



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C. siete (07) de septiembre de dos mil quince (2015)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: No. 2015 - 0650
Demandante: ANÍBAL ROA VILLAMIL Y OTROS.
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.
Asunto: SENTENCIA 1ª. INSTANCIA

Procede el Juzgado a decidir en primera instancia, la acción de tutela presentada por los señores: **ANÍBAL ROA VILLAMIL, HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE, EDGAR GAVIRIA HERRERA Y LA ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA S.A.**, quienes actúan a través de apoderado judicial, en contra de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.**

I. ANTECEDENTES

Los accionantes informan que mediante la Resolución No. 58430, del 28 de septiembre de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC inició investigación en su contra por supuestos actos contrarios a la competencia, que para la fecha de apertura de la investigación ya estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y que por lo tanto el término para interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, que puso fin a la actuación administrativa, debía ser de diez (10) hábiles de conformidad con lo establecido en el artículo 76 del C.P.A.C.A., que amplió el término de 5 días que preveía el derogado Código Contencioso Administrativo. Que durante la investigación iniciada mediante la Resolución No. 58430 del 28 de septiembre de 2012, la Entidad accionada invocó y aplicó las normas del C.P.A.C.A., tanto para las citaciones de notificación, como en la parte resolutive de la Resolución 16562 del 14 de abril de 2015, que en el numeral noveno el Superintendente manifestó textualmente que : "El incumplimiento de las instrucciones aquí previstas acarreará las sanciones señaladas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, bajo el

procedimiento establecido en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y demás normas concordantes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." Que a pesar de que la SIC invocó y aplicó como era su deber legal el C.P.A.C.A., durante el curso de la investigación, en el artículo décimo de la parte resolutive de la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, en abierta violación a la Ley, desconociendo lo previsto en el artículo 76 del C.P.A.C.A., y por ende del artículo 29 de la Constitución Política, al momento de ordenar la notificación de la Resolución que ponía fin a la actuación administrativa se les informó que en su contra solo procedía el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podía interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Agregan que se señaló el término del CCA y no del CPACA, que era de diez (10) días hábiles. Que contra el artículo 10 de la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, los accionantes interpusieron recurso de reposición, solicitando que se les concediera el término de diez (10) días del CPACA, en lugar de los cinco (5) días del CCA. Que mediante la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, el Superintendente resolvió el recurso interpuesto, confirmando el artículo décimo (10) de la resolución recurrida, indicándoles que la actuación administrativa no inició con la Resolución No. 58430 del 28 de septiembre de 2012, sino con el memorando interno identificado con el No. 11-137432-0-0 de fecha 14 de octubre de 2011, por lo que el régimen aplicable en este proceso es el establecido en el Decreto 01 de 1984. Que la comunicación por la cual fue citado el apoderado de los investigados para notificarse personalmente, y donde se le informaba que en caso de no surtirse la notificación personal, esta se realizaría por medio de aviso según lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, no deja de ser un error secretarial. Que el Superintendente no se pronunció sobre el argumento referente a que otros actos administrativos, además de la Resolución No. 16562 de 2015, fueron notificados de conformidad con las reglas del CPACA., y tampoco el argumento de que en el texto de la resolución sancionatoria, tanto en la parte considerativa como resolutive, se dio aplicación expresa al CPACA, que introdujo un nuevo elemento de duda, al afirmar que la actuación no se inició con la Resolución de apertura, sino con el memorando interno, que corresponde a una actuación donde los investigados no son parte, y les es inoponible, pues no pueden ejercer su defensa, como extraños que son a la misma; por lo que el 29 de mayo de 2015 solicitaron adición y aclaración de la Resolución No. 23709, que en ninguna parte del escrito se indicó que fuera un recurso de reposición, que del contenido del mismo tampoco puede atribírsele esa denominación. Que del contenido se advierte que era una típica solicitud de

adición y aclaración, plenamente justificada ante la omisión del Superintendente de resolver todos los argumentos del recurso de reposición. Que la solicitud de adición y aclaración se respondió mediante la Resolución No. 30110 del 10 de junio de 2015, en la que se decidió rechazar por improcedente el recurso de reposición contra la resolución No. 23709 de 2015. Que en lugar de resolver aspectos que concretamente se le pidió adicionar y aclarar, se limitó a decir que en la Resolución No. 30110 ya se había resuelto el asunto de fondo. Que la entidad accionada en la Resolución No. 30110, afirma que la solicitud de adición y aclaración no resulta viable ante la administración, ya que para esos fines existe recurso de reposición. Que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, que señala que procedimiento se debe seguir para las investigaciones en materia de competencia como la que nos ocupa, remite expresamente en los aspectos no tratados al Código Contencioso Administrativo (hoy CPACA). Que la SIC cometió una serie de arbitrariedades cambiándole la denominación y el sentido a la solicitud de adición y aclaración para llamarla recurso de reposición. Que la misma SIC demuestra la viabilidad de la solicitud de adición y aclaración, prevista en el Código de Procedimiento Civil, ya que prevé la aplicación del Decreto 1400 de 1970, en todo aquello no previsto en las normas adjetivas administrativas, por lo que resulta contundente para demostrar la vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes. Que la Resolución No. 30110 del 10 de junio de 2015, fue comunicada a los accionantes el 11 de junio de 2015, y a partir de ese día quedó en firme la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, que resolvió el recurso de reposición contra el artículo décimo de su parte resolutive, por ende el término de cinco (5) días para interponer el recurso de reposición contra la Resolución No. 16562 del 2015 del 14 de abril de 2015, por la cual se impuso sanción a los accionantes, empezó a correr el 12 de junio de 2015 y finalizó el 19 de junio de 2015. Que el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil aplicable y el artículo 306 del CPACA, establecen que en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva. Que por lo tanto la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, que confirmó la decisión de conceder solamente cinco (5) días para recurrir la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, solo quedó en firme una vez la SIC notificó la Resolución No. 30110 del 10 de junio de 2015, que resolvió las solicitudes de adición y aclaración presentadas. Que estando dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución No. 30110 del 10 de junio de 2015, el 19 de junio de 2015, mediante el escrito radicado bajo el número 11-137432-00412-0001, interpusieron oportunamente el

recurso de reposición contra la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, con independencia que los accionantes consideren que el término que debió aplicarse era el de diez (10) días. Que no obstante al haberse interpuesto dentro de los cinco días señalados por la SIC el recurso fue rechazado por supuesta extemporaneidad mediante la Resolución No. 31377 del 22 de junio de 2015, que como sustento de dicha decisión se afirmó, que la solicitud de adición y aclaración presentada respecto de la Resolución No. 23709 de 2015, era un recurso de reposición, como la entidad accionada lo denominó. Que el Superintendente desconociendo las normas que obligan la notificación personal de los actos administrativos, omitió ordenar la notificación personal de la Resolución No. 31377, del 22 de junio de 2015, que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015. Que los accionantes de manera escrita solicitaron la notificación de la Resolución No. 31377, del 22 de junio de 2015, y que a la fecha de presentación de la tutela no le ha sido notificada. Que a través del Grupo de Cobro Coactivo, la Superintendencia de Industria y Comercio inició los procesos de cobro coactivo de las sanciones impuestas contra los accionantes, que la Organización Roa Florhuila, el 13 de julio de 2015, radicó escrito a través del cual ofreció garantía del monto de la sanción. Que ante las múltiples vulneraciones a la Constitución Política y a la ley por parte de la SIC, los accionantes le solicitaron a la Procuraduría General de la Nación, que adelantara las acciones constitucionales y legales a fin de que fueran protegidos sus derechos fundamentales, para que se garantizaran de esta forma los derechos al debido proceso, de defensa y acceso a la administración de justicia, solicitando que se requiriera al Superintendente de Industria y Comercio para que se resolviera la solicitud de adición y aclaración y el recurso de reposición oportunamente presentado contra la Resolución No. 16562 de 2015, y que se notificara en debida forma la resolución que resuelve el recurso de reposición. Que la SIC haciendo caso omiso a las solicitudes realizadas por la Procuraduría, y a los ofrecimientos realizados dentro del proceso de cobro coactivo, mediante las Resoluciones No. 36082 y 36081 la Coordinadora del Grupo de Trabajo de Cobro Coactivo, procedió a librar mandamiento de pago contra la Organización Roa Florhuila, Pablo Julio Gutiérrez y Edgar Gaviria, decretándose unos embargos preventivos. Que ante la posibilidad de que ejecutaran los embargos ordenados los accionantes procedieron a realizar los pagos de todos los procesos de cobro coactivo ya que la ejecución de los embargos habría resultado una excesiva carga para la organización y una situación crítica para el sector arrocero. Que la Procuraduría General de la Nación adelantó al interior de la SIC la revisión del expediente y pudo

constatar las irregularidades que han sido descritas en la acción de tutela y presentó una serie de conclusiones (ver folios 16 y 17 del expediente). Que el Superintendente no atendió la solicitud formulada por la Procuraduría, y se limitó a hacer acuse de recibo de las comunicaciones radicadas, que hasta la fecha de presentación de la tutela no se conoce en el expediente algún acto de la SIC que atienda favorablemente la solicitud de la Procuraduría, que lo único que se conoce son declaraciones en los medios periodísticos en los que el Superintendente manifiesta que la Procuraduría está equivocada y que no va a atender dicha petición.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida la acción constitucional, se admitió la misma mediante auto de fecha 25 de agosto de 2.015, ordenando la notificación del extremo accionado, solicitándole un informe detallado sobre aspectos que interesan al proceso con el propósito de decidirla dentro de los términos de ley.

Mediante providencia de fecha tres (3) de septiembre se ordenó adicionar el auto admisorio de la demanda, incluyendo como extremo demandante a la Organización ROA FLORHUILA.

La demanda fue notificada el 26 de agosto de 2015, haciéndole entrega de la copia de la demanda y de sus anexos para que ejercitaran su derecho de defensa.

DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES INVOCADOS COMO VULNERADOS

Los accionantes invocan como derechos constitucionales vulnerados el derecho al debido proceso y el de acceso a la administración de justicia, según los hechos narrados en la demanda por la conducta asumida por la accionada al no resolver la solicitud de adición y aclaración presentada frente a la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015 y al haber rechazado por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015.

PRUEBAS

Como medios de prueba, fueron allegados al proceso los siguientes documentos:

- Copia del certificado de existencia y representación legal de la Organización ROA FLORHUILA.
- Copia de la Resolución No. 58430 del 28 de septiembre de 2012, expedida por la SIC, por medio de la cual se ordena la apertura de una investigación. (ver folios 42 a 57)
- Copia de la citación notificación respecto de la Resolución No. 58430.
- Copia de la citación notificación respecto de la Resolución No. 36559. (ver folios 59 a 64)
- Copia de la citación notificación respecto de la Resolución No. 16562 de fecha 14 de abril de 2015.(ver folios 65 a 67)
- Copia de la notificación por aviso de la Resolución No. 16562 de fecha 14 de abril de 2015.(ver folios 68 a 71)
- Copia de la notificación por aviso de la Resolución No. 23709 de fecha 13 de mayo de 2015.(ver folios 72 a 76)
- Copia de la citación notificación de la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015. (ver folios 77 a 81)
- Copia de la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, expedida por la SIC, por la cual se impone unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dictan órdenes e instrucciones. (Ver folios 82 a 128).
- Copia del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015. (ver folios 129 a 136).
- Copia de la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, expedida por la SIC, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición. (Ver folios 144 a 152)
- Copia del escrito por medio del cual se solicita la adición de la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015. (ver folios 153 a 158).
- Copia de la Resolución No. 30110 del 10 de junio de 2015, expedida por la SIC, Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición "aclaración y adición". (Ver folios 159 a 161)
- Copia de la Resolución No. 16137 del 10 de abril de 2015, expedida por la SIC, por medio de la cual se resuelven unas solicitudes de nulidad.
- Copia del escrito radicado por los accionantes el 19 de junio de 2015, por medio del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, para que se revoque en su integridad y se disponga el archivo de la investigación. (Ver folios 173 a 258)
- Copia de la Resolución No. 31377 del 22 de junio de 2015, expedida por la SIC, por medio de la cual se rechazar por extemporáneo un recurso de reposición.
- Copia de la petición de notificación de la resolución que resuelve el recurso de reposición radicado el 19 de junio de 2015. (ver folio 261)
- Copia del pantallazo de consulta de trámites ante la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Copia del aviso de cobro, respecto del radicado 15-143644.
- Copia del escrito mediante el cual se ofrece garantía para al pago de la sanción y los correspondientes intereses. (ver folio 165)
- Copia de la Resolución No. 36022 del 14 de julio de 2015, por medio de la cual se libra mandamiento de pago contra la Organización ROA FLORHUILA. (ver folios 268)
- Copia del escrito radicado el 16 de julio de 2015 por el representante legal de la Organización Roa Florhuila, mediante el cual paga la sanción impuesta. (ver folio 267).
- Copia del oficio de fecha 28 de julio de 2015, mediante el cual la SIC., le informan a la Organización ROA FLORHUILA, que ante el pago efectuado mediante la Resolución No. 36022 del 14 delio de 2015, se ordenó la terminación y el archivo del proceso de cobro coactivo.

- Copia del Aviso de cobro al señor ANÍBAL VILLAMIL,
- Copia del escrito radicado el 16 de julio de 2015, por la apoderada del señor VILLAMIL, mediante el cual paga la sanción impuesta. (ver folio 276).
- Copia del recibo de caja No. 15-0082066. (ver folio 178).
- Copia del oficio de fecha 28 de julio de 2015, mediante el cual la SIC., le informan al señor ANIBAL VILLAMIL, que ante el pago efectuado mediante Auto 57287 del 27 de julio de 2015, se ordenó la terminación del proceso de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares.
- Copia del Aviso de cobro al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.
- Copia del escrito radicado el 16 de julio de 2015, por señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, mediante el cual paga la sanción impuesta. (ver folio 287).
- Copia del oficio de fecha 28 de julio de 2015, mediante el cual la SIC., le informan al señor HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, que ante el pago efectuado mediante Auto 57287 del 27 de julio de 2015, se ordenó la terminación del proceso de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares. (ver folio 290).
- Copia del Aviso de cobro al señor EDGAR GAVIRIA HERRERA. (ver folio 293).
- Copia de la Resolución No. 36081 del 18 de julio de 2015, por medio de la cual se libra mandamiento de pago en contra del señor EDGAR GAVIRIA HERRERA. (ver folio 294).
- Copia de la citación para que el señor EDGAR GAVIRIA HERRERA, se notifique de la Resolución No. 36081 del 18 de julio de 2015. (ver folio 295).
- Copia del Oficio por medio del cual se le ordena el banco BBVA que proceda al embargo de la cuenta de ahorros del señor EDGAR GAVIRIA HERRERA. (ver folio 296).
- Copia del Oficio por medio del cual se le ordena el banco Bancolombia que proceda al embargo de la cuenta de ahorros del señor EDGAR GAVIRIA HERRERA. (ver folio 297).
- Copia del escrito radicado el 16 de julio de 2015, por señor EDGAR GAVIRIA HERRERA, mediante el cual paga la sanción impuesta. (ver folio 298).
- Copia de los oficios por medio de los cuales se ordenaba la cancelación de los embargos decretados a los bancos BBVA y Bancolombia. (ver folios 299-300)
- Copia del oficio de fecha 29 de julio de 2015, mediante el cual la SIC., le informan al señor EDGAR GAVIRIA HERRERA, que ante el pago efectuado mediante la Resolución No. 36081, se ordenó la terminación del proceso de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares. (ver folio 301).
- Copia del Aviso de cobro al señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE. (ver folio 307).
- Copia de la Resolución No. 36082 del 15 de julio de 2015, por medio de la cual se libra mandamiento de pago en contra del señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE. (ver folio 310).
- Copia de la citación para que el señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE, se notifique de la Resolución No. 36081 del 18 de julio de 2015. (ver folio 311).
- Copia del Oficio por medio del cual se le ordena el banco BBVA que proceda al embargo de la cuenta de ahorros del señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE. (ver folio 312).
- Copia del Oficio por medio del cual se le ordena el banco Bancolombia que proceda al embargo de la cuenta de ahorros del señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE. (ver folio 313).
- Copia del Oficio por medio del cual se le ordena el banco Citibank, que proceda al embargo de la cuenta de ahorros del señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE. (ver folio 314).

- Copia del escrito radicado el 16 de julio de 2015, por señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE, mediante el cual paga la sanción impuesta. (ver folio 316).
- Copia de los oficios por medio de los cuales se ordenaba la cancelación de los embargos decretados a los bancos BBVA, Bancolombia y Citibank. (ver folios 340 a 342)
- Copia del oficio de fecha 29 de julio de 2015, mediante el cual la SIC., le informan al señor PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE, que ante el pago efectuado mediante la Resolución No. 38355, se ordenó la terminación del proceso de cobro coactivo y el correspondiente archivo.
- Copia de la petición de Agencia Especial radiada ante la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles. (ver folios 347-353).
- Copia del oficio No. 2489 IUS 167269-15 del 22 de julio de 2015, expedido por la Procuraduría. (ver folios 354 a 356)
- Copia del oficio No. 2336 IUS 167269-15 del 13 de julio de 2015, expedido por la Procuraduría. (ver folios 357 a 361)
- Copia de la Resolución No. 1310 del 26 de marzo de 2015 por medio de la que se resuelve una solicitud de aclaración y adición. (ver folios 364 y 365)

CONDUCTA PROCESAL DE LA ENTIDAD ACCIONADA

Mediante escrito radicado el 28 de agosto de 2015, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Industria y Comercio, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, informando que dentro de la investigación administrativa Radicada bajo el No. 11-137432, se impuso sanción a los accionantes por la presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificada por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Que en el marco de la actuación administrativa No. 09-140476 la SIC ordenó practicar visita administrativa a las instalaciones de MOLINOS ROA S.A. Y MOLINOS FLORHUILA S.A., los días 2 y 3 de junio de 2010, y que la información fue trasladada al expediente No. 11-137432. Que la entidad accionada de manera oficiosa ordenó iniciar la averiguación preliminar para determinar si había mérito suficiente para dar apertura a una investigación formal, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de comercialización de arroz blanco a nivel nacional. Que mediante la Resolución No. 58430 del 29 de septiembre de 2012, se dio apertura a la investigación por la configuración de la violación al numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, por la suscripción de acuerdos entre los accionantes y sus clientes, donde se comprometían a no fijar precios de venta inferiores a los acordados, y que el precio de venta debería ser mínimo el precio de la plaza mayorista, de tal manera que ningún comercializador pudiese vender por debajo de ese precio a los consumidores, que si detectaban que un agente comercial estaba vendiendo el arroz del molino por debajo

del precio plaza , interrumpirían su relación comercial con dicho agente comercial. Que en comunicación radicada bajo el número 11-137432 del 2 de noviembre de 2012 el apoderado de los accionantes, solicitó que se decretara la nulidad de las pruebas trasladadas y la revocatoria de la Resolución de Apertura de Investigación No. 58430 del 28 de septiembre de 2012. Que una vez fue notificada la Resolución de Apertura de la Investigación, corrió el término para solicitar y aportar pruebas conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, que una vez surtida la etapa probatoria y como resultado de la etapa de instrucción se recomendó sancionar a MOLINOS ROA S.A Y MOLINOS FLORHUILA S.A. Que en cumplimiento de lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del informe motivado a quienes en ese momento ostentaban la calidad de investigados, que mediante la Resolución No. 16561 de 14 de abril de 2015, se impuso sanción a los accionantes. Que una vez notificada la decisión y dentro del término legal de 5 días dispuestos en el CCA-Decreto 01 de 1984, los accionantes interpusieron recurso de reposición, solicitando que se revocara y que en su lugar se ordenara que el recurso de reposición debía interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación; que de conformidad con el artículo 59 del CCA, la accionada procedió a resolver el recurso de reposición interpuesto a través de la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, pronunciándose en primer lugar sobre la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 y por último advirtiendo el término para presentar los recursos de ley que proceden contra la actuación administrativa, confirmando la resolución recurrida. Indican que la presente acción es improcedente, ya que como es sabido la acción de tutela es un mecanismo excepcional, subsidiario y residual, que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable, que la entidad accionada adelantó la investigación administrativa 11-137432 dentro de lo previsto en la normatividad vigente, por lo que consideran que no han vulnerado los derechos fundamentales aducidos por los accionantes, que en cada una de las etapas se ha procurado el reconocimiento de cada una de las garantías procesales. Que frente a la declaratoria de nulidad de las Resoluciones dictadas dentro de la actuación administrativa aludida, el ordenamiento jurídico permite previo cumplimiento del requisito de procedibilidad, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y solicitar la suspensión de los actos administrativos, cuestionados dentro del presente mecanismo constitucional, mediante el catálogo de medidas cautelares que trajo la Ley 1437 de

2011, para desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos y sus efectos. Que por la regulación de las medidas cautelares que trajo la Ley 1437 de 2011, las acciones de tutela dirigidas contra actos administrativos, resulta ser ahora excepcionalísima y limitada en ciertos casos. Al respecto cita la Sentencia T-094 de 2013, por lo que la parte accionante cuenta con una serie de mecanismos y recursos ordinarios de defensa, en el procedimiento administrativo, suficientes, idóneos y eficaces para garantizar el ejercicio de sus derechos. Que en el presente trámite no se da cumplimiento a los requisitos para la configuración del perjuicio irremediable, que la presente acción de tutela se ejerce con el fin de discutir la legalidad de unos actos administrativos concebidos con sujeción al debido proceso, acceso a la administración de justicia y aplicación al régimen jurídico aplicable. Que no es admisible que los accionantes, acudan a la acción de tutela para alegar derechos que no fueron conculcados, que no se proporcionaron elementos contundentes sobre la existencia de un perjuicio irremediable. Frente a la competencia de la entidad accionada como autoridad encargada de velar por el régimen de competencia, citaron la Ley 1340 de 1990 y el Decreto 4886 de 2011. Frente al procedimiento aplicable a las investigaciones por presunta violación de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, informan que todas sus actuaciones están supeditadas en los principios que informan en debido proceso, que en caso de una presunta infracción al régimen de protección a la competencia se da aplicación a lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 019 de 2012; que el trámite corresponde 3 etapas: a) averiguación preliminar: tiene como finalidad verificar la ocurrencia de los hechos, identificar a los posibles autores y determinar la posible infracción a las normas sobre competencia; b) etapa de investigación: se inicia con la resolución de apertura, que se notifica a los investigados, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, investigación que es adelantada por el Superintendente Delegado, que los investigados cuentan con el término de 15 días hábiles para aportar o solicitar pruebas, se realiza una audiencia de conciliación, se practican las pruebas solicitadas por las partes, y las que de oficio decreta la Superintendencia, que posteriormente se celebra una nueva audiencia para que los interesados presenten los argumentos de defensa que consideren pertinentes. Cumplido lo anterior el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia debe presentar un informe al Superintendente de Industria y Comercio y a las partes, en el que se evalúa si existen o no conductas anticompetitivas, que de dicho informe se corre traslado a las partes quienes en ejercicio del derecho de defensa pueden

controvertirlo: c) etapa de decisión: en esta etapa el Superintendente debe tomar la decisión final, acogiendo o no el informe presentado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Que en el caso concreto no es cierto que en la actuación administrativa se haya aplicado una dualidad de procedimientos, informando que ninguna contradicción se deriva de la actuación de la SIC, que la razón por la cual el procedimiento aplicable al eventual incumplimiento de las instrucciones contenidas en el artículo NOVENO de la Resolución 16562 de 2015 es el CPACA y no el Decreto 01 de 1984, porque dicho incumplimiento sería futuro y daría lugar a una nueva actuación administrativa, y que tendría que iniciarse después de dictada la misma 14 de abril de 2015, por lo que el trámite de tal incumplimiento se regirá por el CPACA, en lo no previsto de conformidad con el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011. Que de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el incumplimiento de órdenes o instrucciones que dicte la SIC, da lugar a una nueva actuación administrativa sancionatoria y la misma no podría ser tramitada bajo el Decreto 01 de 1984 de acuerdo con el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011. Que debe distinguirse entonces el régimen aplicable a la actuación administrativa que ya culminó y el que aplicaría si eventualmente los accionantes, incumplieran las órdenes impartidas por la Superintendencia. Que no es cierto que la accionada hubiese modificado el término legal que tienen los sancionados para recurrir las decisiones de la SIC, ya que era perfectamente claro que desde el inicio de la actuación y durante el trámite el régimen aplicable en lo no previsto era el Decreto 01 de 1984. Que por esta razón en la Resolución 58430 de 2012 por la cual se formuló el pliego de cargos y se vinculó a la ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA, se señaló que el régimen aplicable sería el Decreto 01 de 1994, que los accionantes a través de su apoderado no manifestaron inconformidad sobre el régimen aplicable, que de otro lado el mismo abogado de los accionantes durante el curso de la actuación administrativa, expresamente mencionó el Decreto 01 de 1984, como norma aplicable en la actuación. Que el apoderado de los accionantes ha argumentado tesis diametralmente opuestas dentro de una misma actuación administrativa, lo que constituye una actuación temeraria. Que durante el curso de la actuación administrativa, frente a una solicitud de revocatoria directa, la Superintendencia de Industria y Comercio, señaló nuevamente de forma expresa, que el régimen aplicable a la actuación de la referencia era el Decreto 01 de 1984. Se cuestionan por qué el apoderado de los accionantes en el curso de la investigación interpuso los recursos dentro de los 5 días término del Decreto 01 de 1984, y no lo hizo así frente a la

Resolución de sanción, que tal comportamiento es inaceptable. Que de manera clara el artículo 308 del CPACA, establece que la Ley 1437 de 2011 empezará a regir el 2 de julio de 2012 y que solo aplicará a los procedimientos y actuaciones administrativas que se inicien con posterioridad a dicha fecha, que las actuaciones o procedimientos que se hayan iniciado con anterioridad al dos (2) de julio de 2012, se regirán por el Decreto 01 de 1984. Que una de las formas de iniciar la investigación administrativa es por las autoridades oficiosamente de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del CPACA. Que por su parte el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 señala que la SIC deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación, es decir que la actuación de la SIC comienza desde la averiguación preliminar y no desde la vinculación del investigado, que en el presente caso la averiguación preliminar inició el 14 de octubre de 2011, antes de la entrada en vigencia del CPACA. Que aceptar que la actuación administrativa solo inicia con la formulación del pliego de cargos o la vinculación del investigado implicaría que las tareas efectuadas en la etapa de averiguación preliminar no constituyen ningún tipo de actuación. Que en la Resolución No. 58430 de 2015, quedó claro que la actuación administrativa inició el 14 de octubre de 2011, antes de la entrada en vigencia del CPACA. Que si la supuesta violación al debido proceso que alega el investigado se habría derivado de no tener 10 días, sino solo cinco (5) días, para interponer el recurso de reposición, no ocurrió ya que la SIC, otorgó materialmente más de 10 días a los accionantes para interponer el recurso contra la sanción impuesta. Que frente a la Resolución 23709 del 13 de mayo de 2015, los investigados interpusieron recurso de reposición (solicitud de adición y aclaración), presentando reposición contra acto que decidió la reposición y no contra el que decidió la actuación administrativa. Que como no procede reposición de reposición mediante la Resolución No. 30110 del 10 de junio de 2015, el Superintendente rechazó por improcedente el recurso de reposición (solicitud de adición y aclaración). Que mediante comunicación No. 11-137432-412 del 19 de junio de 2015 y absolutamente fuera del término, los investigados presentaron recurso de reposición contra la Resolución Sanción No. 16562 del 14 de abril de 2015. Recurso que fue rechazado mediante la Resolución No. 31377 del 22 de junio de 2015. Por lo anterior solicitan que se declare la improcedencia de la acción de tutela, por existir otros mecanismos de defensa que se consideran idóneos.

III. CONSIDERACIONES

Debe recordarse que la acción de tutela es una acción de carácter subsidiaria, es decir, que adquiere relevancia, por regla general, solo a falta de mecanismos judiciales para la defensa del derecho constitucional fundamental amenazado o violado. Así fue regulado por el artículo 86 de la Constitución Política en los siguientes términos:

ARTICULO 86. ACCION DE TUTELA.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.¹

Por su parte, el artículo 6º., del Decreto 2591 de 1.991 señala:

ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.²

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos

¹ Subrayas fuera del texto

² Subrayas fuera del texto

amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

DERECHO AL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En cuanto el derecho al acceso a la administración de justicia, el artículo 229 constitucional lo prevé como "el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin representación de abogado", mandato del cual se deduce que si la actuación de cualquier autoridad pública interfiere con el acceso a la justicia puede exigirse su concreción a través de la acción de tutela, siempre y cuando no exista otro mecanismo de defensa o de existir este resulte ineficaz.

En estos términos la Corte ha sostenido que:

"[E]l acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados³. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa -que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales⁴, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior."⁵

En virtud de lo anterior, la Corte considera que el acceso a la administración de justicia tiene tres pilares que lo conforman, a saber, i) la posibilidad de acudir y plantear el problema ante el juez competente, ii) que el problema planteado sea resuelto y iii) que tal decisión se cumpla de manera efectiva.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia No. T-173 del 4 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias Nos. T-006/92, T-597/92, T-348/93, T-236/93, T-275/93 y T-004/95, entre otras.

⁵ Corte Constitucional. C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Estos presupuestos tienen sustento en los principios democráticos y los valores que guían la debida administración de justicia y por tanto el Estado Social de Derecho porque no solo los encargados de administrar justicia tienen la responsabilidad de hacer todo aquello que corresponda para solucionar un litigio y restablecer los derechos conculcados, sino también todas aquellas autoridades que tienen a su alcance propender por el acceso, la práctica de pruebas y finalmente cumplimiento de los fallos.

Así las cosas, resulta claro que la acción de tutela procede para concretar el goce efectivo del derecho a acceder a la administración de justicia, entre otros, cuando no se permita el acceso a las instancias judiciales y de permitirse el cumplimiento de lo reconocido en las mismas no sea cumplido cabalmente.

EL DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO

El referido derecho se encuentra previsto en el Art. 29 superior, y el mismo ha de entenderse como aquel deber de las autoridades judiciales y administrativas, de resolver los asuntos de su competencia con estricta sujeción a las normas tanto constitucionales como legales y reglamentarias, proscribiéndose así la arbitrariedad y la subjetividad en las actuaciones, de tal manera que todos los funcionarios, tenemos la obligación de cumplir nuestros deberes sin excedernos en su ejercicio, tal como lo prescribe el artículo 6° de la Carta Política, y por ello, si la omisión del deber funcional o su extralimitación causa un daño a terceras personas, se activa la posibilidad de que la persona afectada demande al Estado para obtener la condigna reparación, como bien lo señala el artículo 90 de la codificación superior..

"ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

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

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

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a

controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

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

Por manera que debe auscultarse si se violaron los derechos constitucionales fundamentales invocados, o de cualquier otro que se encuentre probado en el transcurrir de la presente actuación preferente y sumaria.

IV. EL CASO CONCRETO

De la revisión de los medios probatorios aportados al proceso se encuentra demostrado, que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de las actuaciones desarrolladas en el expediente No. 09-140476, ordenó visita administrativa a las instalaciones de MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A., los días 2 y 3 de junio de 2010, la información recaudada en las visitas se trasladó al expediente No. 11-137432, y de manera oficiosa, mediante memorando radicado bajo el No. 11-137432 del 14 de octubre de 2011, se ordenó iniciar **averiguación preliminar** para determinar si existe la necesidad de iniciar una investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en el mercado de comercialización de arroz blanco a nivel nacional.⁶

El procedimiento para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, es el contemplado en los artículos 52 y 52 del Decreto 2153 de de 1992, que establece:

"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 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. (destacado del despacho)*

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

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos

⁶ Ver folio 142 vuelto del expediente.

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."

(...)

"ARTICULO 54. PROCEDIMIENTOS. *Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo."*

Ahora bien la actuación administrativa, se concibe como el conjunto de actos que forman el procedimiento administrativo, regulado en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo⁷, este procedimiento se puede iniciar de oficio, tal como lo establece el artículo 4, numeral 4º del Decreto 01 de 1984, situación que se presentó en el caso que nos ocupa, pues como consecuencia de las visitas administrativas se dio

⁷ Hoy Ley 1437 de 2011.

inicio a la averiguación preliminar No. 11-137432 del 14 de octubre de 2011, que trajo como consecuencia la expedición de la Resolución 58430 del 28 de septiembre de 2012, por medio de la cual se dio apertura de una investigación.

Empero, de acuerdo con los argumentos planteados por las partes, el fondo del asunto recae sobre la normatividad aplicable en la actuación administrativa; debido a la inconformidad que plantean los accionantes frente a la aplicación del Decreto 01 de 1984, concretamente respecto del término concedido para interponer el recurso de reposición en el artículo Décimo de la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, *"por medio de la cual se impone unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dictan órdenes e instrucciones"*, en el cual se ordenó la notificación de la citada resolución, informando que contra dicha providencia procedía el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los **cinco (5) días siguientes a su notificación**; frente a lo cual los accionantes estiman que el término debe ser el de 10 días, establecido en la ley 1437 de 2011.

Se tiene que los accionantes se notificaron de la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, mediante aviso el 22 de abril de 2015, y por escrito de fecha 29 de abril de 2015, interpusieron recurso de reposición contra la citada resolución, **únicamente contra el artículo 10 de la misma**, a fin de que fuera modificado el término para interponer el recurso de reposición en aplicación a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011. La entidad accionante mediante Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, confirmó la resolución recurrida, ordenando la notificación de la misma, e indicando a los recurrentes que en su contra no procedían recursos.

Los accionantes en escrito de fecha 29 de mayo de 2015, presentaron solicitud de adición de la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, a fin de que fueran resueltas todas las cuestiones que habían sido planteadas, y en el mismo escrito se solicitó la aclaración de la citada resolución bajo el argumento que ofrece serio motivo de duda que para efectos de determinar que es el CCA el código aplicable a la presente investigación administrativa, la SIC haya tomado como fecha de inicio de la misma el memorando interno que ordenó la averiguación preliminar, el que nunca fue notificado a los accionantes, en lugar de admitir que es el CPACA, el código aplicable a la presente actuación, en cuanto a que la Resolución No. 58430 del 28 de septiembre

de 2012, fue expedida después de la entrada en vigencia del CPACA que ocurrió el 2 de julio de 2012.

Frente a la procedencia de la aplicación o no de las normas del CCA., por remisión del artículo 54 del Decreto 2153 de de 1992, se debe tener en cuenta que, como se vio antes, la actuación preliminar se inició el 14 de octubre de 2011; y por lo tanto es esta la fecha determinante para establecer la normatividad aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 308 del la Ley 1437 de 2011, que establece:

“Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

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

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

Destaca el despacho

Lo anterior significa, sin mayores lucubraciones que en el presente caso, la normatividad aplicable era, a no dudarlo, la prevista en el Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, pues en efecto, .la actuación administrativa no se inició con la apertura de investigación formal, sino con la de indagación preliminar, que se reitera comenzó antes de la expedición de la ley 1437 de 2011, no siendo de recibo el argumento de los accionantes cuando sostienen que la normatividad aplicable es ésta y no la del Decreto 01 de 1984, aduciendo que la actuación administrativa inicia con la apertura de investigación y no con la indagación preliminar lo cual no es cierto, pues en este caso la actuación se inició de oficio por la autoridad accionada, mediante una indagación preliminar que también hace parte de la referida actuación administrativa y por lo tanto es la fecha de apertura de esta la que marca en el tiempo el momento para la aplicación del régimen de transición de la ley 1437 de 2011; de tal suerte que no puede alegarse vulneración al debido proceso por este aspecto.

Sobre el particular, vale la pena traer a colación lo señalado por el H. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativa Sección Tercera ⁸ sobre el alcance del debido proceso:

"El debido proceso se encuentra consagrado en el art. 29 de la C.P., cuyo primer párrafo prescribe que "...se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales administrativas". No es, como en ocasiones se piensa, un culto a la ritualidad que es menester observar en los diversos procedimientos, sino un precepto básico en cualquier estado de derecho que protege la defensa de quienes aspiran a que la administración o la justicia se pronuncie en uno u otro sentido. Pero no es cualquier irregularidad u omisión la que puede constituir quebranto de la citada norma constitucional, sino aquella que ponga en peligro o cause desmedro a los intereses de los sujetos que contienden o respecto de los cuales se inquiera sobre ciertos hechos. Es decir, debe tratarse de un vicio con carácter trascendente." (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, en el presente asunto los accionantes tuvieron la oportunidad de intervenir y participar dentro de la correspondiente actuación administrativa, e interponer los recursos, contra las decisiones que le fueran contrarias a sus intereses.

El artículo 50 del Decreto 01 de 1984 establece:

ARTÍCULO 50. Recursos en vía Gubernativa. *Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:*

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (Subrayas por el despacho)

(...)

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.

Recibido el escrito, el superior ordenará inmediatamente la remisión del expediente, y decidirá lo que sea del caso.

Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla.

⁸ Sentencia de 8 de mayo de 1997, radicación No 4032, M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

A su vez el artículo 51 del CCA, frente a la oportunidad y presentación de los recursos, estableció.

ARTÍCULO 51. *De los recursos de reposición y apelación habrá de hacerse uso, por escrito, en la diligencia de notificación personal, o dentro de los cinco (5) días siguientes a ella, o a la desfijación del edicto, o la publicación, según el caso. Los recursos contra los actos presuntos podrán interponerse en cualquier tiempo.*

Los recursos se presentarán ante el funcionario que dictó la decisión, salvo lo dispuesto para el de queja, y si quien fuere competente no quisiere recibirlos podrán presentarse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que ordene su recibo y tramitación e imponga las sanciones correspondientes.

El recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición.

Transcurridos los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos procedentes, la decisión quedará en firme.

Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios. (subrayas fuera del texto)

Del material probatorio obrante en el expediente se tiene que los accionantes a través de su apoderado judicial, mediante escrito radicado el 29 de abril de 2015 interpusieron recurso de reposición contra la Resolución 16562 del 14 de abril de 2015, pero únicamente contra el artículo 10º de este acto administrativo, es decir su inconformidad no se planteó frente al contenido de fondo de la decisión, sino exclusivamente respecto del término otorgado para interponer el recurso de reposición, el cual fue decidido mediante la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, concluyéndose de esta forma la actuación administrativa, de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo; **TÍTULO III CONCLUSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Firmeza de los actos administrativos ARTÍCULO 62.** Los actos administrativos quedarán en firme:

2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

De otro lado, si bien es cierto los accionantes mediante escrito de fecha 29 de mayo de 2015, presentaron solicitud de adición y aclaración respecto la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, del contenido de esta nueva solicitud se puede concluir que se trata nuevamente de un recurso de reposición, pues la finalidad de éste es que se modifique, revoque o aclare la decisión, contra la Resolución que había resuelto el

recurso de reposición inicialmente interpuesto, lo que lo torna improcedente, toda vez que frente a la Resolución No. 23709 del 13 de mayo de 2015, no procedía recurso alguno; pues como se dejó expuesto el procedimiento administrativo había concluido con la resolución que resolvió el recurso de reposición, y en consecuencia el acto administrativo recurrido había cobrado firmeza en los términos del art. 62 ibidem.

El fenómeno procesal de la **firmeza de los actos administrativos**, implica en principio, que la decisión se torna incuestionable en sede administrativa, lo que a su vez conlleva su ejecutoriedad. Y acaece, para este caso, ante la ocurrencia de cualquiera de las cuatro condiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo.

“ARTÍCULO 62. Los actos administrativos quedarán en firme:

1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso.
2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.
3. Cuando no se interpongan recursos, o cuando se renuncie expresamente a ellos.
4. Cuando haya lugar a la perención, o cuando se acepten los desistimientos.”

En conclusión, estima el despacho, que no se avizora vulneración al debido proceso administrativo en la actuación que es objeto de esta acción de tutela.

De otra parte, en cuanto a la presunta vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia, debe decirse que al no ser obligatorio el recurso de reposición para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, una vez notificados en debida forma los accionantes, y en firme el acto administrativo definitivo; con el fin de controvertir su legalidad pudieron acudir previo trámite del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, exponiendo las causales y el concepto de violación por las que estiman que el acto debe ser anulado por el juez e invocando el respectivo restablecimiento del derecho, pudiendo inclusive hacer uso del amplio catálogo de medidas cautelares (Ley 1437 de 2011, arts. 229 y ss.); que permiten suspender provisionalmente tanto los efectos del acto administrativo, como de un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter sancionatorio; y **permitiendo además la adopción de medidas cautelares de urgencia.**

La eficacia del medio judicial ante el juez natural se refuerza si se tiene en cuenta además que la medida cautelar puede ser solicitada en cualquier estado del proceso, tal y como lo dispone la ley 1437 de 2011 en su art. 233:

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso (...).

El despacho considera que no existen circunstancias excepcionales que permitan admitir la procedencia de la acción de tutela para controvertir decisiones sancionatorias, y por lo tanto sigue los lineamientos señalados por la H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-355 de 2015, en la que si bien se estudió el caso de una sanción disciplinaria, su *ratio decidendi*, resulta plenamente aplicable a este caso concreto:

“...El Consejo de Estado confirmó la sentencia adoptada en primera instancia y, para ello, se apoyó en las siguientes razones.

“...4.3.1. El accionante cuenta con medios judiciales para cuestionar la validez de la decisión adoptada por la PGN. En esa dirección puede promover procesos de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la suspensión provisional de los actos administrativos correspondientes. La regulación actual de la suspensión provisional tiene igual prontitud y eficacia protectora que la acción de tutela dado que se decide al momento de iniciar el proceso, de una parte, y se encuentra prevista para evitar un perjuicio irremediable, de otra. Adicionalmente la contradicción que se requiere para acceder a la solicitud de suspensión provisional no tiene el rigor del pasado a tal punto que, por ejemplo, es posible adelantar un estudio complejo para determinar si existe o no tal contradicción. (...)

Y Concluye la Corte, señalando en la regla de decisión lo siguiente:

“2. Regla de decisión.

2.1. Por regla general no procede la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio para cuestionar la validez constitucional de decisiones adoptadas por la Procuraduría General de la Nación y que impongan la sanción de destitución e inhabilidad general a funcionarios de elección popular. En la actualidad, la Ley 1437 de 2011 y la interpretación que del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y de la figura de la suspensión provisional ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado, permite que la jurisdicción contencioso administrativa (i) adelante un control pleno e integral orientado a la protección de los derechos fundamentales de los sujetos sancionados y (ii) suspenda provisionalmente los actos administrativos sancionatorios cuando

concluya que ellos violan las disposiciones que se invocan como fundamento de la nulidad. Destacado fuera del texto original

La acción de tutela en este caso es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judicial. El artículo 86 de la Carta Política dispone que la acción de tutela tiene carácter subsidiario, esto es, que existiendo otros mecanismos para la defensa de los derechos fundamentales, se debe acudir a los mismos.

De forma tal, que la acción de tutela, sólo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para obtener la protección a sus derechos, o cuando existiendo éste, resulte imperiosa la intervención inmediata del juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En particular, en sentencia T-214 de 2004 la Corte afirmó que es la jurisdicción contenciosa administrativa la llamada a conocer por excelencia las controversias que se generen con ocasión de actos de la administración:

“En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa quien está vinculada con el deber de guarda y promoción de las garantías fundamentales.⁹ Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad nacional contempla. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo.¹⁰ El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo que implica que si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela devendrá improcedente. En caso de existir otro medio de defensa, procede la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable¹¹” (Citas dentro del texto original).

Por lo cual la Corte ha señalado que:

“Aunque el derecho al debido proceso administrativo adquirió rango fundamental, ello no significa que la tutela sea el medio adecuado para controvertir este tipo de

⁹ En la SU-544 de 2001, esta Corporación indicó: “La acción de tutela como mecanismo transitorio únicamente opera cuando se amenaza un derecho fundamental y el juez tiene la posibilidad de adoptar una medida temporal de protección, para evitar un perjuicio irremediable. En materia de debido proceso administrativo, salvo que se trate de una serie de hechos concatenados, resulta en extremo difícil sostener que una persona se enfrenta a un posible perjuicio irremediable en razón al peligro de que el derecho se viole. La Corte no descarta la posibilidad, sin embargo, para que proceda, resulta necesario que la administración no haya adoptado la decisión, pues en tal caso, se estará frente a una violación y no ante la puesta en peligro del derecho.”

¹⁰ Al respecto pueden consultarse las sentencias T-045 de 1993, T-480 de 1993, T-554 de 1993, T-142 de 1995

¹¹ Pueden Consultarse, entre otras, las sentencias T-468 de 1992, T-145 de 1993, T-225 de 1993, SU-1193 de 2000, T-751 de 2001.

actuaciones. En principio, el ámbito propio para tramitar los reproches de los ciudadanos contra las actuaciones de la administración es la jurisdicción contenciosa administrativa. El recurso de amparo sólo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuentan con otro medio de defensa efectivo".¹²

En esta medida si el afectado por una decisión administrativa que estima contraria al ordenamiento jurídico cuenta con la posibilidad de ejercer las acciones o recursos previstos para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, el mecanismo de amparo constitucional no tiene la virtualidad de desplazarlos ni de convertirse en un recurso adicional o supletorio de las instancias propias de cada jurisdicción; máxime, si como se expuso antes, actualmente cuenta con un amplio catálogo de medidas cautelares que puede solicitar en cualquier estado del proceso.

De esta manera, la presente acción no resulta ser procedente, pues, como arriba se dijo, ella no fue establecida como instancia supletiva cuando existen mecanismos administrativos y ordinarios de defensa judicial, ni como recurso para resucitar términos procesales prescritos, caducados o no usados adecuadamente por su titular.

En conclusión, el Despacho estima que en el presente caso no se reúnen las condiciones de procedencia de la acción de tutela, como quiera que; de un lado no se advierte una violación al debido proceso; y de otra parte existen otros mecanismos de defensa judicial para controvertir las decisiones administrativas proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del procedimiento administrativo adelantado por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, en el que se proferieron la Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, por medio de la cual se impuso sanción por infracciones al régimen de protección de la competencia y se dictan órdenes e instrucciones, a los accionantes, confirmada mediante Resolución No. 27709 del 13 de mayo de 2015; la Resolución 30110 del 10 de junio de 2015, por la cual se resuelve un recurso de reposición (aclaración y adición), y la Resolución No. 31377 del 22 de junio de 2015, por medio de la cual se rechaza por extemporáneo un recurso de reposición.

¹² Sentencia T-806 de 2004 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández). Sobre el carácter fundamental del derecho al debido proceso administrativo se puede consultar la sentencia C-597 de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería).

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, El Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá – Sección Segunda, Administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la ley,

VI. RESUELVE:

PRIMERO: Declarase improcedente el amparo de tutela solicitado por los señores **ANÍBAL ROA VILLAMIL, HERNANDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, PABLO JULIO GUTIÉRREZ URIBE, EDGAR GAVIRIA HERRERA Y LA ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese por el medio más expedito a la demandada, a los accionantes, conforme al artículo 30 del Decreto N° 2591 de 1991.

TERCERO: Si no fuere impugnado el presente fallo, envíese al día siguiente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 31. Decreto. 2591).

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JHON ÁLVARO VELASCO ACOSTA
Juez