



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

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 11001-33-34-002-2018-00001-00 (acumulado 11001-33-34-004-2017-000363-00)
Demandante: Juan Carlos Archila Cabal y otro
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Tema: Sanción infracción normas libertad de competencia

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de las demandas que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauraron los señores: Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. Proceso 11001-33-34-002-2018-00001-00

*“1. Pretensiones Principales
1.1. Pretensiones declarativas*

Primera Principal: Declarar la nulidad del artículo primero de la resolución 7676 de 2017 del Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc, mediante el cual se declaró que Juan Carlos Archila Cabal, incurrió en la responsabilidad prevista en el número 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del literal 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 por la cual COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. fue sancionado mediante la resolución 53403 de 2013.

Segunda Principal: Declarar la nulidad del artículo segundo de la Resolución 7676 de 2017 del Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc, mediante el cual se declaró que Juan Carlos Archila Cabal, incurrió en la responsabilidad prevista en el número 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la

infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la cual COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. fue sancionado mediante la Resolución 53403 de 2013.

Tercera Principal: Declarar la nulidad del artículo cuarto de la Resolución 7676 de 2017 del Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se impuso a Juan Carlos Archila Cabal una multa por valor de 125'411.890,00 COP, equivalente a 170 SMMLV.

Cuarta Principal: Declarar la nulidad del artículo quinto de la Resolución 7676 de 2017 del Superintendente de Industria y Comercio, mediante el cual se impuso a Juan Carlos Archila Cabal la obligación de publicar un aviso en cumplimiento de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009.

Quinta Principal: Declarar la nulidad del artículo primero de la Resolución 34255 de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual se confirmó íntegramente la resolución 7676 de 2017, también de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sexta Principal: Declarar la nulidad del artículo segundo de la Resolución 34255 de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual se negaron las solicitudes de nulidad presentadas por Juan Carlos Archila Cabal.

Séptima Principal: Declarar la responsabilidad de la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio, por el daño causado a Juan Carlos Archila Cabal mediante las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, ambas del Superintendente de Industria y Comercio, como lucro cesante por las bonificaciones anuales dejadas de percibir durante la investigación, en aras del tiempo gastado por Juan Carlos Archila Cabal para su defensa.

1.2. Pretensiones consecuenciales y de condena

Octava Principal: Como consecuencia de las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta principales, se restablezca el derecho a Juan Carlos Archila Cabal, en el sentido de, todos o algunas de las siguientes condenas:

8.1. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por el cual COMCEL fue sancionado mediante la Resolución 54403 de 2013, equivalente a 100'329.512,00 COP.

8.2. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del artículo 1 de la

Ley 155 de 1959, por la cual COMCEL fue sancionada mediante la Resolución 53403 de 2012, equivalente a 25'082.378,00 COP.

8.3. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar la cifra correspondiente al ajuste de las cifras correspondientes a las peticiones anteriores, según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA, aplicada acumulativamente por cada año, desde el 10 de julio de 2017, fecha del pago de la sanción, hasta que el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago.

8.4. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Juan Carlos Archila Cabal los intereses de mora que correspondan, a partir de la fecha en que se deba hacer el pago, esto es el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago y hasta que efectivamente se haga el pago.

8.5. Ordenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio que, a su costa, publique un aviso con las mismas condiciones en que ordenó la publicación de la sanción a Juan Carlos Archila Cabal, con el siguiente texto o el que el señor Juez estime pertinente, según lo que se acredite en el proceso:

[...]

Novena Principal: Como consecuencia de la petición sexta principal, se restablezca el derecho a Juan Carlos Archila Cabal, y se decreten las nulidades por las irregularidades procesales expuestas en el capítulo sexto y en las peticiones especiales del recurso de reposición contra la resolución 7676 de 2017.

Décima Principal: Como consecuencia de la petición séptima principal, se restablezca el derecho a Juan Carlos Archila Cabal, y se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Juan Carlos Archila Cabal el valor que resulte probado en el proceso, a título de lucro cesante por las bonificaciones anuales dejadas de percibir durante la investigación, en aras del tiempo gastado por Juan Carlos Archila Cabal para su defensa, acusado mediante las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, ambas del Superintendente de Industria y Comercio.

2. Pretensiones Subsidiarias

En subsidio de las pretensiones principales, pido que se acceda a las siguientes:

Primera subsidiaria: Se declare la nulidad parcial del artículo cuarto de la Resolución 7676 de 2017 del Superintendente de Industria y Comercio, mediante la cual se impuso a Juan Carlos Archila Cabal una multa por valor de 125'411.890,00 COP, equivalente a 170 SMMLV.

Segunda Subsidiaria: Como consecuencia de la anterior petición primera subsidiaria, se restablezca el derecho de Juan Carlos

Archila Cabal en el sentido de disminuir el monto de la sanción impuesta en el artículo cuarto de la Resolución 7676 de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio, teniendo en cuenta los criterios previstos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009”.

1.1. Proceso 11001-33-34-004-2017-000363-00

“PRINCIPALES

PRIMERA.- Que se declare la nulidad de las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, por medio de los cuales se declaró que la doctora HILDA MARÍA PARDO HASCHE, habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por los cuales, COMCEL fue sancionado mediante las Resoluciones N 53403 y 66934 de 2013.

SEGUNDA.- Que, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a reembolsar a mi representada la totalidad de las sumas que ella hubiere pagado, en cumplimiento de lo dispuesto por las citadas resoluciones, con los correspondientes intereses liquidados a la tasa máxima legal, o ajustadas de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor.

TERCERA.- Que, en consecuencia, y también a título de restablecimiento del derecho, se ordene restablecer y corregir la información respecto del estado de cuenta de HILDA MARÍA PARDO HASCHE en los registros y sistemas de la SIC, de la Contraloría General de la Nación y en los de cualquier otra entidad en la cual se hayan registrado cobros, montos, intereses o multas en relación con los Actos Administrativos identificados en la PRETENSIÓN PRIMERA.

CUARTA.- Que así mismo, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a publicar, a su costa, en el mismo diario de amplia circulación nacional en que HILDA MARÍA PARDO HASCHE publicó el texto que se señaló en el artículo quinto de la Resolución 7676 de 2017, la parte resolutive de la sentencia que acceda a las pretensiones de la presente demanda.

QUINTA.- Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de HILDA MARÍA PARDO HASCHE el mayor valor que resulte probado en el proceso, a título de perjuicios morales por el daño al buen nombre y a la reputación, causado mediante las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, ambas del Superintendente de Industria y Comercio.

SEXTA.- Que se condene a la parte demandada a pagar las agencias en derecho y costas del proceso.

2.2. SUBSIDIARIAS

En el muy improbable evento de negarse las pretensiones principales, solicito que se concedan las siguientes pretensiones:

PRIMERA.- Que en subsidio de la PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL se declare la nulidad parcial de las resoluciones 7676 y 34255 de 2017 y se reduzca las sumas que las mencionadas resoluciones ordenan cancelar a HILDA MARÍA PARDO HASCHE por concepto de la multa, de conformidad con las normas legales.

SEGUNDA.- Que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a restituirle a mi representada la diferencia entre las sumas que ordenan cancelar las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, y aquellas que, de acuerdo con la pretensión anterior, declare el juez que deben pagarse, con todos los correspondientes intereses liquidados a la tasa máxima legal, o ajustadas de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor.

TERCERA.- Que se condene a la parte demandada a pagar las agencias en derecho y costas del proceso”.

2. Cargos

2.1. Proceso 11001-33-34-002-2018-00001-00

Los demandantes consideraron que los actos administrativos acusados se encontrarían viciados de nulidad con sustento en los siguientes cargos de nulidad:

- ***“Las resoluciones demandadas fueron expedidas con infracción a las normas en que debían fundarse”***

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio, al sancionar a la sociedad Comcel S.A., habría aplicado erróneamente las normas de protección a la competencia, como quiera que, en su lugar, debió dar aplicación a aquellas relativas a la protección de los consumidores, al estar frente a conductas relacionadas con el derecho de los usuarios de comunicaciones a la portabilidad móvil.

Aseguró que una misma conducta no puede conllevar la infracción a las normas de protección a la competencia, de consumidores y de telecomunicaciones al mismo tiempo.

Refirió que la demandada habría aplicado indebidamente lo prescrito en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en consideración a que las supuestas víctimas del comportamiento de Comcel S.A., no serían micro, pequeñas o medianas empresas, como lo requeriría dicha norma,

que contempla un sujeto pasivo calificado. Así, aludió que ni Comcel S.A. ni sus competidores, quienes serían las presuntas víctimas de su conducta, serían empresas que cumplieran con la calidad de que trata la norma en referencia.

Mencionó que la Superintendencia demandada interpretó erróneamente lo preceptuado en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, toda vez que para infringirla es necesario que la persona acusada de una conducta anticompetitiva tenga pleno conocimiento de la misma y desarrolle alguno de los verbos rectores allí previstos.

Explicó que en los actos acusados se habría presumido que el señor Archila Cabal había sido el responsable de las infracciones sancionadas, sin considerar las pruebas que demostrarían que éste no habría tolerado ni omitido intencionalmente conducta anticompetitiva alguna.

Agregó que para imputar responsabilidad por infracción al artículo 26 en alusión, respecto de una persona natural, se debe acreditar el pleno conocimiento de la conducta con la que estaría colaborando, facilitando, ejecutando o tolerando.

Arguyó que la presunción de finalidad de que trata el artículo 24 de la Ley 222 de 1995 y que se predica de los administradores de las sociedades, no se encuentra prevista en las normas de protección de la competencia, puesto que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 no la adoptó, sino que prescribió supuestos de hecho y verbos rectores que debió demostrar la Superintendencia.

Esbozó que la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción por, presuntamente, haber incurrido en “negligencia intencional”; empero, tal verbo rector no estaría contemplado en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y no podría equiparse con el de “tolerar”.

Adujo que no se habría presentado infracción alguna de lo prescrito en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, dado que la conducta anticompetitiva endilgada ni siquiera resultaría comprensible para el demandante, por no tener la calidad de abogado. Por esta razón, dijo, él no tendría la capacidad incurrir en alguno de los verbos rectores aludido en precedencia.

- ***“Las resoluciones demandadas fueron expedidas con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa”***

Expresó que la responsabilidad personal imputada y posteriormente sancionada a través de los actos acusados, derivaría de aquella que se reprochó inicialmente a Comcel S.A. por transgredir las normas de

competencia. Por este motivo, aseguró que debió habersele dado la oportunidad de debatir y controvertir la responsabilidad de dicha sociedad; empero, ello no le fue permitido.

Endilgó contradicción a la resolución sancionatoria, sustentado en que; por un lado, señaló que no era posible discutir nuevamente la responsabilidad de Comcel S.A., por ya haberse establecido en otra investigación administrativa; y, de otro, aseguró que tal debate sí se habría permitido a los investigados.

Sostuvo que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 obligaría a que en el juicio de responsabilidad personal que se llevó en su contra, también se diera la oportunidad de controvertir y desvirtuar la responsabilidad de Comcel S.A; empero, ello no se le habría permitido.

Recalcó que, pese a lo anterior, la autoridad demandada sí habría esbozado ampliamente argumentos para justificar que Comcel S.A. violó las normas de competencia, a través de nuevas pruebas y hechos que presentó a la investigación llevada en su contra, frente a los que no se le permitió el derecho de contradicción.

Manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio se habría equivocado al no declarar la responsabilidad de Comcel S.A. en el acto administrativo sancionatorio aquí acusado, dado que, según sus dichos, durante la investigación se habría permitido el debate de dicho supuesto.

Adujo que en la resolución que abrió la investigación sancionatoria en su contra se habría efectuado una indebida imputación, pues le habría sido imputada la comisión de todos los verbos rectores prescritos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009; hecho que, dijo, conllevó a que no pudiera identificar sobre cuál de esas conductas debía estructurar su defensa.

Agregó que se le atribuyó responsabilidad por una conducta que se fundamentó en un factor de imputación no previsto en la norma, como es la figura de la “culpa consciente”; circunstancia que, dijo, se tradujo en la vulneración del principio de legalidad, así como de sus derechos al debido proceso y de defensa.

Aludió que el traslado de pruebas que efectuó la Superintendencia demandada resultó ilegal, puesto que dicho material probatorio se habría practicado sin su audiencia. Además, refirió que dicho traslado se habría realizado antes que se abriera la investigación administrativa sancionatoria en su contra; es decir, en el momento procesal equivocado, según lo previsto en el artículo 48 de la Ley 1437 de 2011.

Narró que las pruebas trasladadas no cumplirían con las características legales para ser tenidas como tales, aún más cuando él no habría podido intervenir en la práctica de las mismas.

Ilustró que las pruebas trasladadas contendrían documentos sometidos a reserva, que solamente podían ser conocidos por Comcel S.A., según lo previsto en los artículos 20 de la Ley 57 de 1985 y 15 de la Ley 1340 de 2009, motivo por el que no le había sido posible ejercer adecuadamente su derecho de defensa y contradicción respecto de las mismas.

Expresó que la resolución sancionatoria se sustentó en pruebas que no habría podido controvertir, como es el caso de algunas quejas sobre la apertura de bandas que no fueron individualizadas y puestas de presente en el acto que abrió la investigación ni en la resolución que resolvió sobre el decreto y práctica de pruebas; por el contrario, adujo, se dejaron inmersas en la inmensa cantidad de material probatorio que hacía parte del expediente y que imposibilitaba su acceso.

Agregó que las aludidas pruebas además estarían relacionadas con hechos que no estarían contenidos en la imputación que efectuó la Superintendencia en su contra, pues versarían sobre situaciones ocurridas en 2012, mientras que los hechos investigados corresponderían a infracciones cometidas en el segundo semestre de 2011.

Arguyó que la Superintendencia, al decidir la investigación sancionatoria, se limitó a hacer referencias generales sobre las pruebas que reposaban en el expediente, pero no habría realizado una valoración concreta sobre cada una de ellas.

- ***“Las resoluciones demandadas sufren de falsa motivación”***

Estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio coligió que Comcel S.A. ostentaba una posición de dominio en el mercado, a partir del estudio realizado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones que incorporó a la actuación administrativa. Sin embargo, señaló que del tal análisis no podía llegarse a esa conclusión.

Explicó que el referido estudio habría sido elaborado con otros fines diferentes a investigar conductas anticompetitivas, así como en una época anterior a la que ocurrieron las conductas a él reprochadas; así mismo, aludió que solamente se habría considerado el mercado de voz saliente móvil, pero no el de datos y que no se habría tenido en cuenta a los competidores potenciales del mercado en que actuaba Comcel S.A.

Agregó que la Superintendencia no probó que Comcel S.A. realmente hubiera podido determinar las condiciones del mercado en el tiempo en que

presuntamente ocurrieron los hechos motivos de sanción, ni que impidiera a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización.

Aludió que no se habría acreditado la existencia de una política empresarial al interior de Comcel S.A. para restringir el desbloqueo de equipos celulares, con el fin de incumplir con las disposiciones de la Comisión de Regulación, pues, dijo, de unas pocas quejas no podría concluirse tal inferencia.

Expresó que el actuar de Comcel S.A. no causó ningún impacto en el mercado de telefonía celular, por lo que el caso carecería de significatividad para adelantar una investigación por violación de las normas de protección a la competencia, según el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

Sostuvo que a Comcel S.A. se le endilgó la comisión de una conducta cometida por un distribuidor independiente; por consiguiente, adujo, las portaciones fraudulentas que este efectuaba no podían conocerse, desde el principio, por la compañía en mención.

Manifestó que, el 21 de diciembre de 2011, Movistar envió una carta en la que puso de presente ciertas irregularidades en las portaciones que ameritaban ser revisadas; así, señaló, que inmediatamente habría tomado las acciones pertinentes para averiguar lo que sucedía; además, aseguró que habrían sido modificados los incentivos de las portaciones, se interiorizó dicho proceso y se sancionó al distribuidor responsable.

Afirmó que las conductas relativas al abultamiento de cifras de portaciones a favor de Comcel S.A. habrían sido realizadas por distribuidores independientes, que actuaban por cuenta y riesgo propio; con todo, adujo, que una vez advertidas se habrían revertido los pagos hechos por comisiones, de manera que no se configuró la negligencia intencional que le fue reprochada y sancionada mediante los actos que se estiman nulos.

Mencionó que la Superintendencia demandada no probó que las portaciones realizadas durante la época de los hechos investigados hubieran influenciado la intención de los consumidores al momento de elegir su operador de telefonía celular; tampoco, que Comcel S.A. hubiera obtenido algún provecho a partir del actuar fraudulento de su distribuidor.

Arguyó que la resolución sancionatoria resultaría contradictoria, como quiera que no sería posible que se hubiera promovido, ejecutado y tolerado, al mismo tiempo, una política empresarial para exigir requisitos adicionales a los establecidos en la regulación para el desbloqueo de bandas de equipos terminales móviles.

Indicó que, a partir de la existencia de un correo, copiado a él por la señora Ana María Quintana de Comcel S.A., no podría colegirse que conocía de

los hechos fraudulentos mencionados con anterioridad, aún menos cuando, señaló, nunca se percató del contenido de tal mensaje electrónico que, con todo, habría sido enviado antes de la vigencia de la Resolución 3136 de 2011 en la que se incluyó, por primera vez, la prohibición de bloqueo de bandas.

Adujo que existirían regulaciones opuestas entre aquella que, por un lado, contenía la prohibición de bloquear las bandas de equipos terminales móviles, la resolución 3136 del 26 de septiembre de 2011, y, de otro, que preveían la obligación de verificar la propiedad por parte de quien solicitaba un servicio móvil, con el fin de desincentivar el robo de celulares.

Expresó que no habría tenido una conducta pasiva frente al correo electrónico del 5 de octubre de 2011, enviado por la señora Hilda María Pardo, en el que se habría puesto de presente una opinión frente al bloqueo de bandas de celulares; por el contrario, dijo, ordenó ejecutar una política ajustada a las disposiciones legales vigentes de protección a la competencia, a través del correo del 26 de octubre de 2011.

Afirmó que no dio ninguna instrucción o indicación tendiente a que se violara la Ley; igualmente, que no se probó la existencia de directriz, instrucción, sugerencia o recomendación alguna, en el sentido de mantener los equipos terminales de Comcel S.A. con las bandas bloqueadas.

Aseveró que, a partir de una única orden de compra de equipos por parte de Comcel S.A. a Nokia, realizada el 1 de octubre de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio no podía deducir la existencia de toda una política comercial restrictiva por él tolerada.

Sostuvo que una vez entró en vigencia la regulación sobre la prohibición de bloqueo de bandas, se habría encargado que, desde el 1 de octubre de 2011, los equipos móviles comprados, pero no entregados a Comcel S.A., tuvieran las bandas abiertas; empero, afirmó, la demandada habría omitido tener en cuenta las pruebas que evidenciaban que se dio dicha instrucción a todos los fabricantes.

Añadió que aquellos equipos que ya se encontraban en el sitio de venta, en el momento en que entró en vigencia la Resolución 3136 de 2011, no debieron haber sido objeto de la prohibición de bloqueo de bandas.

Indicó que no existiría prueba que los equipos con bandas bloqueadas, comprados luego del 1 de octubre de 2011, hubieran sido comercializados por parte de Comcel S.A.; por el contrario, dijo, sí habría pruebas que demostrarían las acciones por él adelantadas para dar cumplimiento a la normativa de apertura de bandas.

Arguyó que algunas de las quejas en que la Superintendencia sustentó la sanción impuesta en su contra se habrían presentado antes que entrara en vigencia la Resolución 3136 de 2011.

Aseveró, de otro lado, que las quejas interpuestas con posterioridad a la entrada en vigencia de la aludida resolución resultarían insignificantes e insuficientes para deducir la existencia de toda una supuesta política comercial con el alcance suficiente para afectar la competencia.

Ilustró que, en la época de ocurrencia de los hechos sancionados, el tema de las portaciones era nuevo y complejo, por lo que no hubo mala fe en su actuar. Además, señaló, que las dificultades y posibles irregularidades en su aplicación serían comunes a todos los operadores.

Esbozó que, contrario a lo considerado por la Superintendencia demandada, él no debía responder personalmente por la conducta fraudulenta de los terceros distribuidores de Comcel S.A., pues ello configuraría la causal de exoneración de responsabilidad denominada hecho de un tercero, aún más cuando no pudo haber conocido de dichas irregularidades desde el momento de su comisión.

Agregó que la política de comisiones como incentivo a las portaciones vigente durante 2011, que implantó Comcel S.A., no tenía como propósito que esa actividad se realizara de manera ilegal. Adicionalmente, dijo que nunca se impartió una orden en ese sentido, ni tuvo ninguna injerencia en la invención de la política de comisiones, que existiría desde 1994.

Expresó que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que él y Comcel S.A. serían responsables por las actuaciones de sus distribuidores, pese a que ese tipo de responsabilidad no existiría en las normas sobre protección de la competencia, específicamente en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Aludió que la mencionada normativa tampoco prevería una obligación tendiente a que en las políticas de comisiones se incluyera un procedimiento minucioso para hacer un seguimiento al actuar de los distribuidores, dirigido a que no se presentaran fraudes con las portaciones.

Manifestó que la Superintendencia no podía exigirle la ejecución de algún comportamiento diligente para impedir las irregularidades en las portaciones antes del 21 de diciembre de 2011, cuando MOVISTAR le habría enviado una carta para advertir sobre la conducta de los distribuidores de COMCEL S.A., pues desconocía la ocurrencia de dichas actuaciones fraudulentas.

Afirmó que, desde el 28 de diciembre de 2011 hasta el 23 de enero de 2012, estuvo desvinculado de sus funciones como presidente de Comcel S.A., debido a percances en su salud; pero, dijo, una vez se reintegró habría desplegado las actuaciones pertinentes para esclarecer las irregularidades en las portaciones a que se ha hecho referencia; pues: i) ordenó el cambio de la política de comisiones para los distribuidores; ii) identificó al distribuidor que realizó las portaciones fraudulentas y le impuso una sanción; y iii) gestionó la creación de tropas directas de Comcel S.A. para hacer portaciones.

Indicó que, a partir de los informes de gerencia sobre las portaciones, no era posible inferir que existía una práctica irregular en ese trámite, por lo que, presuntamente, no tendría razón alguna para creer que los resultados presentados tuvieran un origen diferente a las medidas comerciales legalmente adoptadas.

Arguyó que la Superintendencia de Industria y Comercio no podía imputarle responsabilidad alguna con sustento en lo dicho por algunos medios de comunicación sobre la existencia de portaciones ficticias, menos aún cuando los apartes de prensa y declaraciones de medios no habían sido puestos de presente en el acto de imputación de cargos, tampoco hecho parte de las pruebas decretadas, menos sometidos al trámite de contradicción.

Esbozó que no sería cierto, como quedó consignado en el acto sancionatorio, que solamente hubiera tomado acciones para contrarrestar la actividad fraudulenta advertida, luego que las estadísticas sobre portaciones ya se encontrarían a favor de Comcel S.A., puesto que, reiteró, su diligencia se reflejó desde el mismo momento en que tuvo conocimiento de los hechos.

Agregó que las medidas y decisiones que tomó al respecto, las habría adoptado desde enero de 2012, mientras que el resto de portaciones favorables a Comcel S.A. corresponderían a febrero de 2012. Ahora, adujo, diferente sería que al distribuidor que cometió el fraude, solamente fuera sancionado 4 meses después de advertidas las irregularidades.

Refirió que la demandada no probó la existencia un nexo de causal entre las cifras de las portaciones reportadas al momento de la ocurrencia de los hechos sancionados y la decisión de los usuarios para portar sus líneas a Comcel S.A. Es más, señaló, que la empresa no habría utilizado como parte de su propaganda ninguna información sobre el volumen de portaciones.

Ilustró que, según las certificaciones expedidas por el revisor fiscal de Comcel S.A., las portaciones del distribuidor que cometió las actuaciones

irregulares solamente tenían una incidencia del 0,48% sobre el mercado, por lo que no tenía la potencialidad de afectar el mismo.

Expresó que en la Resolución CRC 4004 de 2012 la propia Comisión de Regulación de Comunicaciones señaló que la implementación de la política de portabilidad numérica móvil, no había generado impactos significativos en el mercado; hecho que, consideró, ratificaría la nula afectación que habrían tenido las portaciones fraudulentas realizadas por el distribuidor de Comcel S.A.

Afirmó que en el acto administrativo sancionatorio solamente se habrían valorado de manera parcial algunas pruebas que reposaban en el expediente, pero no realizado la valoración conjunta de todo el material probatorio; circunstancia que, aseguró, conllevó a que la resolución estuviera fundamentada en supuestos de hecho no probados y, por ende, con falsa motivación.

- ***“Las resoluciones demandadas fueron expedidas por un funcionario sin competencia para hacerlo teniendo en cuenta que había operado la caducidad”***

Adujo que, pese a que en el pliego de cargos no se habría definido un periodo específico en el que ocurrió la conducta reprochada, en el presente asunto habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria, en tanto la infracción que se le sancionó habría sido la de tolerar la implementación de una política de bloqueo de bandas articulada dentro del Comcel S.A., que dijo, según las pruebas aportadas al expediente, habría cesado el 26 de octubre de 2012, cuando impartió las instrucciones necesarias para que se comercializaran equipos móviles sin bloqueo de bandas.

Explicó que, según lo dicho, la resolución sancionatoria debió haberse expedido y notificado a más tardar el 26 de octubre de 2016, según lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009; empero, ello ocurrió con posterioridad.

Señaló que, aún de desconocerse que el 26 de octubre de 2011 cesó la conducta objeto de reproche, se seguiría coligiendo la caducidad de la facultad sancionatoria, pues, el extremo inicial para contabilizar el término en cuestión sería el 5 de marzo de 2012, cuando se tuvo prueba que ocurrió la última comercialización de un equipo terminal con bandas bloqueadas; sin embargo, la resolución sanción no fue notificada antes del 5 de marzo de 2017.

- **“Las resoluciones demandadas fueron expedidas en forma irregular”**

Manifestó que los actos administrativos demandados habrían sido expedidos por un superintendente delegado que no tenía competencia para adelantar la investigación administrativa, según lo previsto en el artículo 9 del Decreto 4887 de 2011, debido a que se estaría frente a un caso relacionado con el régimen de protección a los usuarios, pero no de competencia.

Aseguró que la recusación presentada en contra del aludido delegado habría sido rechazada de plano, en desconocimiento del procedimiento previsto en el artículo 12 de la Ley 1437 de 2011 y con aplicación indebida de lo prescrito en el artículo 142 del Código General del Proceso; además, señaló que ello conllevó a que el mencionado agente actuara aun cuando se encontraría impedido para ello.

Sostuvo que el Consejo Asesor de la Superintendencia de Industria y Comercio habría actuado de manera irregular, pues, según el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 no era obligatorio que se acudiera a este órgano para decidir la investigación por violación al artículo 26 de la Ley 1340 de 2009; además, porque sesionó con solo 3 de los 5 miembros que lo conformaban, sin nombrar ningún asesor *Ad – hoc*.

2.2. Proceso 11001-33-34-004-2017-00363-00

La parte demandante dentro del referido expediente consideró que los actos administrativos acusados se encontrarían viciados de nulidad con sustento en los siguientes cargos de nulidad:

- **“Los actos administrativos 7676 y 34255 de 2017 fueron expedidos por un funcionario sin competencia para hacerlo, pues había operado la caducidad”**

Manifestó que la Superintendencia demandada, en el acto administrativo que abrió la actuación administrativa en su contra, no habría precisado el periodo en que se enmarcaron las conductas reprochadas; circunstancia que, dijo, conculcó su derecho de defensa y el debido proceso sancionatorio.

Adujo que, acorde con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el acto administrativo sancionatorio demandado debió haberse notificado en el plazo máximo de cinco (5) años, computados a partir de la ejecución de la conducta violatoria al ordenamiento jurídico o el último hecho realizado, cuando se está frente a conductas de tracto sucesivo.

Refirió que frente al cargo imputado y sancionado de bloqueo de equipos terminales habría operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, al haberse excedido el término de cinco (5) años aludido en precedencia.

Aseveró que dicho plazo debió computarse a partir del 5 de octubre de 2011, cuando, según la autoridad demandada, ella impartió instrucciones para la implantación de una política de bloqueo de bandas en Comcel S.A.; con todo, señaló que la resolución sancionatoria solamente se notificó hasta el 8 de marzo de 2017; es decir, luego de los cinco (5) años en mención.

Agregó que, aun cuando las conductas sancionadas fueran consideradas como hechos continuados, también se predicaría la caducidad de la facultad sancionatoria, pues, de las pruebas aportadas al expediente sería claro que la última oportunidad en que presuntamente se habría comercializado un equipo terminal móvil con bandas bloqueadas, fue en febrero de 2012, de manera que el lapso de cinco (5) años vencería en febrero de 2017.

Aseguró que lo propio ocurriría si se tuviera en cuenta el 5 de marzo de 2012, cuando se habría presentado la última queja, como el extremo inicial para contabilizar el término de caducidad de la Administración, debido a que, reiteró, el acto administrativo definitivo solo se notificó hasta el 8 de marzo de 2017.

Esbozó que algunas pruebas que fueron tenidas en cuenta por la Superintendencia demandada para demostrar la existencia de una política de bloqueo de terminales móviles, habrían sido trasladadas, por lo que esta circunstancia habría impedido que fueran parte del pliego de cargos expedido en su contra. Esto, dijo, en clara transgresión al debido proceso y su derecho de defensa.

- ***Los actos administrativos 7676 y 34255 de 2017 fueron expedidos con violación al derecho de audiencia y de defensa***

Aludió que la Superintendencia de Industria y Comercio habría omitido adelantar la etapa de averiguación preliminar, como lo ordenarían los artículos 47 de la Ley 1437 de 2011 y 52 del Decreto 2153 de 1992.

Narró que el trámite sancionatorio en su contra se habría abierto únicamente con sustento en los actos administrativos proferidos dentro del proceso con radicado 11-137485. Esto, dijo, a pesar de que la conducta por la que allí fue sancionado Comcel S.A. en ese trámite, sería diferente a la imputada en su contra.

Afirmó que la demandada debió adelantar una etapa de averiguación preliminar encaminada a establecer si ella habría tolerado la conducta contraria a derecho que se le imputó.

Mencionó que en el procedimiento administrativo que dio origen a los actos acusados, la Superintendencia habría efectuado un traslado ilegal de las pruebas que reposaban en la investigación 11-137485, adelantada en contra de Comcel S.A., en consideración a que tal trámite no cumplió con los requisitos dispuestos en el artículo 185 de la Ley 1437 de 2011.

Aseveró que no tuvo la oportunidad de intervenir a título personal dentro del proceso sancionatorio que se adelantó frente a Comcel S.A., para controvertir la práctica de las pruebas que luego, de manera sorpresiva y extemporánea, habría trasladado, la demandada, al expediente seguido en su contra.

Agregó que el aludido traslado también habría excedido el alcance dado por la Ley para tal trámite, dado que también incorporó la valoración que hizo la Superintendencia sobre las pruebas practicadas en el proceso 11-137485 adelantado en contra de Comcel S.A.

Arguyó que la entidad demandada habría efectuado una indebida imputación, dado que, en el acto de apertura, le atribuyó la comisión de los verbos rectores de colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar, pese a que resultarían ser comportamientos totalmente diferentes que, además, no podría haber ejecutado de forma simultánea.

Aseveró que la incorrecta imputación que mencionó le habría restringido su derecho de defensa, puesto que no habría tenido claridad sobre qué aspectos en concreto debía erigir su defensa frente al acto administrativo que abrió la investigación.

- ***“Las Resoluciones 7676 y 34522 de 2017 se encuentran falsa e indebidamente motivadas y se emitieron con violación a las normas en las que deberían fundarse”***

Ilustró que la Superintendencia de Industria y Comercio habría incorporado, al procedimiento administrativo sancionatorio que siguió en su contra, material probatorio que no había sido previamente incluido en la resolución de apertura de la investigación, como sería el caso de algunas quejas que dieron origen a la indagación por prácticas restrictivas de competencia llevada en contra de Comcel S.A.

Señaló que los casos de consumidores analizados por la demandada, para sancionarle, no tendrían la entidad suficiente para constituir prácticas

restrictivas de la competencia, como se afirmó en la resolución sancionatoria, pues, dijo, carecerían de significatividad.

Explicó que las prácticas restrictivas de competencia requerirían que las conductas fueran significativas en los términos del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009; esto es, que afectaran por lo menos el 20% del mercado y obstruyan o impidieran a terceros su acceso.

Expresó que la demandada únicamente habría demostrado la existencia de algunos incidentes aislados, en los que algunos pocos usuarios tuvieron problemas con el desbloqueo de bandas de terminales móviles, los cuales no reflejarían la presencia de una política de obstrucción.

Enunció que la Superintendencia habría omitido pronunciarse de fondo sobre el argumento en el que señaló que los hechos tenidos en cuenta en la investigación sancionatoria, no tendrían la potencialidad para ser analizados bajo la óptica del derecho de competencia.

Sostuvo que las actuaciones que le fueron reprochadas las habría efectuado cuando las Resoluciones CRC 3136 de 2011 y 3066 de 2011 aún no se encontrarían vigentes; además, señaló sus actos debieron interpretarse de conformidad con lo previsto a las demás normas relativas al hurto de celulares, como es el caso de los artículos 116 de la Ley 1106 de 2006; 11, 15 y 16 de la Resolución 3128 de 2011; así como 8 y 9 del Decreto 1630 de 2011.

- ***“Los actos administrativos 7676 y 34255 de 2017 se encuentran falsa e indebidamente motivados, pues el procedimiento fue adelantado con violación al debido proceso por vulneración al principio de congruencia”***

Indicó que habría una incongruencia fáctica entre el pliego de cargos y la resolución sancionatoria, por cuanto, en esta última, habrían sido incluidos nuevos hechos no establecidos en la imputación inicial, relativos a quejas trasladadas del expediente 11-137485, del que no fue parte y en el cual no pudo ejercer su derecho de defensa.

- ***“Los actos administrativos 7676 y 34255 de 2017 se encuentran falsa e indebidamente motivados, pues el procedimiento fue iniciado y adelantado con violación al debido proceso por vulneración al principio de imparcialidad”***

Adujo que el procedimiento administrativo sancionatorio que devino en la expedición de las resoluciones acusadas, habría sido iniciado por un

funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio que se encontraría impedido para ello, esto es, el señor Germán Bacca Medina, ya que había sido el instructor de la investigación que se siguió contra Comcel S.A.

- ***“El procedimiento administrativo en contra de Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo Hasche fue adelantado por un funcionario impedido para hacerlo”***

Refirió que el señor Jorge Enrique Sánchez Medina habría asumido la investigación como Superintendente *Ad – hoc*, luego que el señor Bacca Medina fuera recusado; no obstante, señaló que dicho funcionario también se encontraba impedido, pues habría participado en la toma de decisión dentro de la actuación administrativa 11-154777.

Aseguró que en el expediente 13-277605 el señor Sánchez Medina habría rechazado de plano la recusación que formuló, con sustento en lo prescrito en el artículo 142 del Código General del Proceso, pese a que la normativa que resultaba aplicable correspondía al artículo 12 de la Ley 1437 de 2011.

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda y solicitó se negaran todas las pretensiones solicitadas, al considerar que carecerían de sustento jurídico y legal para su prosperidad.

Esbozó que no operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, debido a que las conductas sancionadas en los actos acusados serían de tracto sucesivo, de manera que el término de que trata el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, debía computarse a partir del último acto ejecutado o la fecha en que cesó la ejecución del mismo.

Aludió que, según las quejas presentadas el 5 y 9 de marzo de 2012, sería claro que la infracción de lo prescrito en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 se habría mantenido en el tiempo hasta esa última fecha; entonces, infirió, como el acto administrativo sancionatorio fue notificado el 8 de marzo de 2017, se habría desvirtuado la caducidad endilgada por los demandantes.

Afirmó que la etapa de investigación preliminar ostentaba un carácter facultativo para la Administración, de manera que no habría consecuencia alguna por no evacuarla.

Mencionó que las pruebas trasladadas a la investigación que originó los actos acusados, cumplieron con los requisitos necesarios previstos en el artículo

185 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, aun cuando los demandantes no fueron parte del proceso de origen, las mismas estuvieron a su disposición desde la formulación del pliego de cargos, por manera que, aseguró, pudieron ejercer su derecho de contradicción.

Arguyó que, si bien la conducta de la demandante se presentó en el marco de un proceso de portabilidad numérica que, en principio, estaría llamada a reprocharse desde la órbita del régimen de protección a los usuarios de servicios de telecomunicaciones, lo cierto es que, analizadas en su conjunto, derivaron en conductas restrictivas de la competencia.

Aseveró que en el presente asunto no se habría presentado vulneración alguna al principio de congruencia ni la falsa motivación de los actos administrativos demandados, en consideración a que resultaría evidente la participación de la señora Hilda María Pardo en una política de bloqueo de bandas en Comcel S.A., a partir de las instrucciones que habría impartido en el correo electrónico del 5 de octubre de 2011.

Ilustró, además, que luego de haber entrado en vigencia la Resolución 3066 de 2011 Comcel S.A., aún vendía equipos terminales móviles con las bandas bloqueadas, según algunas quejas de marzo de 2012.

Agregó que la imputación fue realizada con claridad, pues habría comprendido el colaborar, facilitar, ejecutar y tolerar comportamientos anticompetitivos atribuidos a Comcel S.A.; además, dijo los mencionados verbos rectores en mención no resultarían excluyentes.

Expresó que el acto administrativo que abrió la investigación administrativa sancionatoria en contra de los demandantes no adolecería de ningún vicio que afectara su validez, dado que la recusación presentada en el trámite y la posterior designación de un delegado *ad – hoc*, habrían sido posteriores al mismo.

Enunció que el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000, no contempla ninguna medida a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas como lo consideran los demandantes; sino que sería una regulación dirigida a estimular la formación de mercados altamente competitivos en los que no se permite que un agente ostente una posición de dominio.

Sostuvo que la participación de los demandantes en la conducta anticompetitiva de Comcel S.A. se habría deducido a partir de las órdenes de compra de equipos celulares con bandas bloqueadas, realizadas con posterioridad al 1 de octubre de 2011, así como a través del correo electrónico remitido, el 31 de agosto de 2011, por la señora Ana María Quintana, en el que se apreciaba la existencia de un procedimiento para el

desbloqueo de bandas, en el que se exigían requisitos legales no previstos en la Resolución CRC 3136 de 2011.

Indicó que para la época de los hechos reprochados ya estaría vigente la Resolución 1732 de 2009, en la que se exigía a los operadores desbloquear los terminales móviles con la simple manifestación de voluntad del usuario.

Explicó que, durante la implementación de la medida de portabilidad numérica móvil, Comcel S.A. tenía una política de bloqueo de bandas avalada por los demandantes, en contravía de las regulaciones expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

4. Actividad procesal

El 27 de febrero de 2018, el Juzgado admitió la demanda de la referencia y ordenó las notificaciones de rigor.

El 21 de noviembre de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda del proceso 2018-0001.

El 29 de junio de 2019, se decretó la acumulación del proceso 11001-33-34-004-2017-000363-00, proveniente del Juzgado 4º Administrativo de Bogotá.

El 7 de octubre de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio contestó la demanda con radicado 2017-00363.

El 21 de octubre de 2020, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en la que, como medida de saneamiento del proceso, se ordenó oficiar a la Sección Primera del Consejo de Estado para que certificara la información correspondiente del proceso 25000-23-41-000-2014-01048-02.

El 11 de junio de 2021, se continuó con la aludida audiencia, en la que se fijó el litigio, se incorporaron al expediente las pruebas que fueron aportadas por las partes y se decretaron aquellas que reunieron los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad. Finalmente, fue concedido el término común de diez (10) días para la presentación de los alegatos de conclusión de manera escrita.

5. Alegatos de conclusión

Los demandantes presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, en los que dieron solución a los problemas jurídicos planteados

en la fijación del litigio y reiteraron los argumentos esbozados en las demandas.

II. CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado hasta la fecha, el Juzgado procederá a dictar sentencia de primera instancia dentro de las demandas acumuladas que promovieron los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo Hasche en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con esta finalidad, se tendrá en cuenta el siguiente derrotero: i) asunto preliminar; ii) problemas jurídicos; (iii) trámite de la actuación administrativa seguida en contra de los demandantes; iv) caso concreto; v) conclusiones; y vi) condena en costas.

1. Asunto Preliminar: Delimitación del presente estudio

Previo a emitir un pronunciamiento de fondo en el presente asunto, el Juzgado estima conveniente hacer claridad sobre algunos aspectos relativos a la naturaleza y objeto del procedimiento administrativo sancionatorio que dio origen a los actos administrativos acusados.

Lo anterior, con el fin de delimitar el estudio que se efectúe sobre los cargos de nulidad formulados en la fijación del litigio.

Así, es preciso poner de presente que en el marco de la actuación administrativa con radicado 11-137485, a través de la Resolución 53403 del 3 de septiembre de 2013, el Superintendente de Industria y Comercio declaró que Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. infringió lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del Decreto 2153 de 1992.

Lo anterior, al encontrar probado que efectuó prácticas tendientes a limitar la libre competencia, así como por abusar de su posición dominante en el mercado y, en consecuencia, obstruir a terceros el acceso a canales de comercialización.

En efecto, dicha resolución señaló que las mencionadas infracciones se configuraron al acreditarse que Comcel S.A. habría desplegado conductas relacionadas con el bloqueo de bandas de equipos móviles y el abultamiento de las cifras de portabilidad numérica móvil.

De igual forma, es necesario referir que en esa misma oportunidad la Superintendencia de Industria y Comercio también ordenó lo siguiente:

“REMITIR copia de la presente Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia, con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una averiguación preliminar contra JUAN CARLOS ARCHILA CABAL e HILDA MARÍA PARDO HASCHE, por haber presuntamente incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo”.

Es decir, la autoridad demandada dispuso que también fuera evaluado si Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo habrían incurrido en la responsabilidad de que trata el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber participado, por acción u omisión, en las infracciones por cuya comisión fue sancionada la sociedad Comcel S.A.

Como consecuencia, mediante la Resolución 42871 del 11 de julio de 2014, dentro de la actuación administrativa con radicado 13-277605, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación para determinar si las mencionadas personas habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas violatorias a la protección de la competencia que realizó Comcel S.A.

Según lo expuesto, es evidente que en la actuación administrativa 13-277506, dentro de la cual fueron expedidas las resoluciones demandadas dentro del presente proceso, la Administración disertó sobre la responsabilidad personal en que habrían incurrido los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo; mas no, aquella de carácter empresarial desplegada por Comcel S.A., que fue probada y sancionada en el trámite administrativo 11-137485, a través de la Resolución 53403 del 3 de septiembre de 2013, cuya legalidad aquí no se controvierte.

En tales condiciones, el Despacho aclara que en el estudio que ha de efectuarse a continuación, solamente serán abordados aquellos argumentos dirigidos a desvirtuar la responsabilidad que la Superintendencia de Industria y Comercio predicó respecto de los señores Archila y Pardo, no así los relacionados con la responsabilidad de Comcel S.A. en la comisión de las conductas por las que, en otro expediente y mediante actos administrativos diferentes a los aquí demandados, fue sancionada. Control de legalidad que realizó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso 2014-01048, a través de la sentencia del 17 de octubre de 2019 y que actualmente se encuentra en apelación ante el Consejo de Estado.

2. Problemas Jurídicos

En la audiencia inicial celebrada el 11 de junio de 2021, se fijó el litigio con los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Profirió, la Superintendencia de Industria y Comercio, los actos administrativos demandados, con infracción de las normas en que debían fundarse, por aplicación indebida e interpretación errónea, de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de competencia, así como, en concreto, de lo previsto en los artículos 50, numeral 6, del Decreto 2153 de 1992 y 26 de la Ley 1340 de 2009?
2. ¿Expidió, la entidad demandada, las resoluciones cuya legalidad se impugna, con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa de los demandantes, en consideración a que presuntamente habría:
 - a) Impedido controvertir la responsabilidad de la sociedad Comcel S.A.
 - b) Pretermitido la etapa de averiguaciones preliminares, de que tratan los artículos 47 de la Ley 1437 de 2011 y 52 del Decreto 2153 de 1999, antes de abrir formalmente la investigación administrativa.
 - c) Traído, al procedimiento administrativo, nuevas pruebas, con el fin de sustentar la responsabilidad de Comcel S.A., pero no habría declarado nuevamente responsable a esa sociedad.
 - d) Realizado una imputación indebida en el acto de formulación de cargos, pues, no se habría indicado con claridad y precisión las conductas reprochadas, ante la existencia de verbos rectores que denotarían comportamientos diferentes.
 - e) Sancionado por la comisión de una conducta no contemplada en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
 - f) Traslado algunas pruebas al trámite administrativo sancionatorio, de forma inoportuna y sin cumplir con el trámite legal correspondiente, en contravía de lo previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para ser tenidas como tales, las cuales, además tendrían el carácter de documentos reservados.
 - g) Incorporado a la investigación sancionatoria, no solo las pruebas trasladadas desde el proceso con radicado 11-

137485, sino también la forma en que fueron valoradas las mismas.

- h) Sancionado con sustento en pruebas que nunca fueron puestas de presente durante la investigación, así como en hechos nuevos que no fueron previstos en el acto de imputación de cargos y que, con todo, habrían ocurrido de forma posterior al periodo en que supuestamente acaeció la conducta reprochada.
- i) Omitió valorar las pruebas que obran en el expediente, pues, solo se habrían efectuado referencias generales sobre las mismas al momento de imponer la sanción?

3. ¿Emitió, el ente de control demandado, los actos que se estiman nulos, con falsa e indebida motivación, toda vez que:

- a) No se habría acreditado que Comcel hubiera incurrido en las conductas, a partir de las cuales se concluyó responsable a los demandantes de infringir el régimen de protección de la competencia.
- b) No se habría comprobado que el señor Archila Cabal hubiera podido conocer sobre una supuesta política infractora dentro de Comcel y consintiera la misma, porque, dijo, no existió razón alguna para que sospechara sobre la ocurrencia de fraude en las portaciones.
- c) Se habría desconocido la existencia de un conflicto regulatorio, entre las normas que reglamentaron la apertura de bandas y el hurto de celulares.
- d) Se habría omitido valorar las actuaciones diligentes, oportunas y apropiadas efectuadas por el señor Archila para cumplir con la normativa sobre apertura de bandas.
- e) Se habría sancionado con sustento en hechos que no tendrían la entidad suficiente para probar la existencia de una política empresarial irregular de Comcel S.A., avalada por los demandantes, así como tampoco la existencia de prácticas restrictivas de competencia que tuvieran el carácter de conductas significativas, capaces de alterar la competencia del mercado y obstruir a terceros.

- f) No se habría considerado que el fenómeno de portaciones irregulares era común en toda la industria, así como que este obedeció al hecho de un tercero que, de mala fe, se aprovechó de la política de incentivo de Comcel, cuyo objetivo no era ilegal y, con todo, no fue creada por el señor Archila Cabal.
 - g) Se habría ignorado el hecho que el señor Archila Cabal, una vez conoció sobre las portaciones fraudulentas en Comcel, habría actuado con la mayor diligencia posible; también, que él no tendría obligación alguna de implementar una política de seguimiento, verificación y monitoreo para esclarecer el uso legítimo de los incentivos por parte de los destinatarios, más aún cuando no conoció de esas irregularidades.
 - h) No se habría efectuado pronunciamiento alguno sobre las acciones adoptadas por el señor Archila Cabal para contrarrestar las irregularidades en las portaciones, pues, simplemente, se dijo que las mismas no fueron diligentes e inmediatas.
 - i) Se habría dado valor probatorio a publicaciones de medios de comunicación para endilgar responsabilidad al señor Archila Cabal, algunos de los cuales no obrarían en el expediente ni habrían sido puestos de presente en la imputación de cargos.
 - j) Se habría omitido establecer la relación de causalidad entre las cifras de portabilidad reportadas por Comcel y el actuar de los usuarios al respecto.
 - k) No se habría realizado una valoración conjunta del material probatorio consolidado en la actuación administrativa, pues, se omitió tener en cuenta pruebas al momento de decidir.
 - l) Se habría sancionado a los demandantes con sustento en normas que no se encontrarían vigentes, como es el caso de las Resoluciones CRC 3136 y 3066 de 2011 y que no habrían sido interpretadas en armonía con lo previsto en el Decreto 1630 de 2011.
4. ¿Profirió, la Superintendencia de Industria y Comercio, los actos administrativos demandados, sin competencia, debido a que habría operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria respecto del cargo de “bloqueo de equipos terminales” imputado a los demandantes?

5. ¿Expidió, la demandada, las resoluciones acusadas de forma irregular y con vulneración al principio de imparcialidad, puesto que:

- a) Los señores Germán Bacca Medina y Jorge Enrique Sánchez Medina, quienes actuaron como Superintendentes Delegados para la Protección de la Competencia, habrían estado impedidos para actuar en el proceso administrativo sancionatorio; además, porque este último, habría omitido declararse impedido y, por el contrario, resolvió la recusación presentada en su contra de manera inadecuada e ilegal.
- b) Presuntamente hubo irregularidades en el actuar del Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio?

3. Trámite de la actuación administrativa seguida en contra de los demandantes

Del material probatorio constituido en el expediente, el Juzgado da como por probados los siguientes hechos:

- El 3 de septiembre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución 53403, a través de la cual declaró que Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. incurrió en prácticas tendientes a limitar la libre competencia y abusó de su posición dominante en el mercado. Por este motivo, le impuso una sanción de multa.

Adicionalmente, la mencionada autoridad resolvió remitir copia de ese acto administrativo al delegado para la Protección de la Competencia, con el fin de evaluar si existía mérito suficiente para iniciar una investigación preliminar en contra de los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo Hasche.

- El 11 de julio de 2014, la entidad demandada adoptó la Resolución 42871, por medio de la cual ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos en contra de los señores Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo Hasche.
- El 31 de julio de 2014, la Comisión de Regulación de Comunicaciones presentó el documento denominado “*Concepto Frente a la Apertura de Investigación y Formulación de Pliego de Cargos Realizada Mediante Resolución SIC NO. 42871 de 2014 Actuación Administrativa SIC NO. 13-277605*”. En este documento, la aludida comisión emitió un concepto técnico frente al asunto en cuestión.

- El 29 de julio de 2014, los demandantes, a través de su apoderado judicial, presentaron escrito de recusación formal contra los señores: Germán Bacca Medina, Marco Jiménez y Dayana Jiménez, al considerar que se encontrarían impedidos para actuar en la investigación que se adelantaba en su contra, debido a habrían actuado dentro de la actuación administrativa 11-137485 que se llevó en contra de Comcel S.A.
- El 8 de agosto de 2014, por medio de la Resolución 48337, el Superintendente de Industria y Comercio resolvió aceptar la recusación presentada en contra del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia Germán Enrique Bacca Medina y, en consecuencia, nombrar al señor José Alejandro Bermúdez como Superintendente *Ad- Hoc*.
- El 13 y 14 de agosto de 2014, los apoderados de los demandantes solicitaron la nulidad de todo lo actuado dentro del procedimiento administrativo 13-277605, así como la revocatoria de la Resolución 42871 de 2014.
- El 14 de agosto de 2014, los demandantes presentaron solicitudes de aclaración y adición de la Resolución 48337 del 8 de agosto de 2014, a través de la cual se aceptó la recusación interpuesta y se designó a un delegado *Ad- Hoc*.
- El 15 de agosto de 2014, el apoderado del señor Juan Carlos Archila Cabal requirió al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *Ad- hoc*, para que emitiera un pronunciamiento sobre la recusación presentada en contra de los señores: Marco Antonio Jiménez Sánchez y Dayana Vanessa Jiménez.
- El 28 de agosto de 2014, mediante la Resolución 51988, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *Ad – Hoc* aceptó la recusación presentada en contra Marco Antonio Jiménez Sánchez y declaró improcedente la relacionada con la señora Dayana Vanessa Jiménez Carvajal.
- El 29 de septiembre de 2014, el apoderado del señor Juan Carlos Archila Cabal aportó y solicitó el decreto de algunas pruebas¹.

¹ Folios 363 al 385 de la Carpeta 2 del Expediente con Radicado 13-277605.

- El 29 de septiembre de 2014, la señora Hilda María Pardo presentó memorial de descargos, en el que además aportó y solicitó la práctica pruebas².
- El 10 de octubre de 2014, por intermedio de la Resolución 61240, el Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia *Ad – Hoc* resolvió no acceder a las solicitudes de nulidad impetradas por los demandantes y declarar improcedentes las de adición y aclaración³.
- El 27 de octubre de 2014, los apoderados de los señores Hilda María Pardo⁴ y Juan Carlos Archila Cabal⁵ presentaron escritos tendientes a adicionar sus descargos, en lo concerniente a la solicitud y práctica de algunas pruebas.
- El 18 de marzo de 2015, a través de la Resolución 11993, el Superintendente Delegado para la Protección a la Competencia *Ad – Hoc* resolvió revocar el artículo segundo de la Resolución 61240 del 10 de octubre de 2014 y, en consecuencia, correr traslado al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio para que se pronunciara sobre las solicitudes de aclaración y adición de la Resolución 48337 del 8 de agosto de 2014⁶.
- El 26 de marzo de 2015, por Resolución 13104 el Superintendente de Industria y Comercio decidió declarar improcedentes las solicitudes de adición y aclaración de la Resolución 48337 del 8 de agosto de 2014⁷.
- El 31 de marzo de 2015, el apoderado del señor Juan Carlos Archila Cabal solicitó la nulidad de todo lo actuado dentro del procedimiento administrativo 13-277605 desde el 29 de julio de 2014 hasta el 26 de marzo de 2015⁸.
- El 31 de marzo de 2015, el apoderado judicial de la señora Hilda María Pardo presentó solicitud de nulidad de la Resolución 13104 del 26 de marzo de 2015⁹.

² Folios 945 al 980 de la Carpeta 3 del Expediente con Radicado 13-277605.

³ Folios 1553 al 1527 de la Carpeta 8 del Expediente con Radicado 13-277605.

⁴ Folios 1577 al 1582 de la Carpeta 9 del Expediente con Radicado 13-277605.

⁵ Folios 1911 al 1915 de la Carpeta 10 del Expediente con Radicado 13-277605.

⁶ Folios 2264 al 2265 de la Carpeta 11 del Expediente con Radicado 13-277605.

⁷ Folios 2268 al 2260 *ibídem*.

⁸ Folios 2274 al 2276 de la Carpeta 11 del Expediente 13-277605.

⁹ Folios 2277 al 2283 *ibídem*.

- El 15 de febrero de 2016, por intermedio de la Resolución 6625, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia decidió no acceder a la solicitud de nulidad elevada por el investigado Juan Carlos Archila Cabal¹⁰.
- El 15 de febrero de 2016, con la Resolución 6626, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió sobre la práctica de pruebas dentro de la investigación 13-277605¹¹.
- El 11 de marzo de 2016, la señora Hilda María Pardo interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 6626 de 2016, por medio de la cual se decretó y negó la práctica de algunas pruebas¹².
- El 10 de mayo de 2016, a través de la Resolución 26564, la autoridad demandada resolvió no reponer en ninguna de sus partes la Resolución 6626 del 15 de febrero de 2016 y decretó la práctica de algunas pruebas¹³.
- El 12 de julio de 2016, mediante la Resolución 45684, el Superintendente de Industria y Comercio rechazó la solicitud de nulidad presentada por la señora Hilda María Pardo, respecto de la Resolución 13104 del 26 de marzo de 2015¹⁴.
- El 12 de agosto de 2016, en la Resolución 53617, la Superintendencia demandada prescindió de la práctica de algunas pruebas y, por consiguiente, cerró el debate probatorio dentro de la actuación administrativa¹⁵.
- El 24 de agosto de 2016, la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio su vinculación al proceso sancionatorio 13-277605, como tercero interesado¹⁶.
- El 1 de septiembre de 2016, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió la solicitud de intervención de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., como tercero interesado, en el sentido de rechazarla por extemporánea¹⁷.

¹⁰ Folios 2290 y 2291 de la Carpeta 11 del Expediente 13-277605.

¹¹ Folios 2480 al 2485 *ibídem*.

¹² Folios 2586 al 2597 *ibídem*.

¹³ Folios 2602 al 2608 de la Carpeta 12 del Expediente 13-277605.

¹⁴ Folios 2635 al 2636 de la Carpeta 13 del Expediente 13-277605.

¹⁵ Folios 2651 y 2652 *ibídem*.

¹⁶ Folios 2666 al 2678 de la Carpeta 13 del Expediente 13-277605.

¹⁷ Folios 2692 al 2696 *ibídem*.

- El 27 de septiembre de 2016, los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión¹⁸.
- El 20 de diciembre de 2016, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó al Superintendente de Industria y Comercio el correspondiente informe motivado, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹⁹. En esa oportunidad se recomendó declarar administrativamente responsables y sancionar a los demandantes, por haber incurrido en las conductas previstas en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- El 26 de diciembre de 2016, el señor Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo del Castillo, manifestó a la ministra de Comercio, Industria y Turismo su impedimento para conocer y decidir todos los asuntos relacionados con la investigación 13-277605²⁰. Impedimento que fue aceptado, el 10 de enero de 2017, a través de la Resolución 0006²¹.
- El 17 de enero de 2017, con la Resolución 0070, fue designado el señor Francisco Reyes Villamizar como Superintendente de Industria y Comercio *Ad – hoc*, para conocer y decidir sobre la investigación 13-277605²².
- El 19 de enero de 2017, los apoderados de los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo presentaron escrito de recusación en contra del señor Jorge Enrique Sánchez Medina, en su calidad de Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, al considerar que se encontraría impedido por haber actuado en la actuación administrativa 11-154777²³.
- El 20 de enero de 2017, por virtud de la Resolución 1542, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió rechazar de plano la recusación presentada en su contra²⁴.
- El 2 de febrero de 2017, los apoderados de los demandantes presentaron escritos de recusación en contra de los señores: Hernán Vallejo González, Mauricio Pérez Salazar y Edgardo Villamil Portilla,

¹⁸ Folios 2700 al 2863 de la Carpeta 13 del Expediente 13-277605.

¹⁹ Folios 2935 al 3026 de la Carpeta 14 del Expediente 13-277605.

²⁰ Folios 2783 al 2786 *ibídem*.

²¹ Folios 3059 al 3064 *ibídem*.

²² Folios 3034 y 3035 *ibídem*.

²³ Folios 3043 al 3051 *ibídem*.

²⁴ Folios 3052 y 3053 *ibídem*.

como miembros del Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio, porque presuntamente habían participado en la expedición de las Resoluciones 53403 y 66934 de 2013, a través de las cuales fue sancionada Comcel S.A. por violación a las normas de competencia²⁵.

- El 3 de febrero de 2017, el apoderado del señor Juan Carlos Archila Cabal recorrió el traslado del informe motivado que presentó el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia²⁶. Lo propio realizó el apoderado de la señora Hilda María Pardo, mediante memorial radicado en esa misma fecha²⁷.
- El 27 de febrero de 2017, el Superintendente de Industria y Comercio *Ad – hoc* profirió la Resolución 7676, a través de la que impuso una sanción de multa a los señores Hilda María Pardo y Juan Carlos Archila Cabal, por haber incurrido en la responsabilidad prescrita en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con las infracciones por la que fue sancionado Comcel S.A. en la Resolución 53403 de 2013²⁸.
- El 23 de marzo de 2017, los apoderados de los señores Juan Carlos Archila Cabal²⁹ e Hilda María Pardo³⁰ presentaron recursos de reposición en contra de la resolución antes citada, en los que, además, solicitaron el decreto de algunas pruebas.
- El 5 de mayo de 2017, a través de la Resolución 23259, el Superintendente de Industria y Comercio decretó la práctica de una prueba testimonial solicitada, pero rechazó las demás³¹.
- El 24 de mayo de 2017, el apoderado de la señora Hilda María Pardo interpuso recurso de reposición en contra de la resolución anterior.³² Lo propio hizo, el 5 de junio de 2017, el apoderado judicial del señor Juan Carlos Archila Cabal.³³

²⁵ Folios 3107 al 3111 de la Carpeta 14 del Expediente 13-277605.

²⁶ Folios 3118 al 3252 *ibídem*.

²⁷ Folios 3271 al 3370 de la Carpeta 15 del Expediente 13-277605.

²⁸ Folios 3391 al 3474 *ibídem*.

²⁹ Folios 3480 al 3696 de la Carpeta 16 del Expediente 13-277605.

³⁰ Folios 3697 al 3858 de la Carpeta 17 del Expediente 13-277605.

³¹ Folios 3842 y 3843 *ibídem*.

³² Folios 3850 al 3853 de la Carpeta 17 del Expediente 13-277605.

³³ Folios 3867 al 3872 *ibídem*.

- El 12 de junio de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución 33717, mediante la cual confirmó la Resolución 23259 de 2017³⁴.
- El 14 de junio de 2017, por medio de la Resolución 34255, el Superintendente de Industria y Comercio *Ad – hoc* resolvió los recursos de reposición interpuestos por los demandantes en contra de la Resolución 7676 de 2017, en el sentido de confirmarla en todas sus partes³⁵.

4. Del caso concreto

Teniendo en cuenta el desarrollo de la actuación administrativa 13-277605 que adelantó la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de los demandantes y concluyó con la expedición de los actos administrativos acusados de nulidad; a continuación, se absolverán los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio.

Para ello, y por razones de orden metodológico, el Juzgado comenzará por resolver aquel relacionado con la presunta transgresión a los derechos de audiencia y defensa de los actores, de manera específica, por haber trasladado algunas pruebas al trámite administrativo sancionatorio, de forma inoportuna y sin cumplir con el trámite legal correspondiente, en contravía de lo previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para ser tenida como tales, las cuales, además tendrían el carácter de documentos reservados.

4.1 ¿Expidió, la entidad demandada, las resoluciones cuya legalidad se impugna, con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa de los demandantes, en consideración a que presuntamente habría trasladado algunas pruebas al trámite administrativo sancionatorio, de forma inoportuna y sin cumplir con el trámite legal correspondiente, en contravía de lo previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, para ser tenida como tales, las cuales, además tendrían el carácter de documentos reservados?.

Así, para responder a tal cuestión, el Despacho seguirá el siguiente derrotero: i) razonamiento planteados por los demandantes en cuanto al traslado de pruebas; ii) argumentos de defensa propuestos en la contestación de la demanda; iii) procedimiento agotado por la Superintendencia demandada para el traslado del expediente 11-13748; y iv) normativa aplicable a la figura del traslado de pruebas dentro del presente asunto.

³⁴ Folios 3874 al 3878 *ibídem*.

³⁵ Folios 3883 al 3960 de la Carpeta 18 del Expediente 13-277605.

En primer lugar, es preciso reseñar que los demandantes indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio habría trasladado las pruebas del expediente 11-137485 que se adelantó en contra de Comcel S.A., sin el lleno de los requisitos prescritos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. Ello por cuanto, dijeron, no se les garantizó el derecho de contradicción frente a dicho material probatorio.

Indicaron que las aludidas pruebas fueron practicadas sin su audiencia dentro de un procedimiento administrativo del que no fueron parte ni participaron como terceros intervinientes, de manera que no tuvieron la oportunidad de tacharlas o controvertirlas.

Agregaron que las pruebas en mención también habrían sido trasladadas de manera inoportuna, esto es, antes de surtirse la correspondiente etapa de instrucción, cuando, adujeron, lo correcto era que ello ocurriera a través de la resolución que decidió sobre el decreto y práctica de pruebas, en tanto la resolución de apertura no haría parte del periodo probatorio.

Esbozaron que las pruebas trasladadas además contendrían documentos sometidos a reserva que solamente podían ser conocidos por Comcel S.A., al ser la persona jurídica sancionada en el expediente 11-137485 de origen; circunstancia que, afirmaron, les habría vedado la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción frente a estos elementos, al no tener acceso a los mismos.

Mencionaron que la valoración de las pruebas en cuestión únicamente procedía si la Administración, previamente, les hubiera otorgado la oportunidad para controvertirlas o en caso que ellos las hubieran utilizado para estructurar su defensa; sin embargo, señalaron, ninguno de dichos supuestos ocurrió.

En segundo lugar, se debe referir que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su contestación, arguyó que, según lo previsto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil y la jurisprudencia del Consejo de Estado, el traslado de pruebas procede aun cuando en el proceso primigenio no se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, siempre que estas sean sometidas a contradicción en el nuevo procedimiento.

Aseveró que en el presente asunto la regla en cuestión fue respetada, pues manifestó que las pruebas se habrían trasladado en copia auténtica y, además, estado a disposición de los investigados desde el momento mismo en que se formuló el pliego de cargos.

En tercer lugar, y en consideración a los argumentos presentados por las partes, el Juzgado estima necesario reconstruir el trámite que dio la Superintendencia a las pruebas objeto de disenso, así:

- El 3 de septiembre de 2013, dentro del expediente 11-137485, la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución 53403, a través de la cual declaró que Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A. incurrió en prácticas tendientes a limitar la libre competencia y abusó de su posición dominante en el mercado. Por este motivo, le impuso una sanción de multa.

Adicionalmente, resolvió remitir copia de ese acto administrativo al delegado para la Protección de la Competencia, con el fin de evaluar si existía mérito suficiente para iniciar una investigación preliminar en contra de los señores: Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo Hasche.

- El 26 de noviembre de 2013, a través del memorando 13-277605-0, la Superintendencia de Industria y Comercio remitió copia de las Resoluciones 53403 del 3 de septiembre de 2013 y 66934 del 19 de noviembre de 2013, al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia³⁶.
- El 27 de enero de 2014, mediante memorando 13-277605-4, la Coordinadora del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia solicitó certificación de autenticidad de las copias del expediente 11-137485³⁷.
- El 26 de febrero de 2014, por memorando 13-277605-6³⁸, la Coordinadora del Grupo de Notificaciones y Certificaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio informó que se encontraba lista la certificación de autenticidad de la reproducción en medio magnético del expediente 11-137485, cuyo contenido es el que sigue:

“Que la reproducción en medio magnético del expediente No. 11-137485 corresponde al expediente original que reposa en el archivo de esta superintendencia el cual a la fecha contiene 10 carpetas públicas y 15 reservadas, según la relación adjunta”³⁹.

³⁶ Folios 1 y 2 de la Carpeta 1 del Expediente Administrativo 13-277605.

³⁷ Folio 129 *ibidem*

³⁸ Folio 130 *ibidem*.

³⁹ Folio 131 *ibidem*.

- El 11 de julio de 2014, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia profirió la Resolución 42871, en la que resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR investigación para determinar si HILDA MARÍA PARDO HASCHE identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.662.356 y JUAN ARCHILA CABAL identificado con cédula de ciudadanía No. 80.409.270, infringiendo lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a HILDA MARÍA PARDO HASCHE identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.662.356 y JUAN ARCHILA CABAL identificado con cédula de ciudadanía No. 80.409.270, entregándoles copia de la misma para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto, soliciten o aportes las pruebas que pretendan hacer valer dentro de esta investigación.

[...]⁴⁰”

En cuarto lugar, clarificada la manera en que fueron llevadas las copias del expediente 11-13758 al 13-277605; ahora, es necesario traer a colación la normativa que regula el procedimiento administrativo sancionatorio que se llevó en contra de los señores Archila y Pardo y que desembocó en la expedición de las resoluciones que se estiman nulas, así como aquella relativa al trámite de traslado de pruebas.

Así, el Decreto 2153 de 1992, por medio del cual se reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio, dispuso en su artículo 52 el procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en la forma que sigue:

“ARTICULO 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

⁴⁰ Folios 189 al 214 de la Carpeta 1 del Expediente Administrativo 13-277605..

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.

Según este artículo, para determinar si existió una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas restrictivas, el trámite que debe adelantarse por la Administración corresponde al siguiente:

1. Efectuar la averiguación preliminar, con el fin de determinar la necesidad de realizar una investigación. Esto, solo en caso de que la autoridad lo considere admisible y prioritario.
2. Abrir formalmente la investigación administrativa. Decisión que deberá ser notificada personalmente al investigado, para que en el término de veinte (20) días siguientes solicite o aporte pruebas.
3. Citar a audiencia para que el investigado presente los argumentos que pretenda hacer valer.
4. Presentar un informe motivado, del cual se debe correr traslado al investigado por el término de veinte (20) días.

Ahora bien, en cuanto al traslado de pruebas, se advierte que el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil (normativa vigente al momento del adelantamiento de la actuación administrativa), prescribe lo siguiente:

“Artículo 185. Prueba Traslada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”.

De la normativa en cita, se desprende con claridad que una prueba trasladada puede valorarse, siempre que en el proceso del que proviene, la misma hubiera sido practicada a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

Sin embargo, cabe mencionar que el Consejo de Estado, al interpretar el contenido del artículo en cuestión, ha señalado que existen excepciones a la anterior regla, pues, ha sostenido que las pruebas documentales pueden ser valoradas en el expediente al que se trasladan, aun cuando en el original contra quien se aduce no hubiera solicitado su práctica o la misma no se realizó con su audiencia.

Y esta excepción tiene como requisito *sine qua non* la necesidad de que la documental trasladada haya estado en el expediente al que se llevó a disposición de la parte contra quien se aduce, para que esta pudiera agotar el ejercicio de su derecho de contradicción. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó:

[...]

3.6. De otra parte, para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado es aquella según la cual en 'relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme lo anterior, es claro que sin el cumplimiento de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar una decisión de mérito. **No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica; (iii) puede valorarse la prueba documental, cuando la parte contra la que se aduce se allana expresa e incondicionalmente a la misma; y (iv) puede valorarse como prueba trasladada el documento producido por la autoridad pública aportado e invocado por el extremo activo de la Litis**⁴¹. (Se destaca)

Ahora, aunque la interpretación dada por la corporación sobre la valoración de la prueba trasladada se realizó en el marco de un proceso ordinario llevado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Juzgado estima que dicha hermenéutica resulta aplicable a trámites administrativos sancionatorios, como el que se analiza en el presente asunto, pues, la finalidad de la norma estudiada no es otra que para la valoración de una prueba trasladada se garantice el ejercicio del derecho de contradicción sobre la misma.

Por tanto, de conformidad con lo expuesto en precedencia, al descender al fondo del asunto, el Juzgado infiere las siguientes circunstancias, relacionadas con el tratamiento dado a las pruebas trasladadas al procedimiento sancionatorio que se llevó en contra de los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo.

Se observa que la migración del expediente 11-137485 que se adelantó en contra de Comcel S.A., al proceso con radicado 13-277605 en el que eran investigados los demandantes, se efectuó sin que mediara una decisión formal de traslado por parte del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Rad. 19001-23-31-000-2010-00314-01 (57008).

En efecto, aunque, como se observó, al interior del ente investigador fueron expedidos algunos memorandos dirigidos a certificar la autenticidad de las copias del expediente 11-137485, lo cierto es la Superintendencia demandada nunca profirió una decisión formal en el que hubieran incorporado válidamente las pruebas trasladadas del procedimiento seguido en contra de Comcel.

La única manifestación que se realizó frente a este material probatorio en la Resolución 42871 de 2014 (a través de la cual se abrió investigación y se formularon cargos en contra de los actores) quedó contenida solo en su parte considerativa de la forma que sigue:

“NOVENO: Que en atención a lo previsto en la anterior disposición, mediante memorando interno radicado con el No. 13-277605-0 del 26 de noviembre de 2013, el Superintendente de Industria y Comercio remitió a esta Delegatura copia de las resoluciones No. 53403 del 3 de septiembre de 2013 y 66934 del 19 de noviembre de 2013.

DÉCIMO: Que de conformidad con lo previsto en el inciso tercero de la Ley 1437 de 2011, en los procedimientos administrativos serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, y según lo dispuesto en el artículo 185 ibídem:

[...]

Bajo el contexto normativo antes señalado, corresponde analizar si en la presente actuación administrativa se cumplen los requisitos formales de hecho prevenidos en las disposiciones legales correspondientes, en aras de trasladar a la presente actuación administrativa las pruebas decretadas y practicadas en la investigación hacia COMCEL en el expediente administrativo radicado con el No. 11-137485.

De la lectura del artículo citado, la Delegatura advierte las siguientes condiciones para el traslado de una prueba y un criterio de apreciación de las evidencias que resulta transversal a todos los medios probatorios. A continuación, se presenta un análisis sucinto de dichos presupuestos:

[...]

Para la Delegatura es claro que la apreciación de las evidencias allegadas a esta actuación administrativa, habrán de ser valoradas con base en las reglas de la sana crítica y en el momento procedimental que en Derecho corresponda, con todo, en salva guardia del derecho constitucional de defensa de los investigados.

Por consiguiente, es evidente que la única referencia que se realizó a dichas pruebas fue hecha de modo imperfecto en la parte motiva, mas no en resolutive. De modo que esa mención no tuvo ningún efecto vinculante.

Es más, dicho silencio probatorio se mantuvo en la siguiente actuación que correspondió a la apertura de la fase de pruebas, esto es, la Resolución 6626 del 15 de febrero de 2016, en la que la Superintendencia resolvió sobre la práctica de pruebas dentro de la investigación que adelantó en contra de los demandantes en el asunto de marras, sin que de modo alguno se hubiera referido expresamente a la incorporación de las pruebas trasladadas del procedimiento seguido en contra de Comcel.

Ahora bien, a consideración de esta instancia, la anterior falencia no tendría la entidad suficiente para afectar la validez de los actos administrativos demandados, siempre que se encontrara acreditado que los documentos del expediente 11-137485, pese a no estar formalmente introducidos al procedimiento sancionatorio 13-277605, sí hubieran estado a disposición de los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María para que ejercieran su derecho de contradicción frente los mismos.

Lo anterior, bajo el tendido que la finalidad de la norma, esto es, el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil se cumpliría a cabalidad, pues, está dirigida a que se respete el derecho de defensa y contradicción de quien en su contra se aduce una prueba trasladada. Sin embargo, tampoco se les garantizó a los investigados el acceso material a las pruebas trasladadas.

Para verificar tal circunstancia, es necesario acudir al contenido de los actos administrativos cuya legalidad se impugna.

En la parte resolutive de la Resolución 7676 de 2017, a través de la cual se sancionó a los demandantes, la Superintendencia demandada coligió la responsabilidad de los señores Hilda María Pardo y Juan Carlos Archila Cabal frente al cargo relacionado con la implementación de una política de bloqueo de bandas de celulares dentro de Comcel S.A., con sustento, entre otras pruebas, en denuncias presentadas el 5 y 9 de marzo de 2012, por el señor Jairo Andrés Galvis González y María Elena Sandoval.

En concreto, en dicho administrativo se indicó:

“Adicionalmente, obra en el expediente la siguiente denuncia del 9 de marzo de 2012, interpuesta por JAIRO ANDRÉS GÁLVIS GONZÁLEZ:

[...]

Nótese que para diciembre de 2011, COMCEL continuaba exigiendo requisitos no previstos en la regulación para acceder a

desbloquear los equipos, lo cual era precisamente la política empresarial de COMCEL impartida por HILDA MARÍA PARDO HASCHE en el correo del 5 de octubre de 2011, y conocida ampliamente por JUAN CARLOS ARCHILA CABAL. Con esto no cabe duda de que, contrario a lo manifestado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, la política empresarial impartida por HILDA MARÍA PARDO HASCHE venía siendo cumplida a cabalidad.

Otra prueba de la negativa injustificada de COMCEL a desbloquear las bandas de los equipos es la siguiente denuncia presentada el 5 de marzo de 2012 por la usuaria de COMCEL, MARIA ELENA SANDOVAL: [...]”⁴²

Estas pruebas también fueron traídas a colación por la Superintendencia demandada en la Resolución 34255 de 2017 que solventó los recursos de reposición que interpusieron los aquí demandantes en contra del acto sancionatorio, para reafirmar la responsabilidad en la conducta relativa la implementación y tolerancia de una política de bloqueo de bandas por parte de Comcel S.A.⁴³.

Adicionalmente, las mismas se mencionaron nuevamente en esa resolución, cuando la Administración procedió a desvirtuar el argumento propuesto por los accionantes, relativo a la caducidad de la facultad sancionatoria frente al señalado cargo⁴⁴.

Sin embargo, luego de efectuado un minucioso estudio del extenso material probatorio que fue aportado por la Superintendencia de Industria y Comercio al proceso de la referencia, entre estos, los antecedentes administrativos de los actos acusados de nulidad, el Despacho no pudo tener acceso a las quejas mencionadas, por ser documentos sometidos a reserva.

En efecto, aunque en los actos acusados se dice que las quejas del 5 y 9 de marzo de 2012 aludidas, se encontrarían a “*Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1762/12-41493/Folios 1 y 2*”, al dirigirse a tales anexos el Juzgado solamente encontró:

1. Constancia suscrita por la Coordinadora del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia, titulada “*DESGLOSE INFORMACIÓN RESERVADA*” que puede apreciarse en el Cuaderno Reservado 1 del expediente con radicado: 13-277605.

⁴² Folio 3431 de la Carpeta 15 del Expediente 13-277605.

⁴³ Folios 3903 y 3904 de la Carpeta 18 *ibidem*.

⁴⁴ Folio 3956 de la Carpeta 18 del Expediente 13-277605.

En dicho documento la mencionada funcionaria señaló: *“Se desglosa y archiva por separado en la carpeta de documentos reservados en el cuaderno No 1., los folios 135 a 179 del cuaderno público N° 1 los cuales se corresponden con información de carácter confidencial”*.

2. Constancia suscrita por el Coordinador del Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia, titulada *“DESGLOSE INFORMACIÓN RESERVADA”* que puede observarse en el Cuaderno Reservado 4 del expediente 11-137485, adelantado en contra de Comcel S.A., en el que quedó expresado lo siguiente: *“Se desglosa y archiva por separado en la carpeta de documentos reservados en el cuaderno N° 4 los folios 1735 al 1736 los cuales se corresponden con información recopilada.”*

Nótese que se hace referencia a que, entre otros, el documento que reposaría a folio 1742, es decir, las queja que se echa de menos, habría sido desglosado y archivado.

3. En el Cuaderno 7 Reservado del expediente con radicado 11-37485, que se llevó en contra de Comcel S.A., ni siquiera se vislumbra el folio 1742, como lo señaló la Superintendencia de Industria y Comercio en el acto administrativo 7676 de 2017 que se demanda en el asunto de marras.

Lo expuesto denota que la Superintendencia de Industria y Comercio, además de haber trasladado el expediente 11-37485, con destino al 13-277605, sin que mediara una orden formal en tal sentido, valoró algunos documentos y pruebas contenidas en ese proceso primigenio que estarían sujetas a reserva y que, por lo tanto, no pudieron ser conocidas por los señores Juan Carlos Archila e Hilda María Pardo durante la actuación administrativa sancionatoria, para ejercer su derecho de contradicción debidamente. Tal y como tampoco pudo hacerlo este Juzgado.

Y es precisamente la anterior circunstancia de la cual se quejó el demandante Archila Cabal en el recurso de reposición que interpuso en contra de la Resolución 7676 de 2017, de la siguiente forma:

“[...]”

Pues bien, gran parte de las pruebas que se trasladaron del expediente 11-137485, en el cual se sancionó a Comcel, hacen parte de los cuadernos 1 a 15 reservados, los cuales sólo podía conocer Comcel, y nadie más.

Así las cosas, no entendemos cómo la Autoridad trasladó unas pruebas que eran documentos reservados que debían ser protegidos en los términos de la Ley ¿Si son reservados y solo

Comcel los puede consultar, cómo es posible que hagan parte ahora de un expediente -éste- del que no hacer parte Comcel? ¿Acaso no es eso el levantamiento de la reserva que la ley castiga como una falta disciplinaria?

Además de ello, lo más grave para efectos de esta investigación es que los cuadernos reservados de una investigación siguen siendo reservados a menos que se levante la reserva. Las pruebas trasladadas del expediente de Comcel estaban en cuadernos reservados y siguen siendo reservados en la presente investigación. Así, solo Comcel lo puede conocer, y no mi representado. Si solo Comcel puede conocer cuadernos reservados y Juan Carlos Archila no tiene acceso a ellos ¿cómo iba a ejercer el derecho de defensa y contradicción de unos documentos trasladados sin ni siquiera tener acceso a ellos?”⁴⁵

Así las cosas, el Despacho colige que les asiste razón a los argumentos esbozados por la parte actora para acreditar el desconocimiento de sus derechos de audiencia y defensa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en el trámite administrativo sancionatorio que siguió en su contra.

Lo anterior, como quiera que el trámite de traslado del expediente 11-137485 al 13-277605, en que eran investigados los señores Archila Cabal y Pardo Hasche, no solo se realizó sin que mediara una decisión formal para trasladar dichos documentos como pruebas e incorporarlos, sino que, además, tal material probatorio no surtió el trámite de contradicción exigido por la norma procesal para poder ser valorado en el proceso de destino.

Efectivamente, se evidenció que la Superintendencia de Industria y Comercio, para expedir los actos demandados, valoró algunos documentos presuntamente trasladados al expediente 13-277605, que tenían el carácter de reservados y no pudieron ser conocidos por los demandantes, para ejercer su derecho de defensa.

Dicho material probatorio ni siquiera pudo ser consultado por parte de este estrado judicial y, por ende, se deduce que realmente nunca estuvo a disposición de los investigados durante trámite administrativo de forma completa y adecuada.

Por consiguiente, dada la imposibilidad que tuvieron los censores para controvertir en su integralidad las pruebas “trasladas”, puesto que estas, se reitera, nunca fueron formalmente incorporadas al procedimiento administrativo sancionatorio que originó los actos acusados y, porque, con todo, tenían el carácter de documentos reservados, es evidente que la respuesta al primer problema jurídico estudiado es la que sigue:

⁴⁵ Folio 3666 de la Carpeta 16 del Expediente 13-277605.

La Superintendencia de Industria y Comercio expidió las resoluciones cuya legalidad se impugna con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa de los demandantes, en tanto trasladó algunas pruebas al trámite administrativo sancionatorio, sin cumplir con el trámite legal correspondiente y en contravía de lo prescrito en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil para habilitar su valoración. Vedando, incluso, a los demandantes el acceso a las pruebas trasladadas.

5. Conclusiones

En tales circunstancias, se concluye que los demandantes sacaron adelante el cargo de nulidad bajo estudio y, así, habrá de declararse la nulidad de las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017. Además, el Despacho se relevará de estudiar los demás cargos de nulidad propuestos por los demandantes, al resultar innecesario.

5.1. Del restablecimiento del derecho.

Como quiera que se logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba los actos administrativos acusados y teniendo en cuenta que la finalidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho corresponde a la protección del derecho subjetivo del administrado, que se ha vulnerado por un acto de la administración, el Despacho, procede a pronunciarse sobre el restablecimiento que la parte actora solicitó en los siguientes términos:

Proceso 11001-33-34-002-2018-00001-00

[...]

Séptima Principal: Declarar la responsabilidad de la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio, por el daño causado a Juan Carlos Archila Cabal mediante las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, ambas del Superintendente de Industria y Comercio, como lucro cesante por las bonificaciones anuales dejadas de percibir durante la investigación, en aras del tiempo gastado por Juan Carlos Archila Cabal para su defensa.

1.2. Pretensiones consecuenciales y de condena

Octava Principal: Como consecuencia de las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta principales, se restablezca el derecho a Juan Carlos Archila Cabal, en el sentido de, todos o algunas de las siguientes condenas:

8.1. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley

1340 de 2009, en relación con la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por el cual COMCEL fue sancionado mediante la Resolución 54403 de 2013, equivalente a 100'329.512,00 COP.

8.2. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la cual COMCEL fue sancionada mediante la Resolución 53403 de 2012, equivalente a 25'082.378,00 COP.

8.3. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar la cifra correspondiente al ajuste de las cifras correspondientes a las peticiones anteriores, según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA, aplicada acumulativamente por cada año, desde el 10 de julio de 2017, fecha del pago de la sanción, hasta que el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago.

8.4. Condenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Juan Carlos Archila Cabal los intereses de mora que correspondan, a partir de la fecha en que se deba hacer el pago, esto es el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago y hasta que efectivamente se haga el pago.

8.5. Ordenar a La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio que, a su costa, publique un aviso con las mismas condiciones en que ordenó la publicación de la sanción a Juan Carlos Archila Cabal, con el siguiente texto o el que el señor Juez estime pertinente, según lo que se acredite en el proceso:

[...]

Novena Principal: Como consecuencia de la petición sexta principal, se restablezca el derecho a Juan Carlos Archila Cabal, y se decreten las nulidades por las irregularidades procesales expuestas en el capítulo sexto y en las peticiones especiales del recurso de reposición contra la resolución 7676 de 2017.

Décima Principal: Como consecuencia de la petición séptima principal, se restablezca el derecho a Juan Carlos Archila Cabal, y se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Juan Carlos Archila Cabal el valor que resulte probado en el proceso, a título de lucro cesante por las bonificaciones anuales dejadas de percibir durante la investigación, en aras del tiempo gastado por Juan Carlos Archila Cabal para su defensa, acusado mediante las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, ambas del Superintendente de Industria y Comercio.

Proceso 11001-33-34-004-2017-000363-00

“PRINCIPALES

[...]

SEGUNDA.- Que, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a reembolsar a mi representada la totalidad de las sumas que ella hubiere pagado, en cumplimiento de lo dispuesto por las citadas resoluciones, con los correspondientes intereses liquidados a la tasa máxima legal, o ajustadas de conformidad con la variación del índice de precios al consumidor.

TERCERA.- Que, en consecuencia, y también a título de restablecimiento del derecho, se ordene restablecer y corregir la información respecto del estado de cuenta de HILDA MARÍA PARDO HASCHE en los registros y sistemas de la SIC, de la Contraloría General de la Nación y en los de cualquier otra entidad en la cual se hayan registrado cobros, montos, intereses o multas en relación con los Actos Administrativos identificados en la PRETENSIÓN PRIMERA.

CUARTA.- Que así mismo, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la SIC a publicar, a su costa, en el mismo diario de amplia circulación nacional en que HILDA MARÍA PARDO HASCHE publicó el texto que se señaló en el artículo quinto de la Resolución 7676 de 2017, la parte resolutive de la sentencia que acceda a las pretensiones de la presente demanda.

QUINTA.- Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de HILDA MARÍA PARDO HASCHE el mayor valor que resulte probado en el proceso, a título de perjuicios morales por el daño al buen nombre y a la reputación, causado mediante las Resoluciones 7676 y 34255 de 2017, ambas del Superintendente de Industria y Comercio.

SEXTA.- Que se condene a la parte demandada a pagar las agencias en derecho y costas del proceso.

[...].”

Así, se ordenará a la Superintendencia de Industria y Comercio se abstenga de cobrar a los señores Juan Carlos Archila Cabal e Hilda María Pardo las multas impuestas en los actos administrativos cuya legalidad fue desvirtuada y en caso de que las mismas ya hayan sido pagadas, proceda a su devolución, con la indexación correspondiente.

Teniendo en cuenta que la devolución de las sumas en cuestión se ordenó realizarse con la actualización monetaria respectiva, el Juzgado negará el pago de los intereses de mora solicitados por los demandantes.

También será denegada la pretensión novena principal de la demanda 2018-0001, relativa que se decreten las nulidades procesales expuestas en el recurso de reposición que interpuso el demandante en contra de la

resolución sancionatoria, debido a que la misma se satisface con la sola declaratoria de nulidad de los actos administrativos.

Adicionalmente, se niega la pretensión décima principal del señor Archila Cabal, como quiera que las bonificaciones que habría dejado de percibir durante la investigación sancionatoria que se adelantó en su contra no tiene relación alguna de pertinencia o de causalidad con la declaratoria de nulidad de los actos demandados.

De otro lado, se niega la pretensión quinta principal de la demanda 2017-00363, tendiente a que se ordene el pago de una indemnización a favor de la señora Hilda María Pardo, por los perjuicios morales causados con la expedición de los actos acusados, toda vez que los mismos no fueron acreditados en debida forma por la demandante.

En igual sentido, y en cuanto concierne a la pretensión tercera referente a la corrección de la información respecto del estado de cuenta de la señora Pardo Hasche, se estima que ésta corresponde a la consecuencia automática de la nulidad aquí declarada, razón por la que no es necesario incluir una declaración en tal sentido.

Lo propio, en torno a la pretensión de los actores para que se realice la publicación de un aviso en los mismo términos y condiciones en los que la autoridad demandada habría ordenado la publicación de la sanción demandada. Tal decisión, en razón a que la sola declaratoria de nulidad de la sanción no conlleva *per se* a un acto de reparación en el sentido aducido por los accionantes. Dado que, se insiste, dicha clase de reparación carece de conexidad con el debate de legalidad aquí planteado y con los efectos de la nulidad que se declarará.

6. Condena en Costas

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

Por lo tanto, el Despacho considera que, en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas a la autoridad demandada, en la medida que, si bien se declaró la nulidad de los actos acusados, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la parte demandante.

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

FALLA

PRIMERO. Declarar la nulidad de las Resoluciones 7676 del 27 de febrero de 2017 y 34255 del 14 de junio de 2017, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

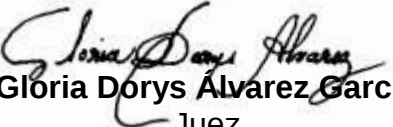
SEGUNDO. Ordenar, a la demandada, se abstenga de cobrar la multa impuesta y, en caso de que la misma ya haya sido pagada, proceda a realizar su devolución con la indexación correspondiente.

TERCERO. Denegar las demás pretensiones principales y subsidiarias de las demandas de la referencia.

CUARTO. Abstenerse de condenar en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Gloria Dorys Álvarez García
Juez

Firmado Por:

Gloria Dorys Alvarez Garcia
Juez
002
Juzgado Administrativo
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

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

Código de verificación:

edd60d6eca46001f4c8b20f8eaa40ae013bf474c521228b473093455f3f4ced8

Documento generado en 03/09/2021 10:22:12 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>