - demandado, establecida entre las partes con los actos administrativos demandados, el presupuesto de legitimación en la causa se encuentra reunido para proferir sentencia de fondo.

### **3.3 Planteamiento del Problema Jurídico principal**

En conclusión, advierte el Despacho que el **Problema Jurídico Principal**, consiste en determinar si las Resoluciones N°44579 del 22 de julio de 2014 y 61899 del 15 de octubre de 2014, fueron o no proferidos con violación al debido proceso, con infracción en las normas en que debías fundarse, con exceso de las atribuciones de la entidad demandada o falsa motivación o si al contrario no logra desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos administrativos, en tanto los mismos se ajustan a la Constitución y la Ley y respetan el debido proceso.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

Y en consecuencia establecer si le asiste o no interés al demandante en el restablecimiento del derecho pretendido.

Así mismo, que para resolver la cuestión principal, deben abordarse los siguientes **problemas asociados**:

- 1) Sí para el caso en concreto era aplicable el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 o por el contrario el trámite debía regirse por lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011 y de ser así se cumplieron todas las etapas allí previstas.
- 2) Si para la operancia de la caducidad debe analizarse a la luz del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 o el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, y por ende cuando se expedieron los actos cuya legalidad se discute ya había operado este fenómeno.
- 3) Si hubo una imposición injustificada de una sanción como quiera que no hubo obstrucción a la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio, como quiera que en las diligencias adelantadas el 9 de agosto de 2013 y el 9 de febrero de 2014 en las que se recaudó toda la información, y aun así se continuó con el proceso sancionatorio que culminó en multa.
- 4) Sí la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones al momento de realizar la visita del 19 de febrero de 2014, excedió sus atribuciones al hacer copia de todos los archivos de un ordenador al que se le permitió el acceso en dicha diligencia.
- 5) Si se impuso una sanción sin explicar los criterios de graduación y atenuación de las multas o si por el contrario los actos administrativos expusieron claramente las razones por la cuales se estableció su valor.

### **3.4. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.**

Para resolver la Sala abordará i) el marco jurídico establecido que gobierna la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, ii) regulación de sanciones e infracciones previsto para las conductas atentatorias al régimen de competencia, iii) dosimetría sancionatoria en el régimen sancionatorio de telecomunicaciones y iv) el análisis del caso concreto.

#### **3.4.1. Marco jurídico establecido que gobierna la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio- regulación de sanciones e infracciones previsto para las conductas atentatorias al régimen de competencia**



Para hablar del marco jurídico en el cual se desarrolla la facultad que ostenta la Superintendencia de Industria y Comercio como la entidad que ejerce inspección, vigilancia y control de las conductas atentatorias al régimen de competencia, es importante hacer referencia a las disposiciones contenidas en los artículos constitucionales:

*“Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.*

*Artículo 333 - La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, son autorización de la ley.*

*La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.*

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”*

*“Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del estado. Este intervendrá, por mandato de ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa, de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.*

*El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.*

*También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.” (negrilla y subrayado)*

De la lectura anterior, es posible concluir que la libre competencia es un derecho de interés colectivo consagrado en la Carta Política y que tiene como objetivo la protección del bienestar de los consumidores, la libre participación de las empresas en el mercado y la eficiencia económica, a través de actuaciones tanto preventivas como correctivas.

En esa medida y en desarrollo de lo ordenado por la Norma Suprema, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2153 de 1992 en el que se estableció en sus artículos 47, 48 y 50 como actos y contratos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante las siguientes conductas:

**ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

- 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*
- 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.*
- 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*
- 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.*
- 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.*
- 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.*
- 7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.*
- 8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.*
- 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*
- 10. <Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.*

**ARTICULO 48. ACTOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:*

1. *Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.*
2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.*
3. *Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.*

Así también fijó el procedimiento que debe seguir la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar si se ha configurado una infracción a las normas de promoción a competencia y prácticas comerciales restrictivas (es decir acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales), de la siguiente manera:

**“ARTÍCULO 52. PROCEDIMIENTO.** <Artículo modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

*Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.*

*Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.*

*Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.*

*Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.*

*Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto*

*infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.*

*En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.*

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

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

Posteriormente, el legislador profirió la Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, determinando en su artículo 6 que la Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas **por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia**, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

En lo que tiene que ver con el **monto de las sanciones** por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, **la obstrucción de las investigaciones**, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, dicho cuerpo normativo estableció:

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

*Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, **órdenes e instrucciones que imparta**, la obstrucción de las investigaciones, **el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones** o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios*

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

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

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

A su turno, a través del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se determinaron distintos regímenes administrativos sancionatorios, entre ellos, el trámite general<sup>3</sup>, el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal<sup>4</sup> y el correspondiente a la renuencia a suministrar información, de la siguiente manera:

**“ ARTÍCULO 51. DE LA RENUENCIA A SUMINISTRAR INFORMACIÓN.** *Las personas particulares, sean estas naturales o jurídicas, que se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, serán sancionadas con multa a favor del Tesoro Nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de este Código.*

*La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos.*

*Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas.*

*La resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones. Contra esta resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación.*

---

<sup>3</sup> Artículo 47 de la Ley 1437 de 2011

<sup>4</sup> Artículo 49A de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 7 de la Ley 2080 de 2021

**PARÁGRAFO.** *Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas.*

En relación a la caducidad de la facultad sancionatoria el artículo 52 *ibidem* indica:

**“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

*Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.*

*La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.”*

Por último, como parte integrante de la normatividad del sector, mediante el Decreto 4886 de 2011 del 23 de diciembre de 2011 *“por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”* se otorgó al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia la competencia:

**“Artículo 9°.** *Funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:*

- 1. Asesorar al Superintendente de Industria y Comercio en la formulación de las políticas en lo que se relaciona con su área.*
- 2. Velar por el cumplimiento de las normas y leyes vigentes y proponer nuevas disposiciones.*
- 3. Apoyar a la Oficina de Servicios al Consumidor y de Apoyo Empresarial en el desarrollo de actividades de divulgación, promoción y capacitación, en los temas de su competencia.*
- 4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.**
- 5. Tramitar, de acuerdo con el procedimiento legalmente aplicable, las investigaciones administrativas por actos de competencia desleal.*

6. *Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal.*
7. *Elaborar los proyectos de resolución mediante los cuales se decida una investigación por violación a las normas sobre protección de la competencia, de acuerdo con los lineamientos e instrucciones que sobre el caso particular imparta el Superintendente de Industria y Comercio.*
8. *Dar aviso a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector involucrado, del inicio de una investigación por prácticas comerciales restrictivas o del trámite de una operación de integración empresarial, de acuerdo con lo establecido en la ley.*
9. *Realizar seguimiento a las garantías aceptadas por el Superintendente de Industria y Comercio dentro de investigaciones por violación a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como a los condicionamientos establecidos por este cuando conoce de solicitudes de consolidación, integración, fusión y obtención del control de empresas.*
10. *Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías y aquellas que tengan como fundamento la aprobación de una integración sometida a condicionamientos.*
11. *Adelantar el trámite relacionado con los beneficios por colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio previstos en la ley de protección de la competencia.*
- 12. Iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial.**
13. *Dar trámite a las solicitudes de autorización para la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, el artículo 5° de la Ley 1340 de 2009 o demás normas que la modifiquen o adicionen.*
14. *Tramitar, en los términos de la ley, las solicitudes tendientes a la consolidación, fusión, obtención del control de empresas e integración, cualquiera que sea la forma jurídica de la operación proyectada.*
15. *Rendir, conforme con la ley, concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que le informen las autoridades respectivas y que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.*
16. *Mantener un registro de las investigaciones adelantadas y de las sanciones impuestas, así como de los compromisos adquiridos en desarrollo de las mismas.*
17. *Decidir en única instancia las impugnaciones que se presenten respecto de la elección de miembros de juntas directivas de las Cámaras de Comercio.*
18. *Elaborar los estudios económicos y técnicos necesarios para el cumplimiento de las funciones de la Delegatura.*

19. *Compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia.*

20. *Decidir los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que se interpongan contra los actos que expida.*

21. *Informar periódicamente al Superintendente sobre el estado de los asuntos de sus dependencias y el grado de ejecución de sus programas.*

22. *Las demás que le sean asignadas y que correspondan a la naturaleza de la dependencia” (negrilla y subrayado fuera de texto)*

En resumen, podemos concluir que el ordenamiento jurídico colombiano, en diversos instrumentos normativos, establece de un lado **las conductas que son atentorias al régimen de protección de la libre competencia** y de otro, **aquellas infracciones que pueden cometer los investigados al interior de ese -y todos- trámite administrativo sancionatorio**, así como el proceso que tiene que surtir la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la multa en cada caso, los criterios que debe tener en cuenta para establecer su monto y el término determinado por la ley para ejercer su potestad sancionatoria.

Así las cosas, si bien es cierto en el marco de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio como entidad encargada de la protección de la libre competencia, esta puede iniciar el correspondiente trámite sancionatorio con el propósito de vigilar y castigar las infracciones que atenten a dicho derecho colectivo, a su vez, al interior de este, la misma legislación **fijó el marco normativo especialmente aplicable**, a las conductas que se cometieran con el propósito de impedir el despliegue de las actividades investigativas de la entidad al interior de esos procesos sancionatorios, a través de diversos instrumentos normativos.

En este punto se detendrá el Tribunal para recabar sobre la necesaria observancia del **principio de especialidad normativa**, se traerán a colación las siguientes disposiciones normativas y jurisprudenciales:

**Artículo 34.de la Ley 1437 de 2011. Procedimiento administrativo común y principal.** *Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.* (Subrayado fuera del texto).

**Artículo 5 de la Ley 57 de 1887** “(...) Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general; 2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior (...)”



Consejo de Estado. Sección Tercera, CP. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, expediente N° 05001-23-33-000-2012-00216-01, Auto del 28 de mayo de 2015. “(...) es criterio unificado de esta corporación que los conflictos de normas incluidas en un mismo estatuto se solventan a favor del criterio de especialidad”.

#### 3.4.4. Análisis del Caso Concreto

##### 3.4.4.1 Primer cargo: Los actos administrativos se expidieron con violación al debido proceso.

En primera medida se advierte que el demandante estructuró el cargo bajo indicando tres circunstancias a saber: i) el trámite sancionatorio aplicable al caso concreto era el contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, por lo tanto al omitir las etapas allí previstas se vulneró la garantía fundamental; ii) aun reconociendo que el régimen aplicable era el contenido en el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este no se cumplió cabalmente, pues se excedió el monto de la multa impuesta; iii) ocurrió el fenómeno de la caducidad como quiera que trascurrieron más de ocho meses después del término señalado en la normativa ibidem, lo que significa una vulneración al principio de favorabilidad.

Ahora bien, a la Sala considera pertinente en principio señalar que de acuerdo al artículo 29 de la Carta Política, el derecho constitucional fundamental al debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En efecto la citada disposición preceptúa lo siguiente:

***“ARTÍCULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.***

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

Así mismo, cabe destacar que, en lo que respecta al *derecho al debido proceso y de defensa*, el Consejo de Estado ha precisado que, la mencionada prerrogativa fundamental, es una garantía para equilibrar la relación autoridad - libertad, relación que surge entre el Estado y los asociados, y está prevista en favor de las partes y de los terceros interesados en una actuación administrativa o judicial, y que, según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos: (i) el derecho al juez natural o funcionario competente; (ii) **el derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa** y, (iii) **las garantías de audiencia y defensa**, que, desde luego, incluyen **el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo**, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de *non bis in idem*.

No obstante, para que los actos administrativos sean nulos, la irregularidad debe ser grave, pues, en principio, en virtud del principio de eficacia, hay irregularidades que pueden sanearse por la propia administración, o entenderse saneadas, si no fueron alegadas, esto, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

En efecto, frente a la irregularidad o violación del procedimiento en la formación y aprobación del acto administrativo es importante precisar como ya lo ha hecho antaño esta sala<sup>5</sup>, que dado el carácter instrumental de las formas procesales no toda irregularidad genera una causal de nulidad sino solamente aquellas denominadas sustanciales, es decir, que podrán presentarse actuaciones en las que no obstante haberse producido sin un ceñimiento estricto a la ley no alcanzan a configurar una causal de nulidad por virtud del principio de trascendencia por no tener la suficiente fuerza como para afectar la validez del acto administrativo que se trate.

Con el propósito de establecer cuáles vicios de forma tienen la virtud suficiente para ser constitutivos de causal de nulidad de actos administrativos la jurisprudencia del Consejo de Estado ha clasificado los vicios de forma en *sustanciales o esenciales* y los *simplemente accidentales, o no esenciales o accesorios*; esta diferenciación es relevante en tanto que únicamente los calificados como esenciales configuran causal de nulidad mas no así los accidentales o no esenciales porque no cuentan con la virtud suficiente o trascendencia jurídica para tales efectos, son las omisiones, defectos o irregularidades del procedimiento administrativo formales de menor talante que

---

<sup>5</sup> Cabe destacar entre muchas otras, la más reciente con proferida por esta Subsección, con ponencia del Magistrado Fredy Ibarra Martínez, expediente 25000234100020200076500. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, sentencia del 4 de febrero de 2021.

no alteran de manera alguna la decisión material de la administración ni tampoco su validez.

Por otra parte, esa distinción entre formalidades esenciales y no esenciales corresponde a un concepto jurídico indeterminado y por tanto no definido en el ordenamiento jurídico dado que este no prescribe en cada caso concreto cuándo una irregularidad procesal es o no esencial, sin embargo, se han establecido tres criterios con base en los cuales se configura una irregularidad esencial, a saber:

a) *Empírico*: corresponden a aquellos vicios o irregularidades cuyo cumplimiento tengan la entidad suficiente para cambiar el sentido de la decisión impugnada, es decir son aquellos eventos en los que el vicio procesal es de tal magnitud que su inobservancia determina el sentido de la decisión, esto es, se trata entonces de una irregularidad grave y trascendental relacionada directamente con el sentido y el alcance de la decisión contenida en el acto demandado, en cuanto que de haberse observado en debida forma el requisito o regla de procedimiento el sentido de la decisión hubiese sido sustancialmente diferente.

b) *Violación del derecho del debido proceso*: se configura cuando se quebranta alguno de los postulados del derecho fundamental del debido proceso.

En efecto, el derecho del debido proceso como garantía jurídico procesal está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política como un derecho fundamental dentro del cual se enmarcan un conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico las cuales deben ser respetadas y garantizadas a las personas en actuaciones judiciales y administrativas, so pena de incurrirse en una irregularidad procesal de carácter esencial, como por ejemplo desconocer el derecho de defensa, el derecho de contradicción, etc.

c) *Desconocimiento de los principios fundantes de la organización estatal*: se considera que la irregularidad es esencial cuando comporte la violación o desconocimiento de un principio fundamental de la organización estatal tales como la participación la democracia, la división del poder, el pluralismo político, el principio meritocrático para acceder al servicio público, el principio de control político, etc.

En el caso de que el vicio o irregularidad no se encuadre o se circunscriba en alguna de las tres hipótesis citadas por sustracción serán de carácter simplemente no esencial o accidental cuya ocurrencia no constituye causal de anulación del acto administrativo.

Pero además, destacó el Alto Tribunal Contencioso que, la vulneración al debido proceso no acarrea necesariamente la nulidad de los actos administrativos. Así, en la sentencia del 16 de octubre de 2014, dicha Corporación precisó lo siguiente:

***“4.7.- No todo desacato de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico para la expedición de los actos administrativos puede***

*catalogarse como una afectación al debido proceso, de la misma manera que se ha sostenido, que no cualquier irregularidad apareja la nulidad de la decisión. Debe tratarse del desconocimiento de formalidades de índole sustancial que afecten el núcleo esencial del debido proceso y, en especial, el del derecho de defensa.*

*Cuando las formalidades son consagradas por el ordenamiento en interés de la organización administrativa, su quebranto, en principio, no vulnera el debido proceso y tampoco conduce a la anulación del acto, pero, si las formalidades se prevén en beneficio del administrado o para la salvaguardia de claros principios constitucionales o legales (llámense también sustanciales), su pretermisión implica violación al debido proceso e ilegalidad de la decisión.*

*4.8.- Este criterio ha sido aceptado de tiempo atrás por la doctrina. Así, entre nosotros, Mario Rodríguez Monsalve explica:*

*“La forma dice relación principalmente con los procedimientos, que básicamente pueden clasificarse en técnicos o de gestión, y en propiamente administrativos. Los primeros tienden a proteger los propios intereses de la Administración, tales como las consultas previas a organismos asesores, los debates en los cuerpos colegiados, etc. Los segundos están constituidos por la serie coordinada de actuaciones preparatorias de una decisión, en virtud de la cual se ha de reconocer un derecho o de imponer una carga a una persona”.*

*Tal como se advierte, este autor clasifica las formas según los intereses a los cuales se dirigen a proteger los procedimientos. Lo que no es más que la regla que acaba de esbozarse, merced a la cual, si dichos procedimientos amparan los intereses administrativos (técnicos o de gestión), la violación de sus formas no necesariamente conduce a la nulidad del acto, pero si imponen una carga o reconocen un derecho al ciudadano (propiamente administrativos) - en otros términos, si se trata de formas que de alguna manera afectan la realidad jurídica del administrado- su no acatamiento se refleja en la nulidad de la decisión irregularmente expedida.*

*Según lo anterior, dentro del trámite para la emisión de un acto administrativo se identifican procedimientos técnicos o de gestión -regidos por formalidades no sustanciales que no afectan necesariamente su validez- y procedimientos propiamente administrativos -caracterizados por la existencia de formalidades sustanciales-, cuya inobservancia por la autoridad genera consecuencias más gravosas para el acto final, por consistir en la violación de requisitos que se encuentran establecidos como garantía de los derechos del administrado, y que, en el plano de la tutela efectiva de los derechos, tornan imperiosa la protección del debido proceso.*

4.9.- También Michel STASSINOPOULUS manifiesta que sólo la violación de las formas sustanciales genera la nulidad del acto, con prescindencia de la fuente que consagre la formalidad. Veamos:

*“Por consiguiente sólo el criterio de fondo puede ser útil. Esto significa que el Juez debe apreciar cada caso y buscar el fin mirado por la formalidad, a saber cuál es la garantía por débil que ella sea introducida a favor de los administrados, cuáles serían las consecuencias reales de su omisión y en último lugar cuales son las dudas que esta omisión dejaría en cuanto a la legalidad del acto. En esta apreciación la presunción está siempre a favor del carácter sustancial de las formalidades siguiendo el principio de que la “leges perfectae” es la regla en el derecho público y por consiguiente la omisión de la formalidad entraña lo más a menudo nulidad del acto. Tal es el caso de los conceptos previos, de las disposiciones de funcionarios o el secreto relativo a las gestiones de toda clase, de la comunicación del expediente en los procesos disciplinarios etc.*

*A título excepcional se consideran como formalidades no sustanciales: la firma de un proceso verbal por el secretario al lado de la firma del presidente, el anuncio de una modificación inminente al plan de alineamiento si resulta del expediente que los interesados a pesar de esta omisión tenían conocimiento de la medida contemplada, la falta de mención en el proceso verbal de que la sesión tuvo lugar a determinada hora etc.*

*Hay otras formalidades de carácter mixto cuya violación no entraña nulidad sino cuando el administrado puede demostrar que esta violación ha tenido realmente consecuencias dañinas para sus intereses. Citemos un ejemplo suponiendo que la ley impone que la publicación previa de un documento debe tener lugar un mes antes de la emisión del acto, si ella ha tenido lugar sólo veinte días antes de la emisión no resultará la nulidad del acto si se demuestra que los interesados tuvieron conocimiento de ese documento y se sirvieron de él a voluntad. En este caso podemos decir que la formalidad se subdivide en dos partes la publicación es aquí esencial pero el plazo no lo es, a menos que su violación haya realmente perjudicado los intereses del administrado”.*

4.10.- *Obsérvese, pues, que la doctrina extranjera asocia el concepto de formalidad sustancial a la función de garantía a favor de los intereses del administrado, de ahí que la inobservancia de éstas configuren irregularidades merecedoras de sanción con la nulidad del acto administrativo, pues, de lo contrario, se caería en un formalismo extremo que colisionaría con la salvaguarda de otros intereses igualmente relevantes, como son los fines estatales que guían la actuación de las autoridades públicas.*

*Naturalmente que a ese criterio o pauta, habría que agregar, en primer lugar, el que podría denominarse legal, entendiendo por tal aquel vicio o irregularidad que el legislador explícitamente considere como causal de*

*nulidad del acto, pues, en esas circunstancias, la formalidad debe calificarse como sustancial.*

*Esta idea conduce, necesariamente, a reconocer que si la omisión o cumplimiento irregular de las formas sustanciales es lo único que, en principio, acarrea la invalidez de la decisión administrativa, con mayor razón, será también lo único que cause un menoscabo del debido proceso, pues carecería de lógica avalar la legalidad del procedimiento y no obstante declarar vulnerado con él un derecho fundamental.*

*Se dice que, en principio, porque la regla que se desarrolla en la presente providencia no es absoluta. En cada caso deberá revisarse cuál fue la formalidad omitida o vulnerada y cuál es la finalidad de la misma, para efectos de determinar si es nulo o no el acto demandado.” (Negrillas adicionales).*

En esos términos, tenemos que sólo las formalidades o trámites de carácter sustancial, cuya inobservancia genere consecuencias gravosas en la formación del acto final, e incluso en los intereses y derechos del administrado, dan lugar a la vulneración del derecho al debido proceso.

Respecto a la violación del derecho de audiencia y defensa, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo sostuvo que esta viene a ser una vulneración de una etapa del procedimiento, esto es, justamente la etapa de descargos o de audiencia previa. Por eso, para que esta causal se configure debe explicarse qué etapas del procedimiento administrativo fueron pretermitidas o qué irregularidades se cometieron en el procedimiento, al punto de afectar el derecho de defensa; y que tratándose de la etapa probatoria, el derecho de audiencia y de defensa se puede afectar en los siguientes casos: (i) cuando se decreta una prueba ilícita; (ii) cuando las partes, en las oportunidades legales, piden pruebas y no se decretan; (iii) cuando se decretan las pruebas pedidas oportunamente, pero no se practican y (iv) cuando se practican las pruebas decretadas, pero se valoran erróneamente

En el citado marco normativo es claro entonces, que el debido proceso tiene aplicación en todas las actuaciones administrativas sancionatorias como es el *sub lite*, por lo que es necesario hacer una relación de los hechos ocurridos al interior de la actuación a fin de determinar si la vulneración alegada ocurrió efectivamente.

Sobre el particular, la Sala evidencia de conformidad los documentos aportados por los extremos procesales que:

- A través de radicado 13-187064-3-0 la doctora Marielena Roza Covalada en su calidad de Coordinadora Grupo Interdisciplinario de Colusiones, se comisionó a los funcionarios Sergio Adrián Cote García y Alejandra Jaramillo Londoño para la realización de la visita administrativa a las oficinas de la sociedad PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. (Fl 37 del cuaderno de contestación)

- A folios 38 a 41 del cuaderno de contestación, obra constancia del acta de visita administrativa realizada en la ciudad de Barranquilla el día 8 de agosto de 2013.

En dicho documento consta que los delegados de la Superintendencia de Industria y Comercio, Sergio Adrián Cote García y Alejandra Jaramillo Londoño se trasladaron a las instalaciones de la sociedad Pavimento Universal LTDA, con el propósito de practicar visita de inspección administrativa de conformidad con las facultades otorgadas en el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011.

De igual forma se acredita que la diligencia fue atendida por el señor Ruiz Rodríguez a quien se le explicó la estructura y objetivo de la misma, el cual estaba relacionada con los procesos de selección contractual de la sociedad, por lo cual requería copia de los siguientes documentos: i) relación histórica de la contratación de la sociedad, incluyendo los procesos en los que se ha participado y no fueron adjudicados; ii) organigrama de la sociedad con especialización del área de contratos o indicación de los funcionarios encargados de la confección de las ofertas; iii) certificado de existencia y representación legal de la sociedad; iv) actas de la junta directiva; v) acceso a los equipos de cómputo del área de licitaciones y contratos, o de los funcionarios a cargo de la confección de las ofertas; vi) acceso a las cuentas de correo electrónico institucionales desde las que se maneja la gestión y administración de los procesos de selección en que participa de la sociedad y vii) contabilidad.

Sin embargo tal funcionario, manifestó que no había sido posible la comunicación con el gerente de la sociedad y que, por recomendación del asesor jurídico de aquella, al tratarse de una diligencia “*extraña, no podía designarse a nadie para atenderla*”.

Ante dichas manifestaciones, los delegados resaltaron que la diligencia de inspección no debía ser atendida por el representante legal y que **cualquier empleado designado** podría estar a cargo y de igual manera se explicó que la información solicitada que por algún motivo justificado no pudiera aportarse inmediatamente, sería objeto de requerimiento para que se remitiera con posterioridad dentro del plazo concedido por la Superintendencia.

Sin embargo la renuencia se mantuvo, para lo cual se realizó un cuestionario al funcionario, en el quedó consagrado que el asesor jurídico le dio la instrucción de no permitir la visita de inspección ni la firma del acta realizada, por lo que dicha diligencia no pudo ser realizada.

Finalmente, el documento fue firmado por los patrulleros de la estación de policía “*la Victoria*” Luis Alfredo Romero Pérez y Pedro Luis Chávez Leal.

- Mediante oficio No. 13-191190-0-0 del 12 de agosto de 2012 (A folios 32 a 34 del Cuaderno de Contestación) el doctor Germán Enrique Bacca Medina, en calidad de Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó al hoy demandante, rindiera las explicaciones que estimara pertinente y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer **dentro de la actuación de incumplimiento de instrucción y obstrucción de la investigación y comunicó el inicio de ese trámite administrativo.**

Lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 9 y numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, por lo que se le informó que la conducta por ellos desplegada podría dar lugar a la imposición de la sanción prevista en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

- Derecho de petición radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio a través del cual los representantes de las sociedades PAVIMENTO UNIVERSAL S.A. y EQUIPO UNIVERSAL S.A., manifestaron su inconformidad respecto de lo ocurrido en la diligencia celebrada el 8 de agosto de 2013 así como con el acta levantada, como quiera que, a su juicio, la visita fue sorpresiva y que ello justificaba la recomendación del asesor jurídico.

Además, que la diligencia finalmente se celebró el 9 de agosto de 2013 y que atendida por Jorge Navarro, Fabian Saumet y Jesusaldo Carrillo, quienes entregaron toda la información pedida y relativa a los procesos de contratación pública, tanto Equipo Universal S.A. como de Pavimento Universal S.A.

- Acta de inspección con fecha del 9 de agosto de 2013 realizada en las instalaciones de la Sociedad Equipo Universal S.A. (Fls 24 a 26 cuaderno de antecedentes)
- Comunicación con radicado 13-191190-2-0 del 16 de agosto de 2013 en la que se le aclara al representante legal de Pavimentos Universal S.A. que el inicio del trámite administrativo por la inobservancia de instrucciones contra la Sociedad Pavimento Universal S.A. a través del oficio identificado con No. 13-191190-0 **se justificó en la obstaculización e impedimento de una visita administrativa que se intentó fallidamente en las instalaciones de PAVIMENTO UNIVERSAL S.A.**

Por tales razones, solicitó en el término correspondiente, el cual vencía el 20 de agosto de 2013, se rindieran las explicaciones pertinentes y la relación de pruebas que pretendiera hacer valer en el curso del procedimiento.



Finalmente, se aclaró que la Delegatura adelantaba el proceso en contra de **PAVIMENTO UNIVERSAL S.A.** y no contra **EQUIPO UNIVERSAL S.A.** ya que son entidades diferentes como se desprende de sus certificados de existencia y representación legal.

- Oficio No. 13-191190-00004-0000 del 20 de agosto de 2013 a través del cual el representante legal de Pavimentos Universal S.A. reitera los argumentos presentados con anterioridad es decir que: i) los funcionarios de la Superintendencia llegaron sin previo aviso a llevar a cabo una diligencia que no podía ser atendida por ninguno de los allí presentes; ii) los delegados informaron que regresarían al día siguiente, fecha en la cual se realizó la visita administrativa, en la que se tomó el testimonio del señor Navarro y se entregó toda la información requerida; iii) se pidió recibir al día siguiente, el acta de fecha 8 de agosto de 2013 en la que mencionaba la negativa de dar información y obstrucción a la entidad, lo cual no era cierto, puesto que el día 9 de agosto de 2013, se realizó la entrega de lo requerido, pues si bien Pavimento Universal S.A. y Equipo Universal S.A. son dos personas jurídicas distintas, la información relativa a los procesos de licitación es la misma, por lo que el ingeniero Fabian Saumett, entregó indistintamente la documentación de ambas compañías y iv) no hubo ninguna obstrucción a la investigación.

Como prueba aportó el acta suscrita el día 9 de agosto de 2013.

- *Resolución No. 88492 del 27 de diciembre de 2013* por la cual se decretaron como pruebas dentro del trámite de inobservancia de instrucciones los siguientes: i) los documentos aportados con el escrito de radicado No. 13-191190-3 del 13 de agosto de 2013; ii) la comunicación aportada con el escrito de radicado No. 13-191190-4 del 20 de agosto de 2013; iii) los demás documentos contenidos en el Expediente No. 13191190; iv) oficiar a la sociedad Pavimentos Universal S.A. para que remitiera: los estados financieros completos para los periodos contables de los años 2012 y el parcial del año 2013, debidamente firmados y certificados según corresponda e identificación completa del contador de la sociedad que atendió la visita administrativa que dio lugar al trámite administrativo, indicando su dirección domiciliaria, la forma de vinculación laboral, tarjeta profesional y cédula de ciudadanía; v) formulario de renovación del RUP de Pavimento Universal S.A. y vi) declaración de renta de la misma entidad.

Dicho acto administrativo fue comunicado al demandante a través de correo electrónico el 30 de diciembre de 2012

- Formulario de renovación del RUP de la empresa de Pavimento Universal S.A. remitido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (Fls 61-66 cuaderno de antecedentes)

- Estados financieros completos para los periodos contables 2012 y el parcial 2013, debidamente firmados y certificados y la hoja de vida del contador Luis Rodríguez, datos de identificación y ubicación, copia de la cédula de ciudadanía y tarjeta profesional (Fls 72-94)
- Declaración de rente del contribuyente Pavimento Universal S.A remitida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Fls 95-96)
- Resolución No. 44578 del 22 de julio de 2014 *“por la cual se impone una sanción por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones de esta Entidad y obstruir una investigación”* al demandante. (Fls 102 a 126)

Acto administrativo que fue notificado mediante aviso a la mencionada sociedad, el día 8 de agosto de 2014.

- Recurso de reposición interpuesto en contra del acto administrativo que impuso la sanción por el apoderado judicial de Pavimento Universal S.A., radicado el 26 de agosto de 2014. (Fls 127 a 148)
- Acta de la visita a inspección administrativa a Pavimentos Universal S.A. celebrada el 19 de febrero de 2014 (Fls 155 a 162), atendida por el señor Bladimir Alberto Becerra Bohórquez y en la cual se entregó la siguiente documentación: i) credencial de visita con constancia de recibido; ii) certificado de existencia y representación legal; iii) cédula de ciudadanía de Juan Francisco Herrera Bojanini; iii) Organigrama de Pavimentos Universal.S.A; iv) listado de datos de personal administrativo; v) listado de cuentas; vi) listado de cuentas por pagar; vii) Brochure de Pavimentos de Universal S.A.; viii) actas de junta directa 250,253,254 y 255 y ix) acta de Asamblea General de Accionistas.

De igual forma se realizó la revisión del cómputo asignado a Juan Francisco Herrera Bojanini, así como su correo electrónico institucional, así como la respectiva prueba forense, se toma la huella digital, entre otros datos, por último, solicita se allegue el listado de licitaciones en que ha participado la sociedad de Pavimentos Universal S.A. detallando su fueron adjudicadas y en caso negativo informar la causa; así mismo si participó en unión temporal o consorcio y detalle de la licitación LP-DM-07 de 2012.

- Resolución 61899 del 15 de octubre de 2014 *“Por la cual el resuelve un recurso de reposición y una nulidad procesal”*. Acto administrativo que se notificó del 23 del mismo mes y año (Fls 162 a 178)

De la lectura del recuento anterior resulta dable concluir que en el caso concreto no se vulneró el debido proceso administrativo pues en la actuación analizada se evidencia que la infracción por la que fue investigada y sancionada Pavimentos

Universal S.A. es la señalada en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es decir la relacionada **con acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones,** lo anterior en virtud a que se impidió la realización de la visita administrativa a las instalaciones de dicha sociedad el día 8 de agosto de 2013, que fue ordenada dentro la investigación que tenía como propósito determinar si se había configurado una conducta contraria de las disposiciones sobre protección de la competencia.

En ese orden de ideas, la Sala evidencia que en los argumentos planteados por el libelo el demandante confunde dos procedimientos administrativos totalmente distintos, **uno**, es aquel trámite por el cual la Superintendencia de Industria y Comercio indagaba si Pavimentos Universal S.A. había incurrido en alguna de las conductas establecidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, y el **otro**, el que llevó acabo la entidad para reprochar la conducta de dicha sociedad de no haber permitido el ingreso de los delegados de aquella a las instalaciones para el desarrollo de la visita administrativa ordenada dentro de la investigación de protección a la competencia indicada previamente.

En virtud de lo anterior, es claro que no le asiste la razón al apoderado judicial al extremo actor al indicar que el **procedimiento aquí debatido** debió ser tramitado por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, pues este solo es aplicable al proceso primigenio, es decir, aquel en donde se estaba analizando si Pavimentos Universal S.A., había desplegado como actos y contratos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante, tal y como se estaba realizado pues en dentro de las averiguaciones preliminares se ordenó la visita administrativa a las instalaciones de la sociedad.

Así las cosas, aun cuando la conducta infractora que se sanciona a través de los actos administrativos cuya legalidad se impugna ocurrió dentro de un **proceso preliminar de protección a la competencia**, siendo este el motivo por el cual se configuró la infracción contenida en el **artículo 25 de la Ley 1340 de 2009** y se habilitó su aplicación, no significa que deba darse el mismo trámite para ambos procesos por cuanto esto sería totalmente improcedente, máxime cuando ambos tienen propósitos totalmente distintos como ya que uno tiene que ver con los actos contrarios a la competencia propiamente dichos y el otro *-el que así se debate-* está fundamentado en castigar el actuar desplegado por el demandante dentro de esa indagación, al impedir el desarrollo de las actividades investigativas propias de la Superintendencia

En ese orden de ideas, como quiera que el mencionado cuerpo normativo no contiene el procedimiento que deba llevarse acabo cuando se presente **la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la Superintendencia o la obstrucción de las investigaciones,** pues solo contiene la enunciación de la infracción y el monto de la sanción que debe aplicarse ante esta infracción, la administración estaba en la obligación de complementar su actuar con las disposiciones procedimentales

transcritas en el acápite precedente en virtud de la integración normativa, es decir con el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al ser el que establece puntualmente el trámite que debe seguirse **cuando el investigado es renuente a suministrar la información** (lo que indicó la Superintendencia había ocurrido en este caso) y no ningún otro, por lo cual, no era necesario que se adelantara ninguna de las etapas señaladas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, correspondientes a una averiguación preliminar, la emisión de una resolución que impute cargos o que deba ser notificada personalmente, correr traslado de 20 días hábiles, citar a una audiencia verbal para alegar, presentar un informe motivado al Superintendente o correr traslado para alegar, pues estos trámites son los que se adelantaron o que debieron ser adelantados dentro del proceso que originó la visita del 8 de agosto de 2013, que tenía como propósito recabar la información con los procesos de selección contractual en los que se ha presentado la sociedad, lo cual se ratifica de lo establecido en el parágrafo primero del artículo 51 ibidem que a cuyo tenor literal indica:

*“Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas”*

En segunda medida y establecido cual era el **régimen procedimental aplicable al caso concreto**, advierte la Sala que tampoco es de recibo el segundo argumento indicado por el extremo actor al sostener que la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó lo contenido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que, este estatuto indicó que cuando las personas particulares *-sean estas naturales o jurídicas-* se rehúsan a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, se deberá correr traslado por el término de diez (10) días, para que aquellas presenten las explicaciones del caso y posteriormente, si se expida la resolución por la cual se imponga la sanción, en contra de la cual puede interponerse el recurso de reposición dentro de los (5) cinco días hábiles siguientes.

Dichas previsiones si fueron seguidas por el extremo pasivo, toda vez que, tal y como se señaló en la recapitulación previa:

- i) la entidad demandada a través del oficio No. 13-191190-0-0 del 12 de agosto de 2013 el doctor Germán Enrique Bacca Medina, en calidad de Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó rindiera las explicaciones que estimara pertinente y aportara o solicitara las pruebas que pretendiera hacer valer **dentro de la actuación de incumplimiento de instrucción y obstrucción de la investigación y comunicó el inició de ese trámite administrativo**, originada en la fallida visita administrativa del 8 de agosto de 2013 en las instalaciones de Pavimento Universal S.A.

- ii) La Superintendencia de Industria y Comercio otorgó el plazo para que se rindiera las explicaciones correspondientes, el cual vencía el 20 de agosto de 2013.
- iii) Se emitió la Resolución No. 44578 del 22 de julio de 2014 *“por la cual se impone una sanción por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones de esta Entidad y obstruir una investigación”* al demandante.

Acto administrativo en contra del cual procedía el recurso de reposición (artículo quinto).

Sobre estos dos aspectos, si bien existieron yerros respecto de los términos concedidos, por cuanto para las explicaciones se otorgó el plazo de 8 días, aun cuando la normativa señaló 10 y para la interposición del recurso administrativo, se fijó el plazo de días aun cuando la normativa señalaba 5, estas irregularidades no tienen la **vocación sustancial** para señalar que hubo vulneración del debido proceso, pues ambos escritos presentados fueron tenidos en cuenta por la autoridad.

- iv) En lo que tiene que ver con el término de la caducidad, si bien le asiste la razón al extremo actor al indicar que la entidad demandada sobrepasó el termino establecido en el último inciso de la normativa en cuestión por cuanto la resolución que impone la sanción fue notificada mediante aviso el día 8 de agosto de 2014, es decir por fuera del pazo allí señalado, el cual venció el 20 de octubre de 2013, no puede entenderse que allí se hubiese configurado ese fenómeno.

Lo anterior, por cuanto lo que puntualiza la norma, es que la resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones, sin embargo dicha disposición no contiene la consecuencia jurídica de su incumplimiento, y por ende no se puede interpretar que el legislador hubiese señalado con esa previsión que de no cumplirse con el término señalado, la administración pierda la competencia para sancionar los actos de renuencia a suministrar la información requerida, **ya que taxativamente no lo consagró de esa manera.**

En ese sentido, también aclara a los extremos procesales que el término aplicable para determinar si existió o no caducidad en la facultad sancionatoria es el dispuesto en la **normativa general del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, como quiera que la conducta sancionada, como se

ha reiterado, no era propiamente una violación del régimen de protección de la competencia, sino la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que impartía, la obstrucción de las investigaciones dentro de un proceso de protección a la competencia.

Dicha disposición prevé:

*“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver”*

Así las cosas, como quiera que los hechos que ocasionaron la sanción cuya legalidad se debate tuvieron ocurrencia el día 8 de agosto de 2013 y que el acto que impuso la sanción fue notificado mediante aviso el día 8 de agosto de 2014, **no operó el fenómeno de la caducidad como quiera que la decisión fue emitida y notificada dentro del término de los tres años allí señalado**, además tampoco se perdió la competencia para resolver el recurso administrativo interpuesto, como quiera que este fue radicado el día 26 de agosto de 2014 y decidido a través de la Resolución 61899 del 15 de octubre de 2014 *“Por la cual el resuelve un recurso de reposición y una nulidad procesal”*, acto administrativo que fue notificado el 23 del mismo mes y la misma anualidad, es decir antes de que culminara el término de un año, contemplado en la normatividad.

Así las cosas, observa la Sala que no se cumple ninguno de los eventos que ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado en los que puede verse afectado el debido proceso como quiera que:

- i) Se expuso claramente los hechos por los cuales se iniciaba la actuación administrativa de la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que impartía, la obstrucción de las investigaciones, a través de la solicitud de explicaciones, así como el procedimiento a seguir.
- ii) El trámite aplicado al caso en concreto se hizo conforme a las normas dictadas para impulsar la esta actuación administrativa; esto es la Ley 1340 de 2009, en la cual se determinó infracción, el

monto de la multa y los criterios de dosificación y el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que determinó las **reglas procesales** para desarrollar el procedimiento administrativo que tiene como propósito investigar la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones

- iii) Se respetaron las garantías de audiencia y defensa, esto es se le otorgó la oportunidad procesal para rendir las explicaciones y aportar las pruebas que pretendía hacer valer, así como controvertir la sanción impuesta en su contra a través del recurso de reposición interpuesto;
- iv) Se emitieron las decisiones motivadas.

En ese orden de ideas, este cargo no está llamado a prosperar.

#### **3.4.4.1 Segundo cargo: Los actos administrativos infringen las normas en las que debía fundarse**

En primera medida, la Sala advierte que el extremo actor reitera los planteamientos planteados cuando se esbozó la posible vulneración al debido proceso, **pues nuevamente sostiene que hubo una indebida aplicación de la normativa que debió regir el proceso**, por cuanto, a su juicio, era el Decreto 2153 de 1992 (reformado por el Decreto Ley 19 de 2012) y no el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, la normativa que debía tenerse en cuenta para sancionar a Pavimentos Universal S.A., pero a su vez, refiere, por segunda vez, este último tampoco se cumplió taxativamente, por cuanto para la resolución del caso utiliza cada una de las etapas y los elementos característicos previstos en el mencionado decreto.

Frente a lo dicho, considera la Sala necesario en segundo lugar, hacer referencia al derecho administrativo sancionador, en donde cobra importancia la observancia de importantes principios, entre ellos el de legalidad, el cual exige que la conducta a sancionar, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición deben estar previamente definidos en la ley; también el principio de tipicidad, el cual comprende los siguientes componentes: i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la remisión a otras normas jurídicas; ii) que la sanción esté previamente definida en la ley, el término o la cuantía de la misma y, iii) que esté previsto el procedimiento que debe seguirse para su imposición. Y como una manifestación adicional del principio de legalidad, se deben asegurar las garantías del debido proceso para que las decisiones que se emitan sean justas y por ende legales.

Además, de acuerdo con el artículo 44 del CPACA, el ejercicio de la facultad

discrecional no es una patente para la arbitrariedad o el capricho administrativo, pues aún en ejercicio de la misma, la autoridad debe observar los anteriores principios, así:

*"ART. 44, Decisiones Discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa." (Subrayado del despacho).*

A su turno, el artículo 3 del CPACA establece lo siguiente:

*"Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción. (...)" (resalta la Sala).*

En este orden de ideas, tanto en la Constitución Política (artículo 29) como en la Ley, se ha destacado la necesidad de que la autoridad administrativa adelante sus actuaciones garantizando los procedimientos previstos como una garantía al debido proceso.

Veamos entonces, algunos aspectos relevantes del principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador, para determinar si los actos demandados inobservaron dicho principio con la expedición de la sanción de multa impuesta.

La jurisprudencia constitucional precisó la necesidad de criterios en el derecho administrativo sancionador en los siguientes términos:

*"... el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la*



determinación de la sanción en un caso concreto”<sup>6</sup> (Subrayado de la Sala).

En ese orden de ideas, se ha examinado que la naturaleza flexible de los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa sancionadora implican que no sean tan rigurosos e implacables con la descripción típica de las conductas y la sanción, por cuanto no se trata de conductas consideradas como más graves para la sociedad y por eso, tipificadas como delitos y sanciones que implican la disposición sobre la libertad y el patrimonio, y por la exigencia plena de las garantías de legalidad y tipicidad máximas.

En esa misma línea, ha manifestado la Corte Constitucional frente a la flexibilidad de la adecuación típica lo siguiente:

**“4.4.2. En este sentido, la Corte en la sentencia C-564 de 2000, se pronunció cuando dijo que: “el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto”<sup>[12]</sup>. (...)**

**Posteriormente, frente al derecho administrativo sancionatorio, esta Corporación en Sentencia C-860 de 2006, reiteró la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción, y considerando incluso la admisibilidad de conceptos indeterminados y tipos en blanco, cuando manifestó: “La jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del ius puniendi estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara<sup>[14]</sup>; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal<sup>[15]</sup>; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal<sup>[16]</sup>.” (...)**

**4.4.3. En suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate<sup>[20]</sup>. La tipicidad, como regla del debido proceso,**

<sup>6</sup> Corte Constitucional Sentencia C - 564 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

***tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica<sup>[21]</sup>.***<sup>7</sup> (Negrilla fuera de texto)

Igualmente el Consejo de Estado ha entendido los principios de legalidad y tipicidad en esta materia, de la siguiente forma:

***“a. Principio de legalidad<sup>8</sup>.-***

*En materia del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad material (inspirado del derecho penal), está referido a la configuración legal de los presupuestos, requisitos, y condiciones que posibilitan el ejercicio de la potestad disciplinaria y se enuncia, en la mayoría de ordenamientos jurídicos con la fórmula de que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. En el caso Colombiano, el artículo 29 de la Constitución, que prevé el derecho fundamental al debido proceso, dispone que “nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado”.*

(...)

*En todo caso, el principio de legalidad en materia sancionadora, implica como garantía material “la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo y, como garantía formal, que dicha revisión se realice en norma con rango de Ley; sin embargo no está excluida en esta materia toda intervención del reglamento, pues cabe que la Ley defina el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora y que el reglamento desarrolle tales previsiones actuando como complemento indispensable de la Ley”<sup>9</sup>.*

En suma, las conductas, acciones u omisiones constitutivas de infracción en materia administrativa sancionadora, no requieren conservar una rigurosidad tan intensa en su tipificación -aunque fuera deseable-, dado el vasto universo de reglamentaciones y de modos de actuar de los sujetos, que muchas ocasiones los elementos referidos no se encuentren en un solo instrumento o cuerpo normativo, sino que se debe recurrir a otras herramientas o disposiciones reglamentarias para que se estructure en debida forma la conducta que será objeto de investigación, con el fin de garantizar el derecho de defensa y de contradicción del investigado, pero tal cláusula abierta no significa arbitrariedad, dado que existe un estándar mínimo definido en la ley y su remisión o integración con otras disposiciones se realiza en el marco del ordenamiento preexistente, tal y como ocurre en el *sub lite*.

<sup>7</sup> Corte Constitucional Sentencia C - 713 de 2012 M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.

<sup>8</sup> Estas consideraciones relativas a los principios de legalidad y de tipicidad tienen apoyo en la Constitución, en la Ley y, en los desarrollos jurisprudenciales que se han efectuado sobre el particular. Adicionalmente, en los trabajos del doctrinante Español José Garberí Llobregat, particularmente en el titulado “*el Procedimiento Administrativo Sancionador*” publicado por la editorial Tirant lo blanch, de Valencia (España) 1998.-

<sup>9</sup> Garberí Llobregat, José. *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Editorial Tirant lo blanch (tratados), Valencia (España) 1998.-

De la lectura anterior, así como lo explicado en el acápite anterior, es claro que este cargo tampoco está llamado a prosperar, pues como se dejó claro al ser la infracción administrativa la contenida en el artículo 29 de la ley 1340 de 2009, **pero particularmente la que tiene que ver con la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta y la obstrucción de las investigaciones por haber impedido la realización de la visita administrativa el 8 de agosto de 2013 en las instalaciones de Pavimento Universal S.A.**, no sería procedente la aplicación del Decreto 2153 de 1992 (reformado por el Decreto Ley 19 de 2012) en lo que tiene que ver con el procedimiento como quiera que, este es el que debe ser aplicado **únicamente para la investigación administrativa para determinar si configuran o no las conductas establecidas en el artículo 47, 48 y 50, es decir actos y contratos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante** y no para aquella que tiene que ver con la renuencia para aportar la información, este último debe ser tramitado por el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Respecto de las afirmaciones que hace el apoderado judicial de la demandante relacionadas con que la Superintendencia de Industria y Comercio aun cuando rechaza la aplicación del Decreto 2153 de 1992, para resolver el caso en mención sí lo utiliza en lo que tiene que ver con sus fases y etapas, llama la atención de esta Corporación que al argumentar el cargo anterior el extremo actor indicó todo lo contrario, esto es que no se cumplieron las etapas precisadas en ese cuerpo normativo, es decir que no se llevó a cabo una indagación preliminar, no se emitió un acto administrativo a través del cual se formularan cargos, no se presentó un informe al Superintendente y no se corrió traslado para alegar.

Sobre este aspecto, basta con señalar nuevamente que la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía que agotar dichas etapas procesales, pues el régimen administrativo para sancionar la conducta renuente u obstructiva del investigado se tramita por lo ordenado en el artículo 51 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual fue debidamente aplicado al caso en concreto como quiera que se otorgó el término para rendir las explicaciones respecto de los hechos ocurridos el 8 de agosto de 2013 en la fallida visita administrativa, así como la oportunidad para presentar pruebas a su favor y posteriormente se profirió el acto administrativo sancionatorio en contra del cual procedía el recurso de reposición.

Ahora, que el extremo pasivo hubiese permitido la presentación de las pruebas por parte del investigado, Pavimentos Universal S.A., y que hubiera decretado las mismas, así como haber requerido información adicional, no implica que estuviese aplicando el Decreto 2153 de 1992, simplemente que en garantía del debido proceso se buscaba tener la certeza de lo ocurrido en las instalaciones de dicha sociedad. Consideración similar ocurre con el término adicional otorgado para el recurso de reposición, pues que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiese indicado que para su interposición contaba con diez (10) días y no con (5)

como lo precisaba el artículo 51 de la Ley 1437 de 2011, no lleva a la conclusión que se estuviera aplicando *ut supra*, pues una verdadera vulneración a la garantía fundamental ocurría de haberse cercenado dicha etapa procesal, lo cual en el *sub lite* no ocurrió pues el recurso efectivamente fue interpuesto por el demandante y resuelto y notificado por la administración.

#### **3.4.4.3 Tercer cargo: la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones al momento de realizar la visita del 19 de febrero de 2014, excedió sus atribuciones y violó el debido proceso.**

Para argumentar esta causal de nulidad, Pavimento Universal S.A. refiere que existieron distintas irregularidades en la visita administrativa realizada en las instalaciones de dicha sociedad, el día 19 de febrero de 2014, relacionadas con la información personal que contenía la información que obtuvo la Superintendencia en dicha diligencia, como quiera que la entidad realizó copia indiscriminada de la documentación que reposaba en los correos institucionales y equipos de computo propiedad de la compañía.

En este contexto, la Sala advierte que si bien al momento de fijar el litigio en la audiencia inicial que se surtió dentro del *sub lite*, se abordó este problema jurídico y que correspondía determinar si la entidad demandada debía contar o no autorización judicial para obtener la información recaudada en la diligencia administrativa que se llevó a cabo lo anterior, lo cierto es que las resoluciones cuya legalidad se discute, **impusieron una sanción al demandante pero por la visita fallida a las instalaciones del demandante el 8 agosto de 2013.**

Lo anterior quiere decir que **la información recaudada el día 19 de febrero de 2014** en nada aporta a la discusión de la legalidad de los actos administrativos debatidos, pues aquellos impusieron una multa por la actitud renuente del extremo actor pero en la primera diligencia, por lo tanto, en caso de querer discutir la admisibilidad o constitucionalidad de los datos y documentos recaudados en esa oportunidad, deberá hacerlo pero la actuación primigenia, es decir, la que tenía como propósito indagar si se habían configurado algunas de las infracciones relacionadas con los **actos y contratos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante**, dentro de la cual se ordenó esta visita administrativa como prueba.

Por lo anterior, lo esbozado por el extremo actor no está llamado a prosperar.

#### **3.4.4.4 Cuarto cargo: Falsa motivación- se determinó el monto de la sanción de manera infundada ya que no se tuvo en cuenta los criterios de graduación establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009**

Reprocha también la parte actora que se vulneraron los principios de proporcionalidad y de dosimetría sancionatoria, pues, se desconocieron los criterios de graduación de la sanción contenidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, precisamente porque no fueron evaluados cada uno de ellos en el acto

administrativo de sanción.

De la disposición normativa en cita se infiere, que las personas jurídicas que omiten acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta u obstruyen las investigaciones, serán sancionadas hasta con multas de hasta con multas de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Igualmente, en esa misma disposición se restringe la discrecionalidad de la Superintendencia de Industria y Comercio para la imposición de determinada sanción a una persona jurídica, *verbi gratia*, Pavimento Universal S.A., pues determina que se deben valorar los siguientes criterios: el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; la dimensión del mercado afectado; el beneficio obtenido por el infractor con la conducta; el grado de participación del implicado; la conducta procesal de los investigados; la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción y el Patrimonio del infractor.

En este punto es menester señalar que si bien la norma *ut supra* exige que en el acto administrativo en el que se imponga sanción se deberán valorar los precitados criterios, no significa que en el caso concreto deba existir una concurrencia de todos los criterios, toda vez que, por ejemplo, en este caso no puede precisarse el impacto sobre el mercado o la dimensión del mercado afectado como quiera que la conducta aquí sancionada no son actos y contratos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante, sino el actuar renuente del demandante al interior de la investigación que pretendía dilucidar si estas infracciones habían ocurrido; pero si podían analizarse la conducta procesal de investigado y su patrimonio.

Y de allí se deriva la segunda circunstancia relevante, consistente en la labor propia de la entidad que está en la posición de juzgador, frente a la cual ha señalado el Consejo de Estado:

*“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, **el principio de proporcionalidad cumple dos funciones:** i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para*

*efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria...” “...Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general”*

*(...) En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado (...)”<sup>10</sup> (Subrayado y Negrilla de la Sala).*

Así pues, para sancionar en materia de conductas renuentes por parte de los investigados, también debe tenerse en cuenta el criterio de la proporcionalidad sin embargo, el legislador no especificó los parámetros a tener en cuenta para su análisis, de manera que deja a criterio de la Administración su definición para cada caso.

Claramente, en ese análisis y al proceder a realizar la ponderación correspondiente, queda descartada por completo cualquier posibilidad de arbitrariedad o sobredimensionamiento de la infracción, debiendo corresponder la sanción con la calificación que se realice de la conducta infractora, aspecto sobre el cual también se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C - 721 de 2015<sup>11</sup>, así:

*“Si bien la Corte ha admitido que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia penal, al determinar la gravedad de las faltas y la magnitud de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha exigido que la sanción sea razonable y proporcional “a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”.*

*En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>11</sup> MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad:

*“Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen”.*

Dicho todo lo anterior, revisada la Resolución 44579 del 2014, a través de la cual se impone la sanción a Pavimento Universal S.A., se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta las siguientes consideraciones para fijar el monto de la multa:

- i) **La conducta procesal de investigado**, la cual está relacionada directamente con la infracción administrativa, esto es **impedir el adelantamiento de la diligencia ordenada por la Entidad**, lo que configura una obstrucción de la función por la protección de la competencia en el mercado, pues limitó su actuar para poder determinar unos supuestos de hecho que eventualmente pudiera construir una vulneración de las normas sobre libre competencia e identificar los responsables.

Lo anterior, enfatiza el extremo actor en el acto administrativo, es de suma gravedad pues se impide que la autoridad descubra, por ejemplo, **colusiones en licitaciones públicas**, prácticas extremadamente nocivas para el mercado.

- ii) **Patrimonio del infractor** por lo que se impuso una sanción correspondiente al 4.97% al **patrimonio del sancionado a 31 de diciembre de 2012** y el 10.24% de las utilidades netas acumuladas del extremo demandante en el mismo periodo de tiempo, lo que corresponde al 1.38% de la máxima multa que puede imponerse.

A su turno, la Resolución 61899 de 2014, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición, indicó que dada la conducta sancionada no era posible tener en cuenta los criterios referentes a la persistencia en la conducta infractora y la reiteración de la conducta prohibida, por cuanto no se sabe cuál fue el impacto de esta ni el beneficio obtenido por el demandante. No obstante, debe tenerse en cuenta que el propósito de la fallida visita administrativa del 8 de agosto de 2013 era precisamente constatar la presunta existencia de carteles empresariales y los

efectos nocivos que estos generan.

Empero puntalmente refiere que sí fue analizado: **el grado de participación de la persona implicada**, pues fue ella la que cometió la conducta infractora, **la naturaleza de la conducta que se estaba investigando**, la colaboración posterior, como quien que en la diligencia celebrada el 19 de febrero de 2014 se entregó la información solicitada, lo que no elimina en la responsabilidad ni la gravedad de lo ocurrido en la primera diligencia. Por lo que procedió a dosificar nuevamente la sanción, disminuyéndola al 2.52% de valor del patrimonio del Pavimento Universal S.A. a 31 de diciembre de 2012 y 5.2% de las utilidades netas acumuladas durante el mismo periodo, lo que corresponde al 0.7% de la máxima multa que puede imponerse por este tipo de conductas.

De esta forma, lo que se buscó, fue que la sanción administrativa resultara ser adecuada a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la conducta reprochable y que se tornara necesaria para que la misma resultara concordante con el carácter correctivo y disuasivo que debe tener la sanción administrativa, por lo que el valor de la multa impuesta no resulta desproporcionada ni irrazonable por cuanto estuvo muy lejana al máximo permitido y al contrario, más cercana a primeros tercios, teniendo en cuenta que trató de una omisión que se torna grave, por cuanto entorpeció de manera directa las funciones de inspección, vigilancia y control de la Entidad cuyo propósito era precisamente impedir colusiones o carteles empresariales.

En suma, se concluye que el cargo de nulidad invocado no se logró acreditar ni desvirtuó la legalidad de la que se presume se encuentra revestido el acto administrativo demandado.

**3.4.4.5 Quinto cargo- Falsa motivación por cuanto el contador que atendió la visita del 8 de agosto de 2013 no tenía las funciones para hacerlo por ende hubo imposición injustificada de una sanción toda vez que no existió la obstrucción indicada por la Superintendencia de Industria y Comercio.**

Refiere el extremo actor que la fallida visita administrativa que pretendió llevarse acabo el 8 de agosto de 2013 no puede ser objeto de reproche, por dos motivos, **el primero**: por cuanto el funcionario que estaba en las instalaciones el día de los hechos no estaba en la capacidad funcional de atender la diligencia, por cuanto no tenía acceso a la información requerida ya que esto estaba en las competencias de los ingenieros o el representante legal de la compañía y **segundo**, la documentación de inspección fue finalmente entregada al día siguiente y el 14 de febrero del año siguiente.

En ese contexto, es necesario analizar las circunstancias fácticas probadas en el *sub lite*, recapituladas en el acápite **3.4.4.1**, por cuanto al interior del proceso administrativo se logró acreditar que:

- los delegados de la Superintendencia de Industria y Comercio llegaron a las



instalaciones de Pavimento Universal S.A. en la fecha en mención, con ocasión a la comisión realizada por la entidad y con el propósito de obtener información relacionada con los procesos de selección contractual en los que se hubiera presentado la sociedad.

Lo anterior, en atención a los numerales 62 y 63 del artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, a través de los cuales se faculta al extremo pasivo a realizar **visita de inspección**, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

- De conformidad con el acta de la diligencia obrante a folios 38 a 41, los señores Sergio Adrián Cote García y Alejandra Jaramillo Londoño informaron al contador de Pavimento Universal S.A., quien se identificó como Ruiz Rodríguez, los propósitos de la visita, sin embargo, el funcionario anunció que debía comunicarse con la gerencia general para que determinara quien la debía atender.

Ante dicha situación los referidos delegados adujeron que *“la inspección no debía estar indefectiblemente atendida por el representante legal y que cualquier empleado designado podría estar a cargo, de igual manera se explicó que la información solicitada que por algún motivo justificado no pudiera aportarse sería objeto de requerimiento para que se aportara con posterioridad dentro del plazo concedido por la SIC”*, sin embargo, se mantuvo la renuencia.

De igual forma, se dejó constancia del cuestionario que se realizó al señor Ruiz Rodríguez a través del cual, aquel manifestó que no podía adelantarse la visita de inspección realizada, por cuanto era extraña y no había sido anunciada, de igual forma, indicó que la instrucción de no permitir el inicio de la diligencia, así como tampoco permitir la firma del acta la había dado el asesor jurídico, pues el representante legal no contestaba los teléfonos y **no había lugar a comunicarse con el representante legal suplente**.

- La referida acta fue firmada por dos patrulleros de la Policía Nacional

Ahora bien, en el libelo indica el demandante que el funcionario que atendió la diligencia fallida no permitió el inicio de la misma, por los temores fundados en la inseguridad en el territorio por lo que intentó comunicarse con la Superintendencia de Industria y Comercio a fin de indagar si la información brindada por sus delegados era verdadera, **sin embargo, de dicha circunstancia no existe prueba alguna**, ya que no quedó registrada en el acta pues simplemente se refirió que al ser sorpresiva la misma y no poder contactarse con el representante legal, el asesor jurídico había dado esa instrucción.

De igual forma, llama la atención de la Sala que tal y como consta en el testimonio

rendido por Luis Alberto Rodríguez Donado en la diligencia de pruebas que se llevó a cabo dentro de este medio de control (Fls 322 a 329), nada informa sobre la llamada a las autoridades, empero aquel reconoce que:

- i) Los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio le informaron sobre las sanciones y consecuencias sancionatorias de no permitir la realización de la visita aunque este manifestó no ser el gerente.
- ii) Se exhibió un oficio de autorización de la diligencia, pero no una autorización judicial;
- iii) Se solicitó información de la persona encargada de las licitaciones **más no personal o íntima;**
- iv) Aun cuando llega la Policía Nacional no firma el acta, por cuando no era de sus funciones y por la instrucción dada por el asesor legal de la compañía, además que no fue leída en su integridad por el mismo motivo.
- v) Si bien cada funcionario de Pavimento Universal S.A tiene acceso únicamente a su propio ordenador, en caso de algún imprevisto, es posible solicitar autorización para acceder al equipo que no es de su área.
- vi) **No se contactó con los otros representantes legales de la compañía ni al encargado de las licitaciones**

En ese orden de ideas es claro para esta Corporación, que la Superintendencia de Industria y Comercio en desarrollo de sus funciones como entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las actividades contrarias a la competencia, podía ordenar la visita el día 8 de agosto de 2013 a la instalaciones de la Pavimento Universal S.A (lo cual no está siendo controvertido por el extremo actor), sin previo aviso, por cuanto la legislación vigente al momento de la misma, así lo prevé y tampoco se cumpliría su objetivo si frente a quienes presuntamente están incurriendo en acuerdos contrarios a la libre competencia que por eso mismo son secretos, vedados, ocultos, se les advierta una visita de inspección con esos fines para que destruyan o eliminen los elementos que prueba de los mismos y sin que mediara **orden judicial**, como quiera que es una diligencia de tipo administrativo sancionatorio que si bien hace parte del *ius puniendi* del Estado, y tiene una limitaciones de orden constitucional, legal y convencional, no puede en ningún momento equipararse a los trámites que son desplegadas en los procesos penales, en los que en efecto un juez de control de garantías debe expedir las autorizaciones necesarias porque allí se exigen plena y totalmente las garantías en su máxima expresión, a diferencia del sancionatorio que opera con cierta flexibilización de tales principios y garantías.

De otro lado, no le asiste la razón al demandante al afirmar que el hecho de que el gerente general o los encargados de la guarda de la información referente era un motivo suficiente para impedir la realización de la diligencia, ya que esta podía ser atendido por cualquier funcionario presente en las instalaciones de la investigada, una consideración contraria, significaría las potestades de la

Superintendencia dependería de las circunstancias personales de los empleados de las sociedades investigadas, máxime cuando en el *sub lite*, la instrucción dada **fue precisamente impedir la visita** y aun cuando el señor Luis Alberto Rodríguez Donado no tuviera dentro de sus funciones conocer o atender las licitaciones, si era posible como el mismo lo indicó que este accediera a la información con la autorización de la gerencia, la cual, de conformidad con la certificado de existencia y representación legal, **contaba con un gerente suplente**, con quien nunca se intentó comunicación, así como tampoco con el responsable del proceso de contratación.

Lo anterior permite concluir que la intención de Pavimento Universal S.A. sin lugar a dudas, sí fue impedir la realización de la visita administrativa el día 8 de agosto de 2013, pues así fue reconocido por el funcionario que atendió a los delgados de la entidad, y a pesar que el extremo actor manifieste una serie de explicaciones relacionadas con las competencias de los empelados que debían estar presentes para que estos se llevaran a cabo, estas no resultan en nada suficientes o razonables máxime cuando la visita del 19 de febrero de 2014, fue atendida por un asesor contable tal y como consta en la respectiva acta (Fls 185 a 189) y que los impases que se presentaron en la primera oportunidad pudieron ser perfectamente saneables una vez se instalara la diligencia, bien sea solicitando el apoyo de la Policía Nacional, si la preocupación era el tema de seguridad o la autorización para el acceso al equipo de cómputo del funcionario que tenía la competencia para la guarda de la información respecto de los procesos licitatorios y contractuales, a través de la gerencia general, principal o suplente o demás directivos de la sociedad, soluciones que en efecto no se efectuaron.

En segundo término, tampoco es de recibo lo esbozado por el apoderado judicial del extremo actor relacionado con la visita realizada el 9 de agosto de 2013, pues esta diligencia se llevó a cabo para indagar sobre la situación de la sociedad **Equipos Universal S.A.**, la cual fue atendida por los funcionarios Jorge Ramiro Navarro Reyes, Jesusaldo Carrillo Ospina y del acta obrante a folios 55 a 59 del cuaderno de contestación de demanda, se destaca que sea copió la información de un equipo de cómputo del señor Fabian Saumett, uno de los encargados de la confección de ofertas contractuales, una memoria USB y (un) DVD, además de las Actas Nos. 297 y 300 de la Junta Directiva y la relación de procesos contractuales adjudicados y no adjudicados en que ha participado la sociedad, dejó claridad y constancia **“que los archivos que se extraen únicamente conciernen a procesos contractuales de la sociedad EQUIPO UNIVERSAL(...)”**.

Así las cosas, aun cuando el demandante indica que la información contractual era la misma lo cierto es que eran dos personas jurídicas distintas, con representantes legales distintos, lo que se demuestra no solo de los certificados de existencia y representación de cada una, sino de la visita realizada el 19 de febrero de 2014 a Pavimento Universal S.A., la cual no solo fue atendida por funcionarios distintos, es decir, Francisco Herrera Bojanini (representante legal) y Bladimir Alberto Becerra Bohórquez (asesor contables) sino que se obtuvo una información totalmente distinta, es decir el Organigrama de Pavimentos Universal S.A; listado

de datos de personal administrativo y de cuentas, actas de junta directa 250,253,254 y 255.

Además, se realizó la revisión del cómputo asignado a Juan Francisco Herrera Bojanini, así como su correo electrónico institucional y se solicitó se allegara el **listado de licitaciones en que ha participado la sociedad de Pavimentos Universal S.A. detallando su fueron adjudicadas y en caso negativo informar la causa; así mismo si participó en unión temporal o consorcio y detalle de la licitación LP-DM-07 de 2012.**

En resumen, podemos concluir que este cargo tampoco está llamado a prosperar por cuanto Pavimento Universal S.A.:

- Sí cometió la infracción por la cual fue sancionada **impedir el inicio y el desarrollo de la visita administrativa diligencia del 8 de febrero de 2013** y que el hecho que esta fuera sorpresiva o que quien se encontrara en la instalaciones fuera el contador de la compañía **no resultan motivos suficientes para su actuar**, por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la obligación de realizar notificaciones previa para adelantar practicar este tipo de pruebas y además que el mencionado funcionario sí era plenamente competente para atender la diligencia, y en caso de no contar con toda la información o que esta se encontrara en un ordenador distinto pudo pedir la autorización para su acceso, lo cual no se efectuó, pues como quedó la instrucción dada era **simplemente no permitir la visita.**
- La diligencia que se llevó a cabo el día 9 de febrero de 2013, no tuvo el alcance que el demandante pretende darle, pues esta no tenía como objetivo recaudar su información sino la de otra sociedad denominada Equipos Universal.

Finalmente, se concluye que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y en ese orden de ideas las pretensiones elevadas a través del medio de control no pueden prosperar.

### 3.5 Condena en costas:

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 adicionado por el artículo 47 de la Ley 2280 de 2021 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

*“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.*

*En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”.*

En virtud de lo anterior, si bien la parte resulto vencida como quiera que no prosperaron sus pretensiones no resulta procedente la condena en costas en esta instancia pues no se acreditó que el libelo se haya presentado con manifiesta carencia de fundamento legal, toda vez que: i) el extremo actor estaba en ejercicio de su derecho de acción al demandar la legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se les impuso una multa y que el ii) el escrito fue presentado contenía fundamentos de hecho y derecho, así como pretensiones razonables y concordantes con las circunstancias fácticas expuestas.

#### **IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO.- DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda promovida por Pavimento Universal S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.- NO CONDENAR** en costas al demandante Pavimento Universal S.A., de conformidad con lo señalado en esta providencia.

**TERCERO.-** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
**Magistrado**  
**(Firmado electrónicamente)**

**FREDY IBARRA MARTÍNEZ**  
**Magistrado**  
**(Firmado electrónicamente)**

**OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
**Magistrado**  
**(Firmado electrónicamente)**

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de CPACA y conserva plena validez, conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 527 de 1999.