REPUBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**RESOLUCIÓN NÚMERO** 30226 **DE 2004**
( 30 NOV. 2004 )

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA,**

en ejercicio de sus facultades legales, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante escritos radicados bajo los números 03110918/00010027/ 00010018/00010029 del 30 de septiembre del año en curso, los doctores: MARTHA VICTORIA OSORIO BONILLA, en su condición de apoderada especial de Ditelco Ltda., Atuba S.A., y de su representante legal, Francisco Diez Vergara, propietario del establecimiento de comercio Comercializadora Suba, Santiago Vivas Luque- propietario del establecimiento de comercio El Ladrillazo, Juan Fernando Ruiz Santos y Germán Eduardo Suárez Rojas, propietarios del establecimiento de comercio Arcillas Andinas; LILIANA SARMIENTO MARTINEZ, actuando como apoderada de Constructora Lomalinda Ltda. y de su representante legal, Ladrillera Helios Ltda. y de su representante legal, Inverneusa S.A. y de su representante legal, y de Justo Ramón Carrillo Hernández; y JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, quien actúa como apoderado de Ladrillera Santafe S.A., Arcillas de Soacha S.A. y su representante legal, Cerámicas de América Ltda. y su representante legal, Ladrillera e Inversiones Sila S.A. en Reestructuración y su representante legal, interpusieron en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, recursos de reposición en contra de la resolución 20976 del 27 de agosto de 2004, por medio de la cual se resolvieron unas solicitudes de nulidades procesales.

**SEGUNDO:** Que los recursos interpuestos están orientados a que se revoque la decisión contenida en la resolución 20976 de 2004, y como consecuencia, se declare la nulidad de las pruebas testimoniales recaudadas en la etapa de averiguación preliminar, de la resolución de apertura N° 10092 de 2004, y de la actuación surtida con posterioridad a la misma. Los recurrentes sustentan sus peticiones, en síntesis, de la siguiente manera:

- **Argumentos presentados por la apoderada especial de Ditelco Ltda. y su representante legal, Atuba S.A. y su representante legal, Francisco Diez Vergara- propietario del establecimiento de comercio Comercializadora Suba; Santiago Vivas Luque, propietario del establecimiento de comercio El Ladrillazo, Juan Fernando Ruiz Santos y Germán Eduardo Suárez Rojas, propietarios del establecimiento de comercio Arcillas Andinas.**

***I. LA ACTUACIÓN CONFORME AL PROCEDIMIENTO APLICABLE***

*"Por considerar que constituye un aspecto esencial de las nulidades que fueron declaradas improcedentes en la resolución que se recurre, resulta de la mayor*

*importancia hacer referencia al procedimiento surtido por la Superintendencia en la etapa de Averiguación Preliminar, que concluyó con la apertura de una investigación contra mis poderdantes, según la decisión contenida en la Resolución 10092 del 12 de mayo del 2004, expedida por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.*

*"De acuerdo con lo dispuesto en las normas que regulan las actuaciones administrativas adelantadas por esa Superintendencia, el procedimiento se surte en tres etapas diferentes: la Averiguación Preliminar, la Investigación y el Informe Motivado". (...)* Para el efecto la recurrente se permite transcribir el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

*"Como se observa, la Averiguación Preliminar constituye una etapa previa que se inicia de oficio o a solicitud de parte, con la única finalidad de determinar la necesidad de abrir una investigación. (...)*

*"Por su parte, la norma también se ocupa de establecer el alcance de la etapa de Investigación, al definir las actividades que debe desarrollar la Administración durante la misma. Así, en esta etapa debe notificar al investigado la apertura de esa investigación, para que solicite las pruebas que pretenda hacer valer y, además, practicar las pruebas solicitadas y las que de oficio considere procedentes.*

*"Así las cosas, la etapa de Averiguación Preliminar impone a la Administración la obligación de evaluar unos hechos, examinar si los mismos concurren a la existencia de una conducta prohibida por las normas contenidas en el Decreto 2153 de 1992 y determinar, con base en las averiguaciones preliminares adelantadas, si es procedente la apertura de una investigación. La etapa de Investigación, por su parte, comprende la notificación a los investigados de la apertura de la misma, la práctica de pruebas solicitadas por los investigados o decretadas de oficio por la Administración, con el objeto de establecer si las conductas prohibidas efectivamente tuvieron ocurrencia y quienes son los responsables de las mismas, para concluir con un Informe Motivado sobre la ocurrencia de las infracciones, del cual se correrá traslado al investigado.*

*"Lo anterior significa, como claramente lo establece la norma en referencia, que la oportunidad de practicar pruebas es por definición, la etapa investigativa, lo cual resulta apenas lógico, puesto que los investigados ya están notificados de que existe una investigación en su contra y pueden ejercer el derecho de defensa, mediante la controversia e impugnación de las pruebas.(...)*

*"La interpretación de la norma citada en cuanto a la finalidad y alcance tanto de la etapa de Averiguación Preliminar, como de la Investigación, han sido destacadas en el sentido antes señalado por la Jurisprudencia citada por la misma Superintendencia [1], al señalar:*

> *'(...) Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una*

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 23 enero de 2003, M.P. Manuel Urueta Ayola, Actor Cooperativa Lechera Colanta Ltda.

*investigación administrativa, de modo que si ya dispone de ella en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C. C. A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento (...)"..*

Manifiesta la recurrente que *"En ese sentido, la sentencia es ilustrativa, pues concluye que la etapa de Averiguación Preliminar no es una etapa necesaria dentro de la actuación administrativa, como si lo es la investigación, etapa ésta que, en los términos de la sentencia, se inicia con el auto de apertura de la misma, su notificación a los investigados y la práctica de las pruebas, (...). En tal virtud, la sentencia hace recaer toda la actividad de instrucción y recaudo de pruebas en la etapa de investigación, previa su apertura y notificación a los investigados, para rodear a la actuación de las debidas publicidad y transparencia.*

*"En la presente actuación, la Superintendencia durante la etapa de Averiguación Preliminar desarrolló las actividades propias de la etapa de Investigación y le dio a la primera un alcance diferente al establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.*

*"La distinción en dos etapas diferentes ordenada por la norma citada, no es meramente formal. En la presente actuación, encontramos que la superposición de estas dos etapas del procedimiento, derivó en que la Superintendencia al surtir y anticipar la etapa de Investigación, bajo el expediente de la Averiguación Preliminar, desconoció las normas del debido proceso y del derecho de defensa pues, de un lado, no dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 y, del otro, no permitió que los investigados controvirtieran las pruebas cuya práctica decretó de oficio en el curso de esa investigación. Los investigados no fueron enterados por los medios legales de la existencia de una investigación que en su contra estaba adelantando la Superintendencia.*(...)

*"Como puede colegirse de la relación de pruebas decretadas y practicadas, es claro que la diversidad de actividades que realizó la Superintendencia dentro de la Averiguación Preliminar, por definición, son las que deben practicarse en la etapa de Investigación propiamente dicha, puesto que incluyó importante material probatorio recaudado a través de visitas y testimonios, investigó a todas las personas y empresas, que en su criterio se encontraban involucradas en los hechos investigados y, en consecuencia, la investigación realizada le permitió llegar a la formulación de cargos contenida en la resolución 100092 del 12 de mayo de 2004, como la misma entidad de control lo admite en varios apartes de la Resolución que mediante escrito se recurre.*

*"Así, en el Considerando 2°, numeral 1°[2], al referirse a la finalidad de la Averiguación Preliminar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se consigna lo siguiente:*

---

[2] Hoja No. 4 de la Resolución 20976.

*'(...) se dispuso de un trámite cuya primera fase es una averiguación preliminar, tendiente a determinar si existe o no mérito para abrir una investigación formal. En este sentido, la averiguación preliminar tiene un momento procesal concreto, el cual culmina con una de dos decisiones:*

- *Con un acto de apertura de investigación, en el que se vincula a unos investigados al proceso, **formulando cargos en su contra**; (...)' (Resaltado fuera de texto).*

*"De la lectura del aparte citado se tiene, sin lugar a equívocos, que en la presente actuación la Superintendencia decidió concluir la etapa de averiguación preliminar con un acto de Apertura de la Investigación (como se lee en la parte resolutiva) pero, al mismo tiempo, como se advierte en la parte considerativa de ese acto, decidió formular cargos contra las personas a quienes les notificó dicha apertura (como se lee en los considerandos cuarto y quinto).*

*"Es claro, entonces, que la Superintendencia superpuso las etapas del procedimiento, pues vincular a un investigado a la actuación significa que la Administración le está avisando que va a realizar una investigación en su contra, no que esa investigación ya está surtida, al punto que ya formuló cargos, esto es, determinó las infracciones y atribuyó las responsabilidades a personas y empresas determinadas.* (...)".

*"En el Considerando 2°, numeral 2°[3], al referirse a la violación al derecho de contradicción y controversia de la prueba, invocado en los escritos en los que se solicitó la nulidad, la Superintendencia se pronunció en el siguiente sentido respecto de la resolución 10092:*

> *'(...) Por consiguiente, el investigado sólo adquiere tal condición, una vez se decide abrir la investigación, **para lo cual en dicho acto se formulan unos cargos**, a fin de que quienes puedan ser responsables de los mismos, soliciten y aporten las pruebas que consideren oportunas y ejerzan su derecho de defensa y contradicción. (...)' (Resaltado fuera de texto).*

*"En el Considerando 2°, numeral 4°[4], al referirse al procedimiento adelantado en relación con la Averiguación Preliminar, la Superintendencia se pronunció en los siguientes términos:*

> *'(...) Siendo que la resolución de apertura constituye el acto a través del cual la Administración formula cargos, es apenas lógico que además de estar debidamente motivada, con la expresión de los fundamentos fácticos y normativos individualice a las personas contra las cuales se está abriendo la correspondiente investigación. (...)'*

*"Al referirse al cargo de tipicidad de las conductas constitutivas de la infracción, la Superintendencia concluye lo siguiente:*

> *'(...) Dado que el acto de apertura constituye la formulación de cargos, con base en unos aspectos normativos previamente establecidos, es evidente por la autoridad que*

---

[3] Hoja No. 13 de la Resolución 20976
[4] Hoja No. 17 de la Resolución 20976

*interviene, como por la actividad de que se trata, que el cargo de nulidad presentado resulta por completo desacertado. (...)'*

*"Entonces y en este orden de ideas, en el presente caso la Superintendencia dio un alcance diferente al previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, a la etapa de Averiguación Preliminar, al punto que formuló cargos a mis poderdantes, cuando la norma establece que la conclusión de la misma sólo puede ser ordenar la apertura de una investigación, la cual debe ser notificada a los investigados. Por supuesto, existen diferencias fundamentales entre el hecho de que a una persona la vinculen a un proceso como investigado, frente a su vinculación a partir de un pliego de cargos, que comprende la determinación de una infracción y la atribución de su participación y responsabilidad en la conducta prohibida.*(...)

***"II. OPORTUNIDAD PARA LA CONTRADICCIÓN DE PRUEBAS***

*"Como se demostró a espacio, la Superintendencia realizó la Investigación dentro de la etapa de Averiguación Preliminar, no obstante que los investigados no fueron oportunamente notificados de que esa entidad estuviere adelantando una investigación en su contra. En estas condiciones, la Superintendencia no garantizó a mis representados el debido proceso y del derecho de defensa, pues a más de no haber observado el procedimiento establecido en el citado artículo 52, no les permitió ejercer la contradicción y controversia sobre las pruebas que de oficio decidió decretar y practicar esa entidad.*

Más adelante la recurrente señala que con base en la Sentencia C 214-94, esta Superintendencia concluyó: *'(...) Teniendo por sentado como lo hace la Corte, que no todas las especies que componen el derecho sancionador son iguales y que por tal razón, pese a que contienen elementos comunes, también contienen diferencias que no pueden ser desestimadas, se concluye que no es posible extender los principios del procedimiento penal o del procedimiento disciplinario al derecho correccional, como lo pretenden los solicitantes de la nulidad, pues se trata de especies de derecho sancionatorio con características distintas y que por tal razón tiene un tratamiento jurídico y procesal diferente (...)'*

Sobre el particular, en criterio de la recurrente (...) *"no resulta acertada la conclusión a la cual arribó la Superintendencia, pues, se insiste, la Corte no desconoce la aplicación de los principios del derecho penal a estas actuaciones. Por el contrario, admite su aplicación, pero deja al intérprete y al juzgador, de acuerdo con las normas propias de su procedimiento, que evalúe y determine cómo se aplican estos principios.*

*"[L]a Superintendencia rechazó de plano la aplicación de los derechos de contradicción y controversia de la prueba durante la etapa de Averiguación Preliminar, que en realidad fue una etapa de investigación, por considerar que los principios del derecho penal no se aplican al derecho administrativo sancionatorio, para lo cual se apoyó en la sentencia citada, sin reparar en la consideración invocada por la Corte, según la cual los principios del derecho penal se aplican con ciertos matices a otras disciplinas sancionatorias".*

Señala que *"si bien la apertura de la investigación no es un acto definitivo, la Superintendencia, al haber adelantado no la Averiguación Preliminar sino la investigación,*

*durante la práctica de las pruebas recaudadas contra mis representados no les dio la oportunidad de controvertirlas".*

***"III LA RESERVA DE LA AVERIGUACIÓN PRELIMINAR. EL TRÁMITE ADMINISTRATIVO Y LA ETAPA EN LA QUE SE VINCULA AL INVESTIGADO AL PROCESO.***

Sobre el particular, señala la apoderada que *"[p]ara fundamentar la unilateralidad de la actuación de la Administración, la reserva de sus actividades de averiguación y la falta de vinculación de los investigados durante la etapa de Averiguación Preliminar, la Superintendencia invoca el contenido de la sentencia de la Corte Constitucional, C – 599/92, M.P. Fabio Morón Díaz, en la cual el Alto Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de las normas del procedimiento cambiario".*

*"Al efecto, la sentencia referida admite la reserva de la actuación administrativa durante el trámite de la averiguación preliminar y acepta que no se vincule a las personas comprometidas en las infracciones, por considerar que esta etapa así concebida, resulta recomendable para el fin de la normatividad correspondiente y del orden jurídico establecido. Para la Corte esta clase de procedimiento de la Administración, se constituye en un privilegio que consulta el interés público, el cual debe ser asegurado por la autoridad pública"..*

Manifiesta que con base en la sentencia C-599/92, la Superintendencia concluyó que dado (...) *"que en esta etapa no se ha vinculado ningún investigado, la ley permite y la Corte Constitucional avala que dicha etapa sea reservada y que en ella no participen terceros, por lo cual no se viola derecho, cuando en desarrollo de la averiguación preliminar se adelantan diligencias o actuaciones sin la participación de quienes eventualmente pudieran ser vinculados al proceso administrativo, mediante un acto en el cual se le formulan cargos. (...)' La averiguación preliminar constituye una etapa en cual no existe ni debate, ni investigados, pues solamente actúa la Administración tratando de establecer la necesidad o no de iniciar investigación formal, como lo reconociera el Consejo de Estado (...)".*

La recurrente cita jurisprudencia del Consejo de Estado[5], de la cual destaca que *"[e]s de aclarar que en la sentencia citada, el Consejo de Estado se pronunció en el sentido de señalar que la etapa de Averiguación Preliminar no era obligatoria dentro del procedimiento adelantado por la Superintendencia, lo cual significa que, a diferencia de lo argumentado por el ente de control, si el Alto Tribunal ha acogido tal interpretación de la norma, es porque considera que las actividades investigativas deben surtirse, valga la redundancia, en la etapa de investigación (léase la apertura de la investigación, su notificación a los interesados y el decreto y práctica de pruebas), que se inicia a partir del conocimiento de la actuación por parte de los interesados, para su impugnación y controversia, en un todo de acuerdo con las reglas del debido proceso y derecho de defensa".*

En opinión de la recurrente *"[e]n la práctica y a diferencia de lo dispuesto en la Resolución 20976, encontramos que la Superintendencia durante el curso de la Averiguación Preliminar si había determinado los investigados, puesto que dirigió todas sus actividades investigativas a establecer los hechos y conductas presentadas por unas personas y empresas*

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 23 de enero de 2003, M.P: Manuel Urueta Ayola, Actor Cooperativa Lechera Colanta Ltda.

*determinadas; por supuesto, la inexistencia del debate dentro de esta etapa de la actuación no se surtió porque la Superintendencia no puso en conocimiento de los investigados la existencia de una investigación en su contra, (...)*

*(...) "En oposición al criterio de la Superintendencia, en la Averiguación Preliminar adelantada si había investigados. Cosa diferente es que no se les vinculó a la actuación y, menos aún, se les permitió ejercer sus garantías constitucionales del debido proceso y derecho de defensa.*

*"Por lo expuesto, se reitera la solicitud formulada, en el sentido de declarar la nulidad de las actuaciones surtidas, así como la Resolución 10092 del 12 de mayo de 2004, en virtud de que se desconoció el derecho de contradicción y controversia de las pruebas y, por ende, el debido proceso y el derecho de defensa, según lo dispuesto en los artículos 29 de la Constitución Política, 52 del Decreto 2153 de 1992 y 3° del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos pertinentes del Código de Procedimiento Civil.*

***"IV. FRENTE A LAS PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS DE OFICIO***

***1. Solicitud formulada***

*"Se solicitó declarar la nulidad de los testimonios recaudados en la etapa de "averiguación preliminar", por cuanto, para la práctica de los mismos la Superintendencia no observó las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de pruebas, como sin excepción alguna lo ordena el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992".*

*"Lo anterior por cuanto, en los interrogatorios efectuados en la mencionada etapa, buena parte de los cuales se menciona en la Resolución 10092 del 12 de mayo del 2004 y sirven de sustento a la misma, la Superintendencia no observó lo dispuesto en los artículos 174, 179, 217 y 228 del citado Código".*

*"En efecto, la Superintendencia decretó y practicó los testimonios de Jacinto Rivera Arias y Enrique Londoño Escobar, en su orden, Gerente de Ladrillera el Trébol y socio y Director de Producción y Ventas de Ladrillera del Meta, sin que dichos testigos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier otro acto procesal. Recuérdese que la presente actuación administrativa, como se afirma en el considerando Tercero de la Resolución 10092, se inició de manera oficiosa y las primeras pruebas que se practicaron fueron los mencionados testimonios, cuya recepción tuvo lugar el 23 de diciembre del 2003, cuando ninguna otra actuación se había surtido. Al respecto cabe preguntar: con fundamento en que prueba o actuación pudo establecer esa Superintendencia que los mencionados testigos podían declarar sobre los hechos que de oficio decidió investigar?"*

*"A ninguno de los testigos se le informó acerca de los hechos objeto de declaración. Según consta en las respectivas actas, contentivas de tales testimonios, la Superintendencia se limitó a señalarles que el objeto de la diligencia era '... rendir testimonio sobre los hechos materia de la averiguación preliminar que actualmente realiza esta Superintendencia bajo el número 03110918'. Al respecto cabe preguntar: cómo podían saber esos testigos los hechos materia de esa averiguación?"*

*"En el caso de la declaración de María Eugenia Perdomo Salas, propietaria del Depósito Prado Veraniego, ni siquiera se le tomó el juramento, como lo exige el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto cabe anotar que el hecho de que el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil autorice al juez para recibir declaraciones de testigos en las diligencias de inspección judicial, no significa que también lo autorice para apartarse de los requisitos y formalidades exigidos para la práctica de la prueba testimonial.*

La recurrente manifiesta no estar de acuerdo con los argumentos de la Superintendencia, si se tiene en cuenta que:

*"**(i)** Disposición alguna establece que el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable a los testimonios que decreta y practica la Superintendencia de Industria y Comercio en la averiguación preliminar.*

*El numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, al atribuirle a la Superintendencia de Industria y Comercio la función consistente en 'Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones (...)', ninguna excepción establece en el sentido de que tales formalidades no deba observarlas la Superintendencia cuando dichos testimonios se practiquen en la etapa de averiguación preliminar.*

***(II)** El que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 exija a la Superintendencia de Industria y Comercio, a efectos de determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, iniciar actuaciones de oficio o por solicitud de terceros y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación, es suficiente para concluir que en la mencionada etapa sí existe un procedimiento formal.*

*Ahora bien, es claro, como se menciona en la sentencia C-599/92, citada en el acto impugnado, que la averiguación preliminar constituye apenas una etapa inicial, que no informal, de la actuación administrativa, enderezada '... preliminarmente a determinar objetivamente la comisión de infracciones ..., y no a atribuir o devenir responsabilidad en cabeza de alguna persona', circunstancia que explica porqué en esta etapa no deben existir partes o, lo que es más indicado, personas vinculadas o inculpadas.*

*Sin embargo, dada la forma en que esa entidad adelantó la denominada 'averiguación preliminar'; el cúmulo de pruebas que en la misma se decretaron y practicaron; las preguntas que en el curso de las declaraciones juramentadas se formularon, y la finalidad que con todas estas pruebas se buscó, que no fue otra diferente a demostrar tanto la existencia de la supuesta infracción como la de los supuestos responsables de la misma, es evidente que en la presente actuación administrativa la etapa de averiguación preliminar fue más allá del propósito para el cual se ha establecido y, en esa medida, también es claro que en la misma sí existieron 'partes', que no son otras que las personas respecto de las que, según la Resolución 10092, la Superintendencia decidió abrir investigación.* (...)

Reitera la apoderada que, *"no es cierto, como lo afirma esa Superintendencia, que en la actuación adelantada como paso previo a la expedición de la Resolución 10092 no hubieren existido partes. Si existieron y a un buen número de ellas se les llamó a declarar bajo la gravedad del juramento. Luego, entonces, este argumento no puede servir de base para desestimar la aplicación del citado artículo 179. Cosa distinta es que a esas 'partes' la entidad de vigilancia y control no les hubiera permitido ejercer sus derechos de contradicción y defensa.*

Más adelante, manifiesta que:

*" (I) De tiempo atrás la jurisprudencia y la doctrina nacional han precisado que el decreto de pruebas de oficio a que se refiere el artículo 179 debe considerarse respecto de las pretensiones de las partes (demandante y demandado) y no de sus alegaciones.*

*En estas condiciones, no resulta válida la argumentación que sobre el contenido y alcance de la citada disposición presenta la Superintendencia.*

*En todo caso, con dicha argumentación se llegaría al absurdo de considerar que el juez sólo podría, de oficio o a petición de parte, decretar las pruebas que considere útiles, únicamente en la oportunidad que procesalmente tienen las partes para alegar, que no es otra que la que se les concede vencido el término para practicar pruebas. Ello, a su turno, también llevaría al absurdo de concluir que en la actuación que adelante la Superintendencia en desarrollo del numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153, nunca tendría aplicación el artículo 179 del Código de Procedimiento Civil, pues según el procedimiento establecido en el artículo 52, el mismo no da a los investigados la oportunidad de 'ALEGAR', ni en la averiguación preliminar, ni en la etapa de investigación, ni en la etapa del traslado.*

*(II) Contrario a lo que sobre el particular anota la Superintendencia, el numeral 3° del artículo 246 del Código de Procedimiento Civil confirma la necesidad de que, para decretar testimonios de oficio, los testigos aparezcan citados en otras pruebas. En el caso de la disposición en comento esa prueba no es otra que la propia inspección judicial, en la que se le permite al juez recibir documentos y declaraciones de testigos, bajo el entendido, por supuesto, de que esos documentos y testigos han sido mencionados en esa diligencia.*

*En todo caso, vale la pena reiterar que ninguna visita de inspección había practicado la Superintendencia al momento en que decidió decretar y practicar los testimonios de Jacinto Rivera Arias y Enrique Londoño Escobar.*

*(III) A la luz de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 153 de 1887 y el Decreto 2153 de 1992, no existe razón para efectuar un análisis de la prevalencia en el tiempo del Código de Procedimiento Civil y del Decreto 2153 de 1992, pues es este último el que en su artículo 2, numeral 12, claramente establece que la función consistente en interrogar bajo juramento debe cumplirse "con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil.*

*En consecuencia, al no haber incompatibilidad entre las mencionadas normas mal puede plantearse un conflicto en su aplicación.*

*Ahora bien, el hecho de que la Superintendencia tenga la facultad de interrogar a "cualquier persona", no significa que la misma la habilite o autorice para hacerlo sin observar las formalidades exigidas en el procedimiento civil para esta clase de pruebas. Tampoco la obligación que constitucionalmente se ha atribuido a esta entidad, consistente en impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado, la autoriza para decretar y practicar testimonios sin formalidad de ninguna clase.*

*(I) Las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo y del Consejo de Estado, que se citan en la nota a pie de página número 13 del acto recurrido, no tienen cabida en el presente caso, como que en ellas se analiza el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual, durante la actuación administrativa se puede '... pedir y decretar pruebas y allegar informaciones, sin requisitos ni términos adicionales, de oficio o a petición del interesado'.*

*Esta disposición no tiene aplicación tratándose de los interrogatorios que bajo la gravedad del juramente decrete y practique la Superintendencia de Industria y Comercio pues, se insiste, conforme al numeral 12 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, para ello debe observar las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil.*

*(II) Así, pues, si ninguna disposición establece excepciones al artículo 2º, numeral 12, del Decreto 2153, es claro que en el decreto y práctica de interrogatorios bajo juramento, así tengan lugar en la averiguación preliminar, la Superintendencia debe observar las formalidades que al efecto establece el Código de Procedimiento Civil, entre ellas las consagradas en los artículos 174, 179, 217, 227 y 228.*

*Esta circunstancia, por sí sola, es suficiente para demostrar la falla de la argumentación propuesta por la Superintendencia, pues si el legislador no estableció excepciones, ello denota simplemente la obligada observancia a las formalidades que tratándose de la prueba testimonial establece el Código de Procedimiento Civil, siendo claro, por supuesto, que tales excepciones no las puede establecer a su conveniencia la entidad de control.*

*Entonces y en este orden de ideas, las razones expuestas en los incidentes de nulidad formulados son absolutamente válidas y deben, en consecuencia, ser rebatidas por esa entidad, controvirtiendo los elementos de juicio que con claridad allí se exponen, y no con fundamento en la supuesta existencia de excepciones, cuya consagración no confirma el texto de la norma tantas veces mencionado ni ninguna otra disposición.*

*Se confirma, entonces, que para el decreto y práctica de los testimonios mencionados la Superintendencia no observó la ley, lo que significa que dichas pruebas se obtuvieron con violación al debido proceso y, en esa medida, son nulas conforme al artículo 29 de la Constitución Política.*

*De acuerdo con lo anterior, con la decisión adoptada en la Resolución recurrida se VIOLA EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA.*(...)

***V PRINCIPIO DE TIPICIDAD***

***1. Solicitud formulada***

*Como se expuso y demostró espacio líneas atrás, en lugar de determinar la necesidad de realizar una investigación, la Superintendencia decidió en la 'averiguación preliminar',*

*instruir toda la investigación. Resultado de la misma son los cargos que se formulan en la Resolución 10092 del 2004 a todas las personas respecto de las cuales supuestamente esa entidad decidió abrirles investigación.*

*La anterior situación, como es apenas obvio, implicó una revisión de los mencionados cargos, la cual permitió observar que para su formulación la Superintendencia no realizó un análisis completo en el proceso de adecuación típica, contrariando así el principio de tipicidad y, con ello, el debido proceso.(...) la Superintendencia estimó infundados los cargos de nulidad formulados en relación con el proceso de adecuación efectuado en la Resolución 10092 del 2004:* (...), decisión con la cual no está de acuerdo la recurrente, si se tiene en cuenta que:

*"(I)* (...) *"en ningún momento se discutió la violación del principio de legalidad, bajo la perspectiva de que la Superintendencia de Industria y Comercio, en desarrollo de una supuesta función legislativa, no hubiere definido las conductas objeto de reproche. Como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, el principio de legalidad en la práctica se descompone en los de reserva legal y de tipicidad o taxatividad, que resultan esenciales a aquél.*

*Ello, a su turno, supone que para proteger la libertad jurídica de los ciudadanos, controlar la arbitrariedad de los funcionarios estatales y asegurar la igualdad de las personas ante la ley no basta el principio de legalidad en sentido formal o reserva legal y en sentido estricto, también denominado como el principio de tipicidad o taxatividad, pues los mismos deben ser complementados con una labor en la que la administración necesariamente debe verificar si una conducta concreta se adecua a la descripción abstracta realizada por la ley. Solo así el principio de legalidad cumple su función garantista y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal, como que le permite al administrado conocer no sólo las conductas cuya acción u omisión se prohíben sino, además, la correcta labor de la administración en el proceso de adecuación típica, de manera que la misma se oriente a determinar si, conforme a los hechos investigados y probados en el proceso, el investigado es responsable o no de las violaciones que se le imputan.*

*(II) En el presente caso, como se expuso espacio líneas atrás y lo prueba la Resolución 10092, 'el proceso de construcción mental, a través del cual se confronta el comportamiento investigado con la norma imputada', lo efectuó la Superintendencia en el momento en que, con base en las pruebas que de oficio decretó y practicó en el período comprendido entre el 23 de diciembre del 2003 y el 11 de mayo del 2004, no sólo culminó la investigación sino que, además, decidió formular los cargos.*

*(III) En estas condiciones y como claramente se advierte en la Resolución recurrida, la Superintendencia desconoció el debido proceso y todas sus garantías, pues es indiscutible que, a más de anticipar la investigación, concluyó la adecuación normativa.*

*(IV) Así las cosas, al haber anticipado la Superintendencia la etapa de investigación y, con ello, la formulación de los cargos, necesariamente ha debido hacer un análisis pormenorizado y definitivo que le permitiera efectuar la debida adecuación de las conductas investigadas en las normas cuya violación se imputa a mis representados.*

*(V) Lo antes expuesto se confirma con los apartes de la sentencia del Consejo de Estado transcritos en el acto impugnado. En efecto, con el pliego de cargos, que en el presente caso se formuló con la Resolución 10092, culminó la fase de la investigación administrativa y se dio inicio a la subsiguiente, en la que se da al inculpado la posibilidad de controvertir los cargos esgrimidos en su contra. Esta segunda fase sí remata*

*normalmente en un acto definitivo, que no es otro que aquél que decide si hay lugar o no a imponer sanción en virtud de los cargos formulados.*

*(VI) Ahora bien, al reconocer la Superintendencia que para la formulación de los cargos no realizó un análisis 'pormenorizado y definitivo respecto a la subjunción de la conducta en la norma analizada', se confirma que por este aspecto también se desconoció el principio de legalidad y, de contera, la garantía constitucional del debido proceso.*

*No debe olvidarse que si bien el Estado goza del llamado 'ius puniendi', en cuya virtud corresponde a sus autoridades imponer los castigos previstos en la ley a quienes infringen sus preceptos, tal facultad sólo es legítima cuando se ajusta a los límites y condiciones impuestos por la Constitución y por la ley.*

## *VI PRINCIPIO DE LA NO AUTOINCRIMINACION*

Igualmente señala la apoderada de las empresas que *"[e]n guarda de los principios constitucionales del debido proceso, de la no autoincriminación y de la imparcialidad, se solicitó a la Superintendencia declarar nula la utilización que en su contra se hizo de las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por Néstor Raúl Cruz Maldonado, Camilo Gutiérrez Hinojosa y Santiago Vivas Luque, por considerar para esos efectos las mismas deberían considerarse inexistentes.*

*Al respecto estima la Superintendencia que por ser la presente actuación de naturaleza administrativa y no criminal, "la petición de nulidad basada en el principio de no autoincriminación, carece de sustento en el presente proceso, con base en las razones que reiterada y constantemente ha expresado la Corte Constitucional."*

*Pues bien, tal como lo señaló el señor Procurador General de la Nación en el concepto número 2792 el 4 de febrero de 2002, que emitiera con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad resuelta en la Sentencia C-422 del 2002, que se cita en el acto recurrido (nota a pié de página número 28), '(...)el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, o contra sus parientes más allegados –artículo 33 C.P.- armoniza con el derecho a la libertad, con el principio de dignidad humana y con la presunción de inocencia del imputado, que le imponen al Estado la carga de probar el punible del que se acusa a las personas para poder proferir una condena en contra de las mismas –artículos 2°, 28 y 29 idem-. 'En ese sentido insiste en que la mencionada garantía constituye un límite al poder punitivo del Estado y un elemento primordial del derecho de defensa, que debe ser observada tanto en las actuaciones penales, como en las administrativas sancionadoras debido a la naturaleza represiva de unas y otras.'*

A partir de la cita que hace la recurrente de las sentencias 129 de octubre 17 de 1991 C.S.J. y C-426-97 de la Corte Constitucional manifiesta: (...) *"Es por ello, precisamente, que en la Sentencia C-426 de 1997, la Corte Constitucional concluye la no aplicabilidad del artículo 33 '... en los asuntos de competencia de la jurisdicción civil, laboral y administrativa, atendiendo i) a la 'tradición constitucional' en la materia, ii) a los antecedentes de la disposición y iii) al texto de los artículos 83, 96.7 y 228 de la Carta, (...)'.*

*En estas condiciones, si bien la prohibición del artículo 33 de la Carta Política no puede hacerse extensiva a los asuntos en que se ventilan intereses particulares, es claro que tiene plena aplicación en las actuaciones o procesos en los que el Estado ejerce su poder punitivo, pues en dicho ejercicio no sólo tiene la carga de la prueba sino, también, la obligación de garantizar el respeto al principio de la presunción de inocencia.*

*Huelga anotar que las actuaciones que, en desarrollo de las funciones consagradas en el artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio no son asuntos de jurisdicción civil, laboral o contenciosa. Son, como su claro texto lo dice, de carácter administrativa, no jurisdiccionales, a través de las cuales el Estado ejerce funciones punitivas.*

*A lo anterior debe agregarse que, como también se expuso en la Sentencia C-422 del 2002, citada en el acto impugnado, '(...) ante diversas disposiciones del ordenamiento que concretan el deber constitucional de la persona y del ciudadano de colaborar con la administración de justicia en la obligación de rendir declaración sobre los hechos objeto de investigación o de litigio, la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado destacando el valor de la prueba testimonial en el esclarecimiento de la verdad, sin perjuicio del derecho del detenido, sindicado o procesado a no ser obligado a incriminarse, como tampoco a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*

*Ahora bien, debe la Corte llamar la atención acerca de que no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orientador de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no auto incriminación 'solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía' es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas.*

*Así las cosas, considera la Corte que más que a la naturaleza específica de los asuntos de que se trate debe atenderse como criterio preponderante, definidor del ámbito de aplicación de la regla contenida en el artículo 33 constitucional, el carácter relevante de la información en función de la protección de la garantía de no autoincriminación, que se repite, puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas con el Estado.*

*Así las cosas, es claro que en la presente actuación resulta aplicable el artículo 33 de la Constitución Política y, por consiguiente, ruego a esa Superintendencia considerar los argumentos que al respecto se expusieron en los escritos de nulidad presentados en representación de Néstor Raúl Cruz Maldonado, Camilo Gutiérrez Hinojosa y Santiago Vivas Luque.*

*Para terminar este aparte quiero llamar la atención de esa Superintendencia sobre el hecho de haberse decretado y practicado las pruebas testimoniales de Néstor Raúl Cruz Maldonado y Santiago Vivas Luque cuando se había recaudado la casi totalidad de las pruebas en el curso de la investigación. En efecto, para el 21 de abril del 2004, fecha en que se recepcionan los mencionados testimonios, con excepción de la declaración de Gloria Sterling León, la Superintendencia ya había practicado las demás pruebas.*

*La de Camilo Gutiérrez Hinojosa, por su parte, se recepcionó cuando ya se habían recibido los testimonios de Jacinto Rivera Arias y Carlos Enrique Londoño Escobar y cuando ya se había practicado la visita a Atuba S.A.*

*A lo anterior se agrega que al momento de recepcionar los testimonios, a Camilo Gutiérrez Hinojosa únicamente se le puso de presente que la declaración debía rendirla bajo la gravedad del juramento, con la advertencia de que el incumplimiento a la obligación de manifestar la verdad le acarrearía las sanciones previstas en el Código Penal.*

*Por su parte, a Néstor Raúl Cruz Maldonado y a Santiago Vivas Luque únicamente se les dijo que debían rendir un testimonio '... relacionado con la averiguación preliminar radicada bajo el número 03110918, por la presunta infracción a las normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas'.*

*Por supuesto que a ninguno de se le dijo que estaba siendo investigado por esa Superintendencia por la presunta infracción a normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas, con las consecuencias que ello podía acarrearles. La Constitución vigente, en su artículo 83 consagró el principio de la buena fe, así:*

> ***'Artículo 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.'*

Con fundamento en lo expuesto, la recurrente solicitó a nombre de sus representados (...) *revocar la decisión adoptada en la Resolución impugnada y, como consecuencia de ello, declarar la nulidad de las pruebas testimoniales recaudadas en la presente investigación, al igual que de la Resolución 10092 del 12 de mayo del 2004 y la actuación surtida por la Superintendencia con posterioridad a la misma."*

- **Argumentos presentados por la apoderada especial de Constructora Lomalinda Ltda. y su representante legal; Inverneusa S.A. y su representante legal; Ladrillera Helios S.A. y su representante legal y Justo Ramón Carrillo Hernández a nombre personal.**

La apoderada manifiesta su inconformidad respecto de la actuación conforme al procedimiento, la oportunidad para la contradicción de las pruebas, la reserva de la averiguación preliminar, el trámite administrativo y la etapa en la que se vincula al investigado al proceso, la inobservancia de las formalidades previstas en el Código de Procedimiento Civil para la recepción de las pruebas de acuerdo con el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992", y la aplicabilidad del artículo 179 del Código de Procedimiento Civil. Las razones de su recurso se fundamentan en argumentos idénticos a los expuestos anteriormente por la apoderada de la sociedad Ditelco y otros.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

- **Argumentos presentados por el apoderado especial de Ladrillera Santafe S.A. y su representante legal; Arcillas de Soacha S.A. y su representante legal; Cerámicas de América Ltda. y su representante legal; Ladrillera e Inversiones Sila S.A. y su representante legal.**

*"MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA DECISIÓN DE LA SIC*

"(...)
*1) El artículo 179 del CPC es aplicable a todos los interrogatorios que decrete y practique la SIC, por los siguientes motivos:*

*(i) La norma que consagra esa exigencia no establece distinción alguna respecto del momento en que se practique dicho interrogatorio, por lo cual carece de sustento legal la diferenciación intentada por la SIC en la resolución. En efecto, el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 señala que:*

> *'La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*
>
> *'Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones'. (Destacado mío)*

*El sentido de la ley es claro, por lo cual no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 Código Civil). El Decreto 2153 de 1992 se expidió en desarrollo de las facultades otorgadas al gobierno nacional en el articulo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991 con el fin de poner las funciones de la SIC 'en consonancia con los mandatos' de la Carta Política, dentro de los cuales se encuentra el articulo 29 que ordena que: 'El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas'. La SIC no cuenta con ninguna atribución legal que le permita desatender el mandato claro e imperativo del numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 que, por vincularse con un derecho fundamental, como lo es el debido proceso, constituye una disposición de orden público y de obligatorio cumplimiento.*

*(ii) El argumento de la SIC que condiciona la remisión que hace el numeral 12 del articulo 2° del Decreto 2153 de 1992 al Código de Procedimiento Civil, a lo que denomina 'procesos contenciosos' constituye una diferenciación arbitraria e ilegítima, pues no solo es contraria al tenor literal de la ley, que no establece diferenciación alguna, contraria a sus propias atribuciones, que no le permiten establecer diferenciaciones que la ley no contiene, sino que se soporta en un criterio indeterminado 'procesos contenciosos entre partes'. Si con dicho concepto quiere hacerse alusión a un proceso donde exista demanda y contestación de la misma, a semejanza de lo que ocurre en el procedimiento civil, la invalidez de este criterio salta nuevamente de bulto, al advertir que para la fecha de expedición del Decreto 2153 de 1992, la SIC no contaba con ninguna función que la facultara para resolver 'procesos contenciosos entre partes', lo cual llevaría implícito la inaplicación absoluta de la norma, criterio interpretativo que es inaceptable.*

*(iii) Por las mismas razones que se consignan en el ordinal precedente resultan carentes de fundamento las argumentaciones de la SIC que pretenden hacer inaplicable la remisión que con claridad meridiana hace su propio estatuto orgánico (Decreto 2153 de 1992) a las reglas del Código de Procedimiento Civil, en materia de interrogatorios, argumentando la supuesta inexistencia de procedimiento y de partes en la averiguación preliminar. A lo ya dicho en el sentido que este es un criterio arbitrario e ilegitimo de diferenciación, en cuanto no está autorizado ni previsto por la ley, debe agregarse que la*

*averiguación preliminar está prevista justamente dentro del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, titulado y relativo al procedimiento para determinar la infracción a las normas de promoción de la competencia y el presunto infractor está reconocido expresamente como parte de dicho procedimiento.*

*(iv) Dice la SIC que el artículo 179 se aplica cuando las partes ya han alegado. Sobre este particular baste con remitirnos a que la oportunidad de solicitar y aportar pruebas es anterior a los alegatos de conclusión y a la ubicación del artículo 179 dentro del CPC, en la sección 'Régimen Probatorio'. La teoría general de los procesos enseña que las pruebas son antes que los alegatos y demuestra que en el contexto de dicho artículo la expresión 'alegaciones', antes que referirse a la etapa conclusiva del proceso, alude a lo aducido por los intervinientes en cualquier etapa del mismo.*

*(v) No puede plantearse un conflicto de prevalencia en el tiempo y en la materia entre el Decreto 2153 de 1992 y el Código de Procedimiento Civil, para justificar la inaplicación del artículo 179, como lo hace la SIC. En este caso existe una remisión del primero respecto de las reglas del segundo, por lo cual forman un solo cuerpo. Mal puede entonces resultar contrario al artículo 333 de la Constitución y a la función de la SIC la aplicación de las reglas que surgen de dicha remisión.*

*2) Los argumentos de la SIC vinculados con la contradicción de la prueba tampoco son válidos, como pasa a exponerse:*

*El fundamento planteado por el suscrito en la solicitud de nulidad se sustenta en la ley civil, esto es, en la remisión que hace el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 al Código de Procedimiento Civil, como puede leerse sin dificultad en mi escrito inicial. En tal virtud, las omisiones en que se incurrió en los interrogatorios, como también puede leerse en mi escrito, son las que contempla el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, que es el estatuto al cual remite el Decreto 2153 de 1992. No está soportado mi argumento, como lo entendió la SIC, en que a la actuación que adelanta la SIC, en materia de prácticas comerciales restrictivas, le son aplicables exactamente las mismas normas del procedimiento penal, que fue el 'argumento' del que se ocupó extensamente en controvertir esa entidad.*

*Lo que sí se dijo, por parte del suscrito, y ahora se reitera, es que el debido proceso se aplica a toda clase de actuación administrativa (art. 29 CP) incluida la etapa de averiguación preliminar y que en un caso 'análogo' ('Que pueden adoptar aspecto semejante por cumplir determinada función, pero que no son homólogos', según el DRAE), en materia penal, la Corte Constitucional estableció que en la averiguación preliminar no tiene porque (sic) limitarse la controversia probatoria, aspecto que también ratifico hoy.*

*En este sentido, como lo tiene establecido la Corte 'debe advertirse que lo que supone el artículo 29 de la Carta, en su primer inciso, no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio;' en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas.*

*Del contenido del artículo 29 de la Carta y de otras disposiciones conexas, se infiere que el derecho al debido proceso se desagrega en una serie de principios particularmente dirigidos a tutelar la intervención plena y eficaz del sujeto procesal y a protegerlo de la*

*eventual conducta abusiva que pueda asumir la autoridad que conoce y resuelve sobre la situación jurídica sometida a su decisión. En tal virtud, y como garantía de respeto a dichos principios, el proceso se institucionaliza y normatiza, mediante estatutos escritos que contienen mandatos reguladores de la conducta de las autoridades administrativas o judiciales, encaminados a asegurar el ejercicio regular de sus competencias.*

*Esta sola precisión haría innecesario tener que referirse a la amplia jurisprudencia citada por la SIC para controvertir un argumento no planteado; sin embargo, como las citas jurisprudenciales contienen imprecisiones y están descontextualizadas, bien vale la pena puntualizar lo siguiente:*

*Lo dicho por la Corte respecto de la investigación preliminar en materia cambiarla se explica exclusivamente en las normas propias de dicha materia y constituye, como la propia Corte lo ha establecido, una postura excepcional en dicha materia. Resulta impropio, por consiguiente, extender tales consideraciones a la materia debatida en este caso, donde no solo la temática es distinta, sino que existe norma expresa que remite al Código de Procedimiento Civil.*

*En la sentencia C-010/03. Referencia: expediente D-4049. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 24 (parcial) y 30 del Decreto 1092 de 1996, 'por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN' Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil tres (2003), se puede leer ampliamente sobre el carácter excepcional de esa doctrina para la sola materia cambiaria.*

*En la Sentencia SU-620/96 la Corte hace aplicables las garantías probatorias plenas en las etapas previas y de juicio fiscal, que son expresión de la facultad investigativa de la administración.*

*No existe tampoco norma que haga reservada la averiguación preliminar en prácticas comerciales restrictivas. Constituye una arbitrariedad esa pretensión del escrito que resuelve la nulidad.*

*Como lo dice la Corte en las sentencias citadas, la autoincriminación rige en materia correccional y esta investigación es una expresión de dicha especie de proceso; por tanto resulta inválido tratar de hacer inaplicable esta prohibición al presente caso.*

*El memorando citado por la SIC, de fecha 19 de diciembre de 2003, antes que controvertir demuestra que la averiguación fue adelantada por funcionario que no está legalmente autorizado para el efecto.*

**TERCERO:** Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, en el presente acto serán resueltos todos los aspectos señalados y los que surgieren con ocasión de los recursos presentados.

Atendiendo a los principios de economía y celeridad que gobiernan la actuación administrativa,[6] se resolverán de manera conjunta los recursos interpuestos. Para tales efectos, téngase en cuenta que los apoderados recurrentes coinciden en los argumentos propuestos, los cuales se basan en seis puntos que controvierten así:

[6] Artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

1. El procedimiento aplicable a la investigación por prácticas comerciales restrictivas.
2. La oportunidad para la contradicción de las pruebas.
3. La reserva de la averiguación preliminar y la etapa en la que se vincula al investigado.
4. Las pruebas decretadas y practicadas de oficio.
5. La violación al principio de tipicidad.
6. La violación al principio de la no autoincriminación

## 1. Procedimiento aplicable en investigaciones por prácticas comerciales restrictiva

Señalan los recurrentes que la averiguación preliminar es una etapa previa cuya única finalidad es determinar la necesidad de abrir una investigación. Por lo anterior, la práctica de las pruebas debe surtirse en la etapa de la investigación, cuando los investigados están notificados de la existencia de la misma, todo lo cual les permite ejercer el correspondiente derecho de defensa. Así mismo, señalan que la Superintendencia le dio un alcance diferente al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y, por lo tanto, no permitió que los investigados controvirtieran las pruebas de oficio que fueron decretadas.

De acuerdo con lo previsto en el mencionado artículo 52, se distinguen las diversas etapas que deben verificarse a efectos de determinar la existencia de infracciones al régimen de la libre competencia, a saber: la averiguación preliminar, la investigación, el traslado del informe motivado y la decisión final.

Si bien es cierto, como lo afirman los recurrentes, que la averiguación preliminar corresponde a una etapa previa dentro de la actuación administrativa, cuyo fin consiste en evaluar el mérito de la apertura de una investigación y su desarrollo, de acuerdo con el procedimiento prescrito en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, dentro de este marco y como se verá, el Despacho no comparte los demás argumentos tendientes a desestimar la validez de la aplicación de las normas dentro de las referidas etapas y el cumplimiento del trámite que dentro de la etapa específica de averiguación preliminar se surtió.

### *1.1. La Finalidad de la averiguación preliminar.*

Al tenor del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, la Superintendencia de oficio o por solicitud de un tercero, adelantará una averiguación previa, con el fin de determinar si existe mérito suficiente para abrir formalmente la investigación. De esta forma, se pretende verificar a través de la averiguación preliminar, si los hechos por los cuales se dio inicio a la actuación, encuadran o podrían subsumirse en cualquiera de las conductas que en ese momento se analizan.

Dado que el artículo 52 referido, establece un procedimiento de carácter administrativo, el mismo se encuentra gobernado por los principios connaturales e

inherentes a esta clase de actuaciones, correspondiéndole a la autoridad administrativa el impulso oficioso del procedimiento,[7] situación ésta que pone de presente la responsabilidad con carácter obligatorio por parte de esta Superintendencia, respecto de cada una de las etapas, particularmente de la correspondiente a la averiguación preliminar.

La existencia y razón de ser de la etapa de averiguación preliminar en los asuntos de prácticas comerciales restrictivas, obedece a la finalidad de establecer la probable existencia y significatividad de ciertas conductas que en criterio de la autoridad correspondiente, ameritan ser investigadas, pues no cualquier conducta en el mercado implica una infracción al régimen. Así pues, la etapa de averiguación preliminar permite a la autoridad obtener los elementos probatorios que demuestren la necesidad de abrir una investigación formal, al igual que le proporciona elementos para descartar la ocurrencia de una conducta, justificando así el archivo del proceso sin vincular a personas como investigadas.

El análisis de significatividad referido, encuentra sustento en los artículos 2 y 12 del Decreto 2153 de 1992, cuando al referirse a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio y a las de la División de Promoción de la Competencia, el mencionado decreto señala:

*Artículo 2,: FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: 1 "(...) atender las reclamaciones o quejas por los hechos que afecten la competencia en los mercados y dar* ***trámite a aquellas que sean significativas,*** *para alcanzar en particular las siguientes finalidades: (...)".*

*Artículo 12, Funciones de la División de Promoción de la Competencia. Son funciones de la División de Promoción de la Competencia numeral 2: (...) "Atender las quejas formuladas por los particulares* ***y si*** *en desarrollo de éstas* ***se observaren posibles violaciones*** *a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, proponer ante el Superintendente Delegado para la promoción de la Competencia la iniciación del procedimiento correspondiente,* ***cuando la importancia de la conducta o de la práctica así lo amerite****. (...)"*

Como se observa, **la determinación del mérito de la investigación no obedece a la intuición de la autoridad administrativa**, sino por el contrario, exige un análisis serio de las circunstancias de hecho y de derecho que la autoridad tiene de presente, y sus razonamientos sólo podrán estar basados en un material probatorio que le proporcione el convencimiento sobre la situación a su cargo. Así pues, la decisión de abrir o no la investigación, obliga realizar una evaluación jurídica de los hechos la cual solo se puede efectuar a partir de las pruebas que se logren practicar. En el caso bajo estudio, la apertura de investigación no obedeció al capricho de la Delegatura, sino a la valoración de las pruebas que con justa razón se practicaron en la etapa preliminar, pues siendo esta Superintendencia la

[7] De acuerdo con el principio de celeridad, contenido en el artículo 3 del código contencioso administrativo, "*...las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos...*".

llamada a determinar el mérito de la investigación, su obligación consistía en delimitar los aspectos fácticos y normativos objeto de la instrucción y en desechar, a su vez, aquellos comportamientos que en su análisis previo, estimara que no encuadraban en las disposiciones correspondientes.

De esta manera, para este Despacho, no es de recibo el argumento de los apoderados de las empresas investigadas, en el sentido de que la SIC durante la etapa de averiguación preliminar desarrolló las actividades propias de la etapa de investigación y le dio a la primera un alcance diferente del establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior si se tiene en cuenta, conforme a lo señalado, que la actuación por prácticas comerciales restrictivas se enmarca dentro de diferentes etapas de las cuales se destaca el necesario agotamiento de la etapa de averiguación preliminar, la cual permite determinar si es menester agotar o no la etapa subsiguiente de investigación, pues sólo se investigan aquellas conductas que sean significativas. Dicha significatividad sólo puede verificarse cuando se cuenta con soportes probatorios que le permitan a la autoridad correspondiente llegar a esa conclusión.

Lo anterior, permite concluir que la "posibilidad" de la ocurrencia del hecho que arroja la actuación preliminar, no corresponde a la tipificación de las conductas ni a su valoración frente a las normas de competencia; simplemente corresponde al resultado de un trámite, que con base en los principios orientadores de la actuación administrativa y a partir de una valoración preliminar, permiten decidir que una conducta es significativa, quiénes son los posibles sujetos autores de las referidas conductas, todo lo cual se dilucida en la etapa subsiguiente o de investigación.

Si la averiguación preliminar se surtiera sin una base probatoria sólida, el juicio que se emitiera respecto a la significatividad de dar trámite a la investigación, carecería de sustento y estaría enmarcado en la arbitrariedad, situación ésta que sí atentaría contra el debido proceso y contra las demás garantías que surgen en torno al mismo.

Por otra parte, visto como quedó que la etapa de actuación o averiguación preliminar se encuentra contemplada como una etapa dentro del procedimiento y como una función de esta Superintendencia, tal como lo evidencia el numeral 1 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 y los numerales 1 y 2 del artículo 12 de la misma normativa, no son de recibo los argumentos de los recurrentes en el sentido de afirmar que la averiguación preliminar no es una etapa necesaria dentro de la actuación administrativa, pues las normas citadas son de obligatorio cumplimiento.

En razón de lo anterior, no proceden los argumentos tendientes a desestimar la práctica probatoria en la actuación preliminar, bajo la afirmación de que sólo se pueden surtir las pruebas en la etapa de investigación.

*1.2 La formulación de cargos y el grado de certeza que requiere la administración para iniciar la investigación por prácticas comerciales restrictivas.*

Como se indicó, dentro del contexto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la averiguación preliminar, tiene como objetivo decidir si se requiere iniciar una investigación y determinar los sujetos y las conductas que se van a investigar.

El procedimiento establecido requiere que la administración realice durante la referida etapa una aproximación a la supuesta conducta anticompetitiva, dirigida a establecer además de la posible conducta y el posible infractor, si en realidad se requiere involucrar a una persona natural o jurídica en una investigación, y si la Entidad es competente para adelantarla.

Tratándose de la formulación de cargos contenidos en la resolución de apertura, debe considerarse que ésta es la culminación de la etapa de averiguación preliminar, de allí que emerja nuevamente la importancia de la referida etapa, pues del desarrollo de la misma se otorga al presunto infractor una base concreta y cierta para contradecir los cargos y las pruebas alegadas en su contra, contradicción que procesalmente se surte dentro de la etapa subsiguiente de investigación, donde verdaderamente se inicia el procedimiento formal.

Así las cosas, los referidos supuestos anticompetitivos deben concretarse en la averiguación preliminar, pues la investigación no puede partir de situaciones abstractas, toda vez que si así fuera, la etapa de averiguación preliminar establecida por el legislador carecería de sentido.

De otro lado, y en torno a esta misma discusión, los recurrentes ponen en entredicho la aplicación de la jurisprudencia citada por la Delegatura de Promoción de la Competencia, alusiva a la constitucionalidad de normas cambiarias manifestando "*[q]ue lo dicho por la Corte respecto de la investigación preliminar en materia cambiaria, resulta impropio porque son normas propias de dicha materia y constituye una postura excepcional extender tales consideraciones a la materia debatida en este caso, donde no solo la temática es distinta sino que existe una norma expresa que remite al CPC*".

El Despacho no comparte tal argumento, pues tratándose de sentencias de constitucionalidad, aquellos apartes de las motivaciones o consideraciones *"que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia"*, son obligatorios. (Sentencia C- 131-93). La *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por la Corte, tal como lo ha advertido la misma Corporación, son de obligatorio cumplimiento; esto es, tienen efectos erga omnes, incluyendo como es natural a las autoridades públicas y a todos los ciudadanos.

Así, en la sentencia C-037-96, la H. Corte Constitucional señaló: "*En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutiva de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; solo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente*

*básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella."*

Igualmente en la sentencia de unificación SU -038-03, al referirse a la fuerza vinculante de las sentencias y a la ratio decidendi, la Corte determinó: "*La Corte ya ha abordado esta cuestión en otras oportunidades. En sentencia C-131 de 1993, reiterada en la sentencia C-037 de 1996, la corte señaló que la parte motiva que integra la cosa juzgada y, por lo mismo, son de obligatorio cumplimiento algunos elementos de la parte motiva de la sentencia: "goza de cosa juzgada implícito los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal suerte que no se pueda entender sin la alusión de aquella".*

De lo expuesto, se concluye que lo analizado en las providencias cambiarias citadas, constituye verdadera fuente de derecho y en consecuencia precedente judicial obligatorio que ata al juez, en este caso a la Superintendencia. Así, dado que el proceso cambiario que fue analizado por la Corte es sustancialmente igual al establecido en materia de prácticas restrictivas de la competencia, la *ratio decidendi* que la Corte expuso en la sentencia citada por esta Entidad en la resolución recurrida, resulta no solamente pertinente, sino obligatoria, pues constituyó un análisis de constitucionalidad efectuado por el máximo tribunal, en el que se avaló la forma, la justificación, la pertinencia y la procedencia de la práctica de pruebas en las averiguaciones preliminares previstas en actuaciones administrativas.

Por otra parte, prueba de que la formulación de cargos es válida en las actuaciones administrativas, la constituye el procedimiento que entidades análogas a esta Superintendencia adelantan, en donde se pueden verificar las etapas que aquí se han mencionado, existiendo identidad de criterios frente al mismo.

Es de anotar que la validez de la formulación de cargos, se encuentra soportada jurisprudencialmente no sólo tratándose de asuntos cambiarios, como se cuestiona en los recursos, sino respecto de otros trámites investigativos administrativos como lo evidencia la sentencia del 12 de agosto de 1994, expediente 2722 expedida por el Consejo de Estado.

Finalmente, la sentencia C- 010-03 anota que *"**cuando estén finalizadas las diligencias preliminares y el funcionario competente a cuyo cargo se encuentre el expediente considere que los hechos investigados pueden constituir infracción cambiaria formulará los cargos correspondientes a los posibles infractores en acto administrativo motivado contra el cual no procederá recurso alguno.** Si culminada la instrucción aparece que los hechos investigados no configuran infracción cambiaria, el Superintendente de Cambios o el funcionario en quien éste delegue así lo declarará en providencia motivada, contra la cual procede recurso de reposición", como lo determina el artículo 11 del mencionado Estatuto.*(Negrilla y subraya fuera de texto)

Continúa la Corte afirmando, que ***"al formular los cargos, se correrá traslado a los presuntos infractores o a su apoderado, mediante entrega de copia integra,***

***auténtica y gratuita de la providencia". Entonces empezará a tramitarse el proceso administrativo sujeto a las garantías constitucionales, como se ha señalado.*** (Negrilla fuera de texto)

Sobre el mismo particular la sentencia C-599-92 proferida por la Corte Constitucional señaló: (...) *el procedimiento al que pertenece, está formado por una parte de diligencias previas, o de instrucción, **por otra parte de formulación de cargos** o de traslado y de emplazamientos, otra de pruebas y, por último, por la del fallo; las restantes etapas procedimentales que siguen a la preliminar de instrucción, están sometidas a los principios de publicidad y contradicción y también a las reglas del debido proceso administrativo, ya que a ellas en general y a algunos de los incidentes que se tramitan, se aplican las disposiciones predicadas de la vía gubernativa que establece el Código Contencioso Administrativo, y las normas que obligan a oír y vencer en juicio a la persona que puede ser sujeto de una sanción.*(Subraya fuera de texto)

Por todo lo anterior, se concluye que la formulación de cargos obedece a una conclusión natural de la etapa de actuación previa, en la que se pone en aviso a los investigados, respecto de las acusaciones formuladas y les permite legítimamente a los mismos conocer las pruebas con base en las cuales tales acusaciones son formuladas, para que los presuntos infractores cuenten con los elementos que les permita ejercer los derechos de contradicción y defensa.

## 2. Pruebas recaudadas en la averiguación preliminar

### *2.1. Normatividad*

Como se ha mencionado a lo largo de este escrito, el Decreto 2153 de 1992 claramente señala en su artículo 52 el procedimiento que debe seguirse. En tal virtud, existiendo como normatividad específica el precitado Decreto, es aplicable con carácter supletorio el Código Contencioso Administrativo, que a su vez remite al Código de Procedimiento Civil, en cuanto a los aspectos no contemplados por aquél, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos y actuaciones de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Frente al cuestionamiento de la validez de las pruebas practicadas en la averiguación preliminar, surge como consecuencia de lo hasta acá resuelto que si la averiguación preliminar corresponde a una etapa cuya finalidad consiste en determinar el mérito de la apertura de una investigación, el análisis de significatividad que corresponde efectuar, debe soportarse sobre una base probatoria que construye la autoridad competente.

Si se aplicara en la referida etapa de investigación preliminar las formalidades a las que remite el numeral 12 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la administración se enfrentaría a una etapa probatoria impracticable, pues no podría, en aras de hallar el convencimiento respecto de abrir o no la investigación, recibir testimonios, prueba que como tal se aplica sin restricción alguna a todos los procesos, bajo el principio general de que sirven como pruebas a la luz del artículo 175 del CPC (...) *la declaración de parte, (...), el testimonio de terceros, (...) y*

*cualquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento (...)".*

Sin bien el referido numeral 12 del artículo 2, hace una remisión al Código de Procedimiento Civil , dada la naturaleza del tipo de procedimiento que se adelanta y la etapa de trámite en que el mismo se encuentra, dicha remisión debe ser entendida en lo que resulta pertinente en la averiguación preliminar, es decir en la parte referente a que se puede interrogar a cualquier persona y no necesariamente que se encuentre mencionada, pues como se ha señalado la etapa en la que el trámite se encuentra, no ofrece a la autoridad la identificación de sujeto alguno. Así las cosas, la remisión al CPC resulta pertinente en cuanto a las formas propias de la recepción de testimonios, mas no respecto a las limitaciones que tiene en juez en su potestad investigativa, limitaciones que pueden no estar acordes, como en este caso, con la finalidad con que se instituyen las potestades en cabeza de la administración.

De allí que la aplicación del numeral 12 del artículo 2 referido no puede constituirse en una barrera que frene el desarrollo de la etapa previa administrativa. Obsérvese que las normas deben interpretase por los funcionarios públicos en los negocios administrativos, en busca de su verdadero sentido y de manera tal que logren su aplicabilidad.

Así, la preceptiva en cita, se constituye en un criterio general en el cumplimiento de las funciones de la SIC, pero, so pretexto de su aplicación, no puede desconocerse la aplicabilidad de otras normas que permiten garantizar el propuesto y adelantar la fase preliminar con libertad probatoria, situación que garantiza el valor jurídico de la seguridad y blinda la actuación de cualquier asomo de arbitrariedad.

2.2. *Oportunidad para conocer y controvertir las pruebas y violación al debido proceso.*

No son de recibo los argumentos de los recurrentes tendientes a desestimar la etapa de averiguación preliminar, bajo el pretexto de que las pruebas practicadas en ella, no fueron controvertidas. Lo anterior teniendo en cuenta que la formulación de cargos, como actividad concluyente de la averiguación preliminar, es procedente y no constituye una sanción, pues con ella se da paso a la etapa de instrucción para los presuntos infractores, y se inicia la fase procesal en la cual los investigados controvierten las pruebas que dieron origen a la investigación.

En el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la oportunidad para que el investigado conozca las pruebas recaudadas durante la averiguación preliminar, es **a partir de la notificación que se efectúe de la apertura de una investigación** a la cual ha sido vinculado un sujeto y para ello, simplemente debe mediar la solicitud del interesado para acceder al expediente. Para tales efectos el expediente queda a

disposición de los interesados por el término del traslado de la apertura, conducta avalada adicionalmente por el Consejo de Estado[8]. Señala dicha Corporación:

(...) "*[D]e otra parte, en el expediente se encuentra acreditado que el derecho de defensa de los demandantes no fue vulnerado por los actos acusados, no sólo debido a que en el pliego de cargos a ellos formulado, como se aprecia a folios 93 a 107 del anexo No. 5, se les advirtió "...**que el expediente queda a su disposición por el término de traslado** en la División de Evaluación Jurídica de la Subdirección Jurídica del ICFES, para que dé las explicaciones que considere necesarias, controvierta las pruebas existentes y solicita las que estime convenientes, las cuales se procederá a practicar siempre y cuando fueren procedentes **sino por cuanto en los descargos presentados** (fls. 66 a 76 Anexo No. 5), si bien se cuestionan las pruebas testimoniales recepcionadas, **no se solicitó contrainterrogar** a los testigos que dieron cuenta de la obligatoriedad de la adquisición del seguro médico, (...)"*

Por último, no puede hablarse de violación al debido proceso cuando son muchas las oportunidades para controvertir las pruebas; de una parte, al momento de ser notificados de la apertura de la investigación como se expuso, y de otra, al surtirse el traslado del informe motivado, en el que se analizan las pruebas que sirvieron como comprobación de los hechos y sustento de una eventual sanción, dándose la oportunidad al investigado para que en sus alegatos desvirtúe, controvierta y cuestione las pruebas obrantes en el expediente, en pro de su defensa.

*2.3 Principio de Tipicidad*

La tipicidad emerge de la propia Carta Política, cuando prohíbe en el inciso 2° del artículo 29, el juzgamiento por fuera de las leyes preexistentes al acto que se imputa. La tipicidad se complementa a través de la definición de la conducta que la ley considera constitutiva de la infracción y la sanción. Lo cierto es que se trata de una cuestión de hondo significado jurídico que requiere su precisión. La *legalidad* se observa cuando la infracción y la sanción están previstas, en tanto que la *tipicidad* se complementa a través de la definición de la conducta que la ley considera constitutiva de la infracción y la sanción.

Se trata, como puede apreciarse, de dos maneras que convergen a cumplir la tipificación. *Tipificación en la ley* para que ésta describa la conducta y la sanción y *tipificación en la aplicación de la misma* para que la Administración adecue el hecho antijurídico al tipo descrito. El primero, es un mandato constitucional al legislador. El segundo es una orden a la Administración.

Esa tipificación debe establecer el núcleo del comportamiento que pretende incriminar, recogiendo un marco sistemático de remisión, en donde además, se prevea la consecuencia jurídica (sanción) de esa acción u omisión y las directivas explícitas o implícitas a las que la disposición remitida debe acomodarse, so pena de invalidez.[9]

---

[8] C.E. Expediente 2722 12 de agosto de 1994.
[9] Derecho Administrativo Sancionador. Jaime Ossa Arbeláez. Primera Edición 2000. Página 265.

Alega de manera particular la recurrente de Ditelco Ltda. y otros, que la Superintendencia no realizó un análisis completo en el proceso de adecuación típica, contrariando el principio de tipicidad y con ello el debido proceso. Afirma que para proteger la libertad jurídica de los ciudadanos, controlar la arbitrariedad de los funcionarios estatales, asegurar la igualdad de las personas ante la ley y así mismo, proteger el denominado principio de tipicidad o taxatividad, los principios citados deben ser complementados con una labor en la que la administración debe verificar si una conducta concreta se adecúa a la descripción abstracta realizada por la ley. Sólo así el principio de legalidad cumple su función garantista y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal que le permite al administrado conocer no solo las conductas cuya acción u omisión se prohíben, sino la correcta labor de la administración en el proceso de adecuación típica, de manera que se oriente a determinar si conforme a los hechos investigados y probados en el proceso, el investigado es responsable o no de las violaciones que se le imputan.

Las anteriores afirmaciones no son de recibo para esta Superintendencia, toda vez que existe contradicción en las mismas, pues de una parte considera improcedente que en la etapa de averiguación preliminar se hayan formulado cargos a sus representados y de otra, cuestiona la falta de tipificación de las conductas realizadas por sus poderdantes. El hecho de que se identifiquen unos cargos y se delimiten conductas posiblemente violadas, corresponde de manera exclusiva a la formulación de unas normas probablemente transgredidas, pues es apenas necesario para los investigados, conocer las conductas que se les imputan, a fin de que puedan proyectar su defensa. La adecuación típica sólo se verifica cuando se comprueban los supuestos de hecho que conforman la norma, situación que como hasta aquí se ha sostenido, sólo se conoce habiéndose surtido la etapa investigativa de sustanciación. Conviene entonces reiterar lo afirmado por este Despacho en la resolución 20976 de 2004, en el sentido de que el proceso de construcción mental, a través del cual se confronta el comportamiento investigado con la norma imputada, solo puede concluirse una vez haya terminado la investigación, se hayan practicado las pruebas solicitadas por los investigados en ejercicio del derecho de contradicción y se hayan escuchado sus alegaciones.

2.4 *Respeto de la solidaridad íntima y aplicación del artículo 33 de la Constitución Política.*

Alega la apoderada especial de Ditelco Ltda. y otros, que solicitó a la Superintendencia declarar nula la utilización que en su contra se hizo de las declaraciones rendidas bajo la gravedad del juramento por Néstor Raúl Cruz Maldonado, Camilo Gutiérrez y Santiago Vivas Luque, por contravenir el principio de la no autoincriminación y cita para reforzar su posición, un concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad resuelta en la sentencia C- 422 de 2002.

A este respecto corresponde examinar si las declaraciones recibidas son contrarias a la preceptiva del artículo 33 de la Constitución Nacional, según el cual nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge,

compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

Para resolver este punto, es conveniente señalar que el numeral 12 del artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, norma en la que constantemente se han apoyado los recurrentes para solicitar la nulidad del proceso y la revocatoria de la Resolución 20976 de 2004, establece como función de la Superintendencia de Industria y Comercio, la posibilidad de interrogar bajo juramento a cualquier persona, siguiendo para tal fin las ritualidades previstas por el Código de Procedimiento Civil.

Bajo estos parámetros, resulta pertinente tener en cuenta que dentro de las ritualidades que rodean la prueba testimonial e inclusive la declaración de parte en el estatuto procesal civil, la toma de juramento, a la que también alude el numeral 12 del artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, constituye uno de los elementos centrales, por lo cual mal podría pensarse que las declaraciones en las que ésta se presenta resultan nulas, cuando la propia ley es la que ha previsto su existencia. En este punto es pertinente recordar que la Corte Constitucional declaró exequible la existencia del juramento en las diligencias probatorias que se adelantan con base en el CPC[10], fundamentando tal exequibilidad en que el principio de no autoincriminación sólo se aplica en los asuntos criminales, correccionales y de policía, y que el mismo queda a salvo en los procesos regidos por el ritual civil, toda vez que el inciso cuarto del artículo 207 del CPC, prevé que "*las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas*".

Así, siguiendo los parámetros que la propia Corte[11] ha fijado para establecer si el declarante está o no al abrigo de la exoneración del deber de declarar y atendiendo a la naturaleza de la responsabilidad que para el declarante se pueda desprender de sus afirmaciones, se tiene que al no generarse en este trámite una responsabilidad de naturaleza criminal, correccional o de policía para el declarante, el mismo no está cobijado por el principio de no autoincriminación, siendo plenamente aplicable la ritualidad prevista por el régimen procesal civil y debiéndose únicamente omitir aquellas preguntas que impliquen responsabilidad penal, conforme lo señala el artículo 207 del C.P.C.

Así las cosas, las declaraciones cuestionadas, en la forma en que fueron recibidas no son nulas, pues siguieron lo previsto por el Decreto 2153 de 1992 y el CPC y en su práctica no se violó el artículo 33 de la Carta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

---

[10] **Sentencia C-426/97**

[11] Sentencia T-032-02

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO**: No acceder a las peticiones formuladas por los recurrentes, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución N° 20976 del 27 de agosto de 2004.

**ARTÍCULO TERCERO:** Notificar personalmente el contenido del presente acto administrativo a la doctora MARTHA VICTORIA OSORIO BONILLA, apoderada especial de Ditelco Ltda. y su representante legal; Distribuidora de Artículos de Construcción Atuba S.A. y su representante legal; Francisco Díez Vergara; Santiago Vivas Luque; Juan Fernando Ruiz Santos; Germán Eduardo Suárez Rojas; a la doctora LILIANA SARMIENTO MARTÍNEZ, apoderada especial de Constructora Lomalinda Ltda. y su representante legal; Ladrillera Helios y su representante legal; Justo Ramón Carrillo Hernández como persona natural investigada; e Inverneusa S.A. y su representante legal; al doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, apoderado especial de Ladrillera Santafe S.A. y su representante legal; Arcillas de Soacha S.A. y su representante legal; Cerámicas de América Ltda y su representante legal; Ladrillera e Inversiones Sila S.A. y su representante legal; entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**
Dada en Bogotá, a los 30 NOV. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,

JORGE JAECKEL K.

**Notificaciones:**

Doctora
**MARTHA VICTORIA OSORIO BONILLA**
C.C. N° 51.572.968 de Bogotá
Apoderada Especial
DITELCO LTDA
ATUBA S.A.
FRANCISCO DIEZ VERGARA
SANTIAGO VIVAS LUQUE
JUAN FERNANDO RUIZ SANTOS
GERMÁN EDUARDO SUÁREZ ROJAS
Calle 72 N° 10-51, Oficina 402
Ciudad

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Doctora
**LILIANA SARMIENTO MARTÍNEZ**
C.C. N° 31.158.538 de Palmira Valle
Apoderada Especial
CONSTRUCTORA LOMALINDA LTDA
LADRILLERA HELIOS S.A.
INVERNEUSA S.A.
JUSTO RAMÓN CARRILLO HERNÁNDEZ
Calle 72 N° 10 – 51, Oficina 402
Ciudad

Doctor
**JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR**
C.C. N° 19.335.765 de Bogotá
Apoderado Especial
LADRILLERA SANTAFE S.A.
ARCILLAS DE SOACHA S.A.
CERÁMICAS DE AMÉRICA LTDA.
LADRILLERA E INVERSIONES SILA S.A.
Carrera 14 N° 93 B-32 Oficina 404
Ciudad