

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá DC, diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: **FREDY IBARRA MARTÍNEZ**
Radicación: **No. 11001-33-31-001-2012-00156-03**
Demandante: **CLAUDIA MARIA STERLING POSADA**
Demandado: **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**
Referencia: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**

En aplicación de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA18-11125 de 11 de octubre de 2018 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y la Circular no. 002 de 16 de octubre de 2018 suscrita por el Presidente de esta corporación se deja constancia que el proceso de la referencia se remite a la Sala Transitoria de este tribunal, por secretaría **infórmeles** a las partes dicha circunstancia por el medio más expedito y **háganse** las correspondientes anotaciones en el sistema de gestión judicial "Siglo XXI".

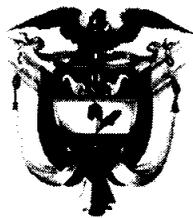
CÚMPLASE


FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



29

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
SALA TRANSITORIA**

Bogotá D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Ponente: **LEONARDO GALEANO GUEVARA**
Ref. Expediente: 11001-33-31-001-**2012-00156-03**
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala avoca conocimiento según Acuerdo PCSJA18-11125 del 11 de octubre de 2018 y al no existir causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el recurso de apelación interpuesto por la parte **demandada** contra la sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Catorce Administrativo de Descongestión-Mixto-del Circuito de Bogotá que **accedió** a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

“1°) Declárase la nulidad de los artículos décimo octavo y décimo noveno de la resolución 46111 de 30 de agosto de 2011 y del artículo tercero de la resolución 65116 de 21 de noviembre de 2011 en lo que a la señora Claudia María Sterling respecta, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

2°) Condénese a la Superintendencia de Industria y Comercio a reintegrar a favor de la señora Claudia María Sterling la suma de sesenta y nueve millones seiscientos veintiocho mil pesos (\$69.628.000) más los intereses corrientes que se hubieren causado desde el momento en que la demandante efectuó el pago hasta el momento del reintegro.

3°) Condénese a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar la siguiente suma de dinero por concepto de perjuicios morales:

A la señora Claudia María Sterling el equivalente a 30 S.M.L.M.V.

4°) Ordenase a la Superintendencia de Industria y Comercio publicar un extracto de la presente sentencia en un diario de amplia circulación nacional, los días domingos por el lapso de un mes, en el que se informe que la mencionada persona no fue responsable de las conductas reprochadas en la actuación administrativa, tal y como se dispuso en la resolución No. 46111 de 30 de agosto de 2011, confirmada mediante

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

acto administrativo No. 65116 de 21 de noviembre de 2011 y cuya nulidad se declara en esta sentencia.

5º) Deniégase la tacha de falsedad al testimonio rendido por la señora Cecilia Posada de Sterling formulada por la apoderada de la Superintendencia de Industria y Comercio.

6º) Deniéguense las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

7º) Absténesse de condenar en costas a la parte actora.

8º) La entidad dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

9º) Devuélvase a la parte actora el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

10º) Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente previas las constancias secretariales de rigor”.

I. HECHOS

La parte demandante presentó como fundamentos fácticos del libelo, en síntesis, los siguientes:

“1) La SIC mediante Resolución 10958 del 6 de marzo de 2009 abrió investigación contra Salud Total EPS por haber realizado las conductas anticompetitivas descritas en los numerales 1, 8 y 10 de los artículos 3 y 5 del Decreto 1633 de 1994; a su vez, abrió investigación contra la señora Claudia María Sterling Posada, representante legal suplente de Salud Total EPS, por haber autorizado, tolerado y ejecutado las conductas anticompetitivas contenidas en las normas antes mencionadas.

2) Mediante Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 la SIC sancionó a la parte demandante con una multa de \$69.628.000, por cuanto autorizó/toleró las conductas anticompetitivas realizadas por la sociedad Salud Total EPS S.A.

3) Contra la anterior decisión, la señora Sterling interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante resolución 65116 de 21 de noviembre de 2011, en la que se confirmó en todas sus partes la decisión recurrida”.

II. PRETENSIONES

“A TITULO DE NULIDAD

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

Se declare la nulidad de los siguientes artículos de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto de 2011 "Por medio de la cual se imponen unas sanciones" expedida por el Dr. JOSE MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO Superintendente de Industria y Comercio.

(...) ARTÍCULO. DECIMO OCTAVO. Declarar que CLAUDIA MARÍA STERLING identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.619.961 quien se desempeñaba para la fecha de los hechos como representante legal de la empresa SALUD TOTAL, autorizó / toleró las conductas de que tratan los artículos primero y segundo de la parte resolutive del presente acto, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO. DECIMO NOVENO. Imponer una sanción pecuniaria a CLAUDIA MARIA STERLING, en su calidad de representante legal de la empresa SALUD TOTAL, para la época de los hechos, por la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$69.628.000).

PARÁGRAFO. El valor de la sanción pecuniaria que se por (sic) esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque en el Banco de Bogotá, cuenta corriente No. 062-754387 a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio - Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución.

El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causaran (sic) intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectuó (sic) dicha liquidación (...)

Se declare la nulidad del siguiente artículo de la Resolución 65116 del 21 de noviembre de 2011 "Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición" expedida por el por el (sic) Dr. JOSE MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO Superintendente de Industria y Comercio.

ARTÍCULO TERCERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 46111 del 30 de agosto del 2011.

Lo anterior en lo que hace referencia al (sic) confirmación de la sanción impuesta a la (sic) CLAUDIA MARIA STERLING en calidad de representante legal de Salud Total S.A. EPS contenida en los artículos Décimo Octavo y Décimo Noveno de la Resolución No. 46111 del 30 de agosto del 2011 "Por medio de la cual se imponen unas sanciones expedida por el Dr. JOSE MIGUEL CALLE RESTREPO Superintendente de Industria y Comercio.

A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

-Que una vez se hayan declarado nulos los apartes de los actos administrativos objeto de la presente acción, se ordene la Superintendencia de Industria y Comercio, reintegrar a MI REPRESENTADA la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL PESOS (\$69.628.000) más los intereses legales corrientes que se haya causado desde la fecha en que este dinero fue consignado a la Superintendencia de Industria y Comercio hasta la

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

fecha en que se reintegran a la citada EPS (sic), con la indexación de la suma objeto de la multa.

-Se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio publicar en un periódico de amplia circulación nacional cuatro veces en el mes los días domingo, un resumen de la sentencia que se llegue a proferir a favor de mi representada, informado al país que la Dr. (sic) CLAUDIA MARÍA STERLING POSADA no fue responsable de las conductas por las cuales se la (sic) abrió investigación por parte de la SIC mediante Resolución 10958 del 6 de Marzo de 2009. Debe la SIC en aplicación del principio de reparación integral pedir excusas públicas a la Dra. Claudia Sterling Posada manifestado (sic) que ella no fue responsable de las conductas por las que fue sancionada.

Se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a la Dra. CLAUDIA MARIA STERLING las siguientes sumas de dinero:

100 S.M.L.M. y, por el daño moral, por los padecimientos que tuvo CLAUDIA MARÍA STERLING POSADA durante el desarrollo de la investigación y la sanción contra ella proferida, lo cual la afectó moralmente al tener que enfrentar una investigación y una sanción por conductas que ella no realizó.

500 S. M. L. M. y., por el daño al buen nombre del que fue víctima mi representada cuando la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó publicar en un diario de amplia circulación nacional la sanción que profirió la SIC mediante Resolución 46111 del 2011.

Se condene a pagar y reparar a favor de mi representada a título de restablecimiento del derecho, cualquier daño material o inmaterial o de cualquier índole, que se llegue a probar en el proceso”.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como sustento de las pretensiones la parte demandante adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas:

- ☑ Artículo 29 de la Constitución Política.
- ☑ Artículos 35 y 38 del Decreto 01 de 1984.

En explicación de ese quebranto normativo planteó con la demanda los siguientes motivos de censura que concretó así:

1. Primer Cargo: falsa e indebida motivación.

Los fundamentos de esta acusación fueron los siguientes:

- 1) La parte actora señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) motivó de manera indebida los actos acusados, por

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

31

-SENTENCIA-

cuanto, la responsabilidad del representante legal no se colige de la responsabilidad de la empresa que representa, en la medida en que la responsabilidad de esta última y de las personas naturales investigadas son dos formas de responsabilidad distintas originadas en normas legales diferentes, con efectos disímiles y atadas, cada una, a las probanzas propias de la investigación, lo que implica necesariamente dos juicios de responsabilidad autónomos e independientes.

Por lo anterior, para que se le pueda imputar responsabilidad a la persona natural, la SIC tiene la carga de demostrar de manera fehaciente y plena que la persona incurrió en alguna conducta reprochable, circunstancia que, según lo narrado en la demanda, no ocurrió en el presente caso, ya que no existe prueba que permita colegir de manera razonada y objetiva que la demandante tuvo conocimiento de la realización de alguna conducta, presuntamente, anticompetitiva por parte de Salud Total, y mucho menos que dentro del ejercicio de las funciones inherentes a su cargo haya autorizado, ejecutado o tolerado tales infracciones.

2) Del testimonio rendido por la demandante en la investigación administrativa adelantada por la SIC, se deduce claramente que conoció de la información que dio lugar a la presente investigación única y exclusivamente cuando se le notificó de la misma, y no hay prueba alguna documental ni vía electrónica que demuestre que ella tenía conocimiento de los hechos imputados, pues nunca asistió a los comités médicos de Salud Total como tampoco estuvo presente en las juntas directivas gremiales de ACEMI, en donde supuestamente se fraguó el acuerdo anticompetitivo, en razón a que quien asistía a dichas reuniones era el representante legal principal.

2. Segundo Cargo: violación al debido proceso.

En la Resolución 10958 del 6 de marzo de 2009 expedida por la SIC, por medio de la cual se abrió la investigación en contra de la parte actora, no

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

quedaron debidamente establecidas as circunstancias de tiempo, modo y lugar por las que se deduce que la señora Sterling autorizó y toleró las medidas anticompetitivas por las que fue sancionada Salud Total, en consecuencia, no tuvo la oportunidad de controvertir la imputación que se le estaba endilgando violando así el derecho de defensa.

3. Tercer cargo: el Superintendente se apartó de la conclusión y recomendación que el Superintendente delegado expresó en el informe motivado, sin explicar las razones para ello.

En la Resolución 46111 de 2011 el Superintendente explicó, en varios casos, por qué se apartaba de la recomendación efectuada por el Superintendente Delegado en el informe motivado; sin embargo, no adoptó la sugerencia que estaba encaminada a que no se le atribuyera responsabilidad alguna por lo previsto en el numeral 16 del artículo 40 del Decreto 2153 de 1992 a la señora Sterling, sin explicar las razones por las cuales tomaba esa decisión.

4. Cuarto cargo: caducidad de la facultad sancionatoria.

1) Los tres años de que trata el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 deben contarse a partir de los hechos probados que involucran a la demandante en la ejecución, autorización o tolerancia de las conductas anticompetitivas.

2) Cabe aclarar, que no existe prueba alguna que demuestre que la parte actora en este proceso autorizó, toleró o ejecutó un acuerdo para restringir la prestación de servicios médicos, manipular información o fijar los precios dentro del lapso de los tres años anteriores a la decisión de la SIC, que eventualmente le permitiera al despacho adecuar la interpretación para considerarla como una conducta continuada.

3) Así, no obstante haberse demostrado que no existió prueba reprochable por parte de la señora Sterling, los hechos y las pruebas que obran en el expediente administrativo de la SIC se retrotraen a un periodo

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

que supera los tres años de los que trata la norma antes citada, es decir, 2006 y 2007, lo cual implica que la facultad sancionatoria de la entidad sobre esos hechos está caducada, y, por ende, no tiene competencia *ratione temporis* para pronunciarse sobre los mismos.

IV. TRÁMITE PROCESAL RELEVANTE

1. Por auto del 25 de mayo de 2012 se rechazó la demanda por haber operado el fenómeno de la caducidad de la acción.
2. Mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2012, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, el cual fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante auto del 6 de septiembre de 2012, en el que se revocó la providencia del 25 de mayo de 2012 y se ordenó proveer sobre la admisión de la demanda.
3. Se admitió la demanda el 18 de marzo de 2013 y se dispuso la notificación personal a la Superintendencia de Industria y Comercio y al Ministerio Público.
4. Por auto del 21 de mayo de 2013 se declaró el desistimiento tácito de la demanda, providencia que fue recurrida por el apoderado de la parte actora mediante escrito presentado el 27 de mayo de 2013.
5. El 16 de julio de 2013 el Juzgado decidió continuar con el trámite de la demanda por cuanto se allegó el comprobante de pago de los gastos del proceso antes de la ejecutoria del auto que declaraba el desistimiento.
6. Mediante auto del 10 de septiembre de 2013 se corrigió el auto admisorio de la demanda en el sentido de indicar que la misma fue presentada por la señora Claudia María Sterling y no Salud Total,

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

- SENTENCIA -

como erradamente se había dispuesto, y se ordenó la notificación en debida forma a las partes.

7. La **Superintendencia de Industria y Comercio** contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. La demandada señaló que el debido proceso de la demandante fue protegido por la entidad, pues no sólo se agotaron todas las etapas procesales existentes, de las cuales fue partícipe la actora con el fallido propósito de demostrar su inocencia, sino que, además, recopiló todas las pruebas necesarias para demostrar las conductas contrarias a la libre competencia conforme a las cuales procedió a expedir las resoluciones demandadas.

Puso de presente, que la violación al derecho de defensa ocurre cuando no se ha dado al investigado la oportunidad para alegar, plantear sus argumentos frente a los hechos que se le imputan, y para solicitar o aportar las pruebas que pretenda hacer valer con el fin de controvertir los cargos formulados y desvirtuar las pruebas que obren en su contra, situación que en el sentir del apoderado de la entidad demandada, es ajena al caso concreto puesto que tanto el demandante, como los demás sancionados tuvieron e hicieron uso del derecho de defensa en las oportunidades que conforme a la ley se han dispuesto para tal fin.

Respecto a la ausencia de prueba que implique a la demandante en el proceso adelantado por la SIC, advirtió que la omisión en las responsabilidades de los representantes legales también acarrea su responsabilidad, y que de las funciones propias del cargo que desempeñaba la actora en Salud Total, se desprende que sí conoció de las conductas investigadas en la medida en que toleró y autorizó las mismas.

En cuanto a los perjuicios morales, consideró que el hacer pública una decisión como la que hoy es materia de discusión, no implica

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

desde ningún punto de vista generar daños por parte de la entidad demandada frente a los sancionados, máxime si se tiene en cuenta que la sanción fue impuesta con ocasión de una infracción plenamente probada.

8. El 6 de marzo de 2014 se abrió a pruebas el asunto de la referencia. Una vez fenecida dicha etapa, mediante auto del 25 de octubre de 2015 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.

En esta oportunidad, la parte **demandada** y **demandante** reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el libelo introductorio, respectivamente.

El Ministerio Público guardó silencio.

V. TRÁMITE Y SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite procedimental en primera instancia, el Juzgado Catorce Administrativo de Descongestión- Mixto-del Circuito de Bogotá mediante sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016) **accedió** a las pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha conclusión el Juzgado consideró:

“La parte actora pretende la declaración de nulidad de los artículos décimo octavo y décimo noveno de la Resolución 46111 de 30 de agosto de 2011 y del artículo tercero de la Resolución 65116 del 21 de noviembre de 2011 en lo que a la demandante respecta, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de las cuales se impuso una sanción de multa y se resolvió un recurso de reposición, respectivamente, en razón a que en dichos actos se sancionó a la señora Claudia María Sterling con una multa que asciende a la suma de \$69.628.000 sin que, a juicio de la parte demandante, se hubiere demostrado por la entidad demandada que ella toleró o autorizó las conductas de que tratan los numerales 1, 8 y 10 del artículo 5 Decreto 1663 de 1994; asimismo, pretende que una vez declarada la nulidad de los actos antes mencionados, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) le reintegre la multa cancelada a su favor, más los intereses que se causen hasta la fecha en que se realice el pago efectivo y que, además, le sean reconocidos los perjuicios morales causados y 500 S.M.L.M.V. por el daño al buen nombre.”

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

- SENTENCIA -

A juicio de la demandante los actos acusados están viciados de nulidad por: i) falsa e indebida motivación, en razón a que la responsabilidad del representante legal suplente de una empresa sancionada por la SIC no se colige o presume sino que debe demostrarse; ii) violación al debido proceso por cuanto en la resolución 10958 del 6 de marzo de 2009 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual se abrió la investigación en contra de la señora Sterling Posada, no se precisó de forma clara, detallada y completa las circunstancias de tiempo, modo y lugar por las que se le investigaba, con el fin controvertir la imputación que se le endilgaba; iii) el Superintendente se apartó de la conclusión y recomendación que el Superintendente Delegado expresó en el informe motivado, sin explicar las razones para ello; y iv) la decisión se produjo una vez operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración respecto de la demandante.

(...)

no encuentra el Despacho razones suficientes por las que el ente demandado decidió sancionar a la señora Sterling, teniendo en cuenta que de la revisión exhaustiva y análisis de cada una de las pruebas allegadas a este proceso como de las practicadas y allegadas en el proceso sancionatorio, se encuentra que la demandante cumplía las funciones propias de su cargo, dentro de las cuales no se encuentra la de fijar políticas técnicas o hacer parte del comité médico de ACEMI, por el contrario, se observa que sus funciones se limitaban al área jurídica y al manejo de los procesos concernientes a esta área.

En efecto, se advierte que la señora Claudia María Sterling, en el testimonio por ella rendido, manifestó que aparte de los procesos que debía atender, también cumplía con una función consultiva y hace referencia a que las distintas áreas de la compañía se acercaban a ella en los eventos en que tenían una duda jurídica.

Puntualmente, se refirió a que en algunas ocasiones la vicepresidente de salud del momento le consultaba ciertos aspectos y ella se limitaba a dar su concepto jurídico, sin que esto pudiera significar que tuviera conocimiento del contexto en el que surgía la duda o para qué se utilizaría el concepto por ella suministrado.

En otras palabras, no se encuentra probado en el expediente que las consultas que se le hacían a la señora Claudia María estuvieran relacionadas con el acuerdo anticompetitivo por el cual fue sancionada, por lo que no resulta razonable concluir que por la función consultiva que ella cumplía hubiere tolerado, autorizado o mucho menos ejecutado las conductas que se reprocharon, pues las funciones que desempeñaba como representante legal suplente eran ejercidas únicamente en ausencia del principal.

(...)

En atención a lo anterior, se arriba a la conclusión de que los representantes legales suplentes deberán estar disponibles para que actúen en aquellos casos en los que le resulte imposible al representante legal principal desempeñar las funciones propias de su cargo, es decir, el suplente actuará únicamente en ausencia del principal.

De esta forma, se tiene que no se encuentra demostrado en el expediente que la señora Sterling hubiere remplazado al señor Reina Echeverry en las funciones que debía cumplir como representante legal, o que, puntualmente, hubiera asistido a los comités médicos que se llevaban a cabo en ACEMI como representante legal segunda suplente de la empresa.

Adicionalmente, se evidencia que en ninguno de los correos electrónicos que sirvieron de prueba para sancionar a las diversas E.P.S. y sus representantes legales se

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

indica como destinataria o copiada a la hoy demandante en este proceso ni tampoco fue remitente de ninguno de estos, de manera que no se evidencian los soportes probatorios que utilizó la mencionada entidad para sancionar a la parte actora.

Ahora, señala la S.I.C. en la Resolución 65116 de 21 de noviembre de 2011, por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición, que "basta con que se haya evidenciado el conocimiento que como representante de la empresa haya tenido la señora Sterling de la conducta realizada y que frente a los mismos no hubo actuación alguna para evitarlos o corregirlos para estructurar la existencia de tolerancia frente al acuerdo anticompetitivo' sin embargo, no encuentra el Despacho la prueba que lleve a la certeza de que efectivamente la implicada en el proceso administrativo hubiere conocido sobre las conductas anticompetitivas, ya que del testimonio por ella rendido, de los correos electrónicos y de los demás medios probatorios no se logra ni siquiera inferir su conocimiento, por lo que no hay ninguna razón válida que permitiera al ente demandado determinar que la actora toleró las conductas a las que se hizo alusión en los actos demandados.

Por otro lado, si bien es cierto que los administradores tienen un deber de diligencia y cuidado especial en sus negocios, en este caso a la señora Sterling no se le podía obligar a lo imposible, ya que ella en su calidad de segunda suplente del representante legal, únicamente actuaba, como ya se dijo, en los casos en los que el principal no pudiera desarrollar las funciones propias de su cargo; en esa medida, y como no se encuentra demostrado que ella en razón del cargo que desempeñaba como secretaria general y jurídica de la compañía, haya tenido injerencia o por los menos conocimiento de las conductas anticompetitivas, resulta claro para el Despacho que las resoluciones acusadas fueron falsamente motivadas, en razón a que hay una ausencia real de los motivos en que se fundamentó la superintendencia para sancionarla.

(...)

Bajo esa perspectiva, no encuentra el Despacho que el ente sancionador hubiere determinado de forma clara, expresa y detallada cuáles fueron los hechos por los cuales se decidió vincular, particularmente, a la señora Sterling, y no a otros funcionarios de la misma empresa como por ejemplo al representante legal principal, al primer suplente o a quienes participaron de las cadenas de conversaciones sostenida con ACEMI por medio de correos electrónicos.

Lo anterior resultaba relevante para que la actora hubiera podido ejercer su derecho de defensa de manera integral, ya que si se hubieran especificado los hechos por los cuales se le estaba vinculando a la administración, habría podido utilizar todos los mecanismos de defensa necesarios para atacar esos hechos puntuales que se le reprochaban.

Sin embargo, se echa de menos por parte del Despacho cuáles fueron los fundamentos fácticos por los que la Superintendencia decidió abrir investigación que la llevaron a asegurar que habría por lo menos tolerado las conductas anticompetitivas y, en consecuencia, a imponerle una sanción, lo que conlleva a una clara violación del debido proceso.

En atención a lo anterior, el Despacho encuentra que el primero y segundo de los cargos alegados, están llamados a prosperar dado que la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio se llevó a cabo sin el respeto de las garantías del debido proceso con que cuenta la parte actora y, adicionalmente, motivó los actos administrativos acusados de manera falsa, es decir, que los argumentos esgrimidos en ellos no corresponden con lo realmente probado dentro del proceso.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

Por consiguiente, se concluye que la señora Claudia María Sterling logró demostrar los cargos relativos a la falsa motivación y violación del debido proceso, por lo cual se declarará la nulidad de los artículos décimo octavo y décimo noveno de la resolución 46111 del 30 de agosto de 2011 y el artículo tercero de la resolución 65116 del 21 de noviembre de 2011, en lo que a la actora en este proceso respecta”.

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así decidido, la parte **demandada** interpuso oportunamente recurso de apelación, y adujo como motivos de inconformidad los siguientes:

“Las afirmaciones realizadas por la Demandante y que fueron acogidas plenamente por el A-quo, en cuanto a la falsa motivación de los actos acusados, carecen de asidero jurídico, debido a que esta Superintendencia al proferir, los actos administrativos que dieron origen a la sanción, y aún aquel que dio apertura a la investigación, expresó las razones de derecho que fundamentaron las decisiones demandadas. Además, dichos motivos hacen referencia a una concreta relación entre los hechos y las consideraciones jurídicas que le son aplicables, de tal manera que lo resuelto corresponde a la realidad de los acontecimientos y ello se traduce en la inexistencia de falsa motivación, (...).

Con el respeto que naturalmente merece el Juez de instancia, una lectura del fallo impugnado, necesariamente lleva a la conclusión que ese Despacho interpretó de manera equivocada las disposiciones que prevén la responsabilidad de las personas naturales que fueron investigadas y posteriormente sancionadas. Tal como fue expuesto, la señora CLAUDIA MARÍA STERLING, si bien es cierto ostentaba la calidad de Representante Legal Segunda Suplente, lo es también el hecho que desde el 30 de mayo de 1995 se desempeñaba en el cargo de Secretaria Jurídica de SALUD TOTAL S.A EPS, (...).

De la actuación administrativa adelantada por la SIC, plasmada en los actos demandados se observa que a través de la Resolución N° 109358 de 2009, se dio apertura a la investigación administrativa en contra de varias Entidades Promotoras de Salud agremiadas a ACEMI y sus representantes legales con el fin de comprobar si con su actuar habían infringido lo dispuesto en las disposiciones contenidas en el numeral 16 del Artículo 4° del Decreto 2153 de 1992, esto es, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas referidas en el Artículo 5°, numerales 1°, 8° y 10° del Decreto o 1663 de 1994 y Artículo 4° del Decreto 1663 de 1994.

Una vez notificada la resolución de apertura de investigación en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los investigados solicitaron y aportaron las pruebas que pretendían hacer valer en su defensa, con lo que se encuentra surtido los requisitos para que la interesada pueda hacer uso de sus derechos de contradicción y allegar pruebas pertinentes al proceso.

Aunado a lo anterior debe decirse que, como quedó evidenciado, no se impuso la medida sancionatoria con base en pruebas frente a las que la investigada no pudo defenderse; en oportunidad debida se le corrió traslado de los cargos ella formuló los correspondientes descargos, solicitó y contradujo las pruebas obrantes en la actuación administrativa e interpuso los recursos de ley los que se resolvieron a través de actos administrativos debidamente motivados.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

En atención a lo precedente, en el sub examine está evidenciado que las conductas desplegadas son anticompetitivas en la medida en que desatendieron las prohibiciones contenidas en el numeral 16 del Artículo 4° del Decreto 2153 de 1992; que la indagación arroje resultados distintos a los pretendidos por la actora no implica per se infracción al debido proceso. Como puede verse la Superintendencia desplegó las actuaciones que le eran propias en cuanto a aquello que estaba a cargo del Estado sin perjuicio que la investigada también ejerciera la iniciativa probatoria a fin de buscar el esclarecimiento de los hechos, dicho amparo se refleja en las oportunidades de rendir sus descargos, presentar pruebas, controvertir las existentes y allegadas al expediente, presentar observaciones y que estas sean evaluadas en su integridad, bajo los elementos del principio de la sana crítica, los cuales se encuentran acatados.

(...)

Por último, como se ha insistido a lo largo de todo el procedimiento administrativo y hasta esta etapa, el Superintendente de Industria y Comercio, al momento de adoptar su decisión final, no tiene la obligación de seguir las recomendaciones contenidas en el Informe Motivado de la Delegatura, debido a que analiza de manera independiente las pruebas obrantes en el expediente y como en el presente, caso las valora bajo su propio criterio. No obstante lo anterior, tanto la posición frente a la estructuración de la infracción, como la prueba tenida en cuenta para la decisión sancionatoria fueron debidamente explicadas en los actos administrativos expedidos por el Superintendente de Industria y Comercio, como a este punto ya se ha explicado ampliamente.

Como podrá concluirse de las actuaciones propias del presente proceso, así como en el desarrollo de este escrito, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dado cabal cumplimiento a lo aquí señalado, así como a la normatividad concordante y complementaria.

(...)

Se tiene entonces que las conductas que fueron desplegadas por las empresas promotoras de salud que fueron sancionadas, así como por la asociación y sus Representantes Legales y demás personas naturales, estuvieron compuestas por una cadena de comportamientos que transcurrieron en el tiempo, siendo imposible realizar el análisis de las mismas de manera separada, toda vez que su finalidad era una sola, la de afectar la libre competencia en el sector de la salud en Colombia.

En el presente caso, como se expuso en diferentes oportunidades en el trámite administrativo, a pesar de que a través de las normas no era necesario demostrar los efectos que la conducta anticompetitiva tuvo en el mercado, sí se encontró la celebración de acuerdos con el fin de afectar la competencia que perduraron en el tiempo.

Las razones de hecho y de derecho que fueron expuestas en los actos administrativos demandados y que se reiteran en el presente escrito, lejos de ser una forma de subsanar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad, se adecúan plenamente a las circunstancias de la investigación administrativa adelantada por la Entidad, por encontrarnos, primero, frente a una conducta compuesta por una serie de actos relacionados entre sí con una misma intención, que deben ser tenidos por el Honorable Despacho como de naturaleza continuada, segundo, porque se ha podido determinar, hecho que puede constatarse en el acervo probatorio que conforma el expediente administrativo, que existe prueba del ejercicio de la conducta, por lo menos, hasta el 5 de diciembre de 2008, tercero, porque el término de caducidad, si es contado desde la fecha aquí señalada, se haría efectivo a partir del 6 de diciembre de 2011, y finalmente, porque el acto de notificación de la resolución que resolvió los recursos interpuestos por los sancionados se surtió de

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

forma definitiva por medio de fijación en edicto que corrió entre el 30 de noviembre y el 2 de diciembre de 2011, fecha en la que se entiende ejecutoriada la mencionada resolución.

(...)

Los medios probatorios valorados por el A-quo para declarar la existencia de un daño moral, por sí mismos, no les asiste la suficiente entidad para demostrar que como consecuencia del despliegue de la actuación administrativa N 0 09-021413 en la cual se profieren decisiones condenatorias en contra de la Demandante, se haya causado una afectación en la esfera psicológica y emocional en la persona de CLAUDIA MARIA STERLING de tal magnitud que se repute como constitutiva de un perjuicio moral que llegara a tal punto de interferir en su ámbito laboral en relación con la calidad del trabajo por ella desempeñado, o incluso, a nivel personal y familiar, que desencadenara problemas con su cónyuge”.

VII. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El 28 de septiembre de 2016 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte **demandada**. El 4 de noviembre de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión.

En esta instancia procesal, la parte **demandada** reiteró en su integridad los argumentos esgrimidos en el recurso de alzada, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida.

La parte **demandante** solicitó confirmar la sentencia apelada con el argumento que los actos administrativos demandados se encontraban viciados por falsa motivación y violación al debido proceso, tal y como adujo el *a quo*.

El Ministerio Público guardó silencio.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. ASPECTOS PROCESALES

1. COMPETENCIA

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

36

-SENTENCIA-

El Tribunal Administrativo Sala Transitoria, es competente funcionalmente en segunda instancia para conocer del presente asunto iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹.

De igual manera, la Sala Transitoria es competente para asumir la causa judicial, según el Acuerdo No. PCSJA18-11125 del 22 de octubre de 2018 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

2. CADUCIDAD

El artículo 136 (núm. 2) del Código Contencioso Administrativo dispone que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “*caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso*”.

En el presente asunto, la Resolución No. 65116 del 21 de noviembre de 2011 que decidió el recurso de reposición presentado contra la Resolución 46111 del 30 de agosto de 2011, no fue notificada en la forma establecida por los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, por tal motivo, en aplicación al principio *pro actione* se tendrá por notificada por conducta concluyente la demandante el día 27 de febrero de 2012, fecha en la cual se presentó solicitud de conciliación prejudicial.

Las constancias de que trata el artículo 2 de la Ley 640 de 2001 se expidieron el **19 de abril de 2012**, por lo que la demanda debió ser presentada a más tardar el **20 de agosto de 2012**, y como quiera que se presentó el **18 de mayo de 2012**, forzoso es concluir que se presentó dentro del término.

¹ “Artículo 133. **Competencia de los Tribunales Administrativos en segunda instancia.** Los Tribunales Administrativos conocerán en segunda instancia:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda. (...)”.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

3. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

La Sala encuentra acreditada la calidad en la que acude la señora Claudia María Sterling, en los términos del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

4. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

Igualmente se encuentra acreditada la calidad en la que asiste la Superintendencia de Industria y Comercio, por ser la entidad que expidió los actos administrativos demandados.

B. ASPECTOS SUTANCIALES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Se debe revocar la sentencia de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, por no encontrarse trasgredido el debido proceso y no acreditarse la falsa motivación, en los términos del recurso de apelación, que eventualmente conduzcan a declarar la responsabilidad de la demandante?

2. ACERVO PROBATORIO

Para resolver el problema la Sala relacionará las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso para luego analizar si los argumentos del recurrente se encuentran llamado a prosperar.

- ☑ Resolución 10958 de 2009 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio (CD 1, cuadernillo público No. 3, págs. 123 a 156), por medio de la cual se ordena la apertura de la investigación en contra de la señora Claudia María Sterling, segunda suplente

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

37

-SENTENCIA-

del representante legal de Salud Total E.P.S., en los siguientes términos:

"(...) 10.4 Responsabilidad de los representantes legales.

Según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1996, numeral 16, entre las funciones del Superintendente de Industria y Comercio está la de (i)mponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

RESUELVE:

(...)

ARTÍCULO CUARTO: *Abrir investigación para determinar si los señores: (...) Claudia María Sterling, representante legal de SALUD TOTAL S.A. (...), incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas referidas en los artículos PRIMERO Y SEGUNDO, precedentes. (...)."(fls. 148 y 149 del CD 1, cuadernillo público No. 3).*

- ☑ Resolución No. 46111 de 30 de agosto de 2011 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio (fls. 147 a 516 del cdno. 1) por la cual se imponen unas sanciones a algunas E.P.S. y a algunos representantes legales de las mismas, dentro de los que esta la señora Claudia María Sterling. Respecto a la citada persona, el acto administrativo acusado expresa lo que a continuación se transcribe:

"(...) En lo que respecta a la señora Sterling Posada, este Despacho considera que en su calidad de representante legal suplente de SALUD TOTAL y de Secretaría General y Jurídica de la misma compañía, al menos habría tolerado y autorizado las conductas anticompetitivas atribuidas y probadas respecto de la empresa que representa.

Como se evidencia de lo anteriormente transcrito, la Dra. Sterling, por las labores propias del cargo que desempeña en SALUD TOTAL, conoció de las conductas investigadas por las cuales se sanciona a dicha EPS toleró y autorizó las mismas.

En virtud de lo anterior, esta Delegatura considera que existe prueba suficiente para atribuirle la responsabilidad señalada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por autorizar o tolerar las conductas anticompetitivas en las que incurrió su representada, proscritas en el artículo 3 y los numerales 1,8 y 10 del artículo 5 del Decreto 1663 de 1994, en desarrollo de la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992". (fls. 470 y 472 del cdno. 1).

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

- ✓ Resolución No. 65116 de 21 de noviembre de 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio (fis. 517 a 699 del cdno. 1), por la cual se resuelven unos recursos de reposición. La anterior resolución, expuso frente a la señora Claudia María Sterling Posada, lo siguiente:

"(...) En opinión de este Despacho, los argumentos esgrimidos por el Apoderado no son de recibo para exonerar a la representante legal de SALUD TOTAL de la responsabilidad personal emanada de la tolerancia a los hechos constitutivos de la infracción. En primer lugar, a pesar de que el recurrente extraña un acervo probatorio más robusto para sustentarla decisión, debe recordarse que basta con que se haya evidenciado el conocimiento que como representante de la empresa haya tenido la señora Sterling de la conducta realizada y que frente a los mismos no hubo actuación alguna para evitarlos o corregirlos para estructurar la existencia de la tolerancia frente al acuerdo anticompetitivo.

Se alega que no se tuvo en cuenta la declaración de la sancionada por no habersele consultado las decisiones, sin embargo, dichas afirmaciones podrían ser relevantes en un escenario en donde el verbo aplicado fuera el de autorizar únicamente. En el presente caso, como en varios de los aquí analizados, se reconoció que el conocimiento de las actividades realizadas en ACEMI.

(...)

La señora Sterling, en su doble condición de representante legal y asesora jurídica, tenía la carga de evitar o corregir el acuerdo anticompetitivo sancionado luego de tener conocimiento de las actividades que los constituyeron, no siendo necesario, como se pretende, que hubiera una consulta específica sobre la materia, Es decir, así los aspectos del Comité Médico no eran de su resorte, la demostración de lo contrario, sólo exoneraría la responsabilidad emanada de la ejecución y/o autorización de la conducta y no de la tolerancia de la misma.

Por último, como ya se ha dicho y como correctamente lo señala el apoderado, el Despacho al momento de tomar su decisión final, no tiene la obligación de seguir las recomendaciones contenidas en el Informe Motivado de la Delegatura, ya que analiza de manera independiente las pruebas obrantes en el expediente y como en el presente caso las valora bajo su propio criterio. No obstante, lo anterior, tanto la posición frente a la estructuración de la infracción, como la prueba tenida en cuenta para la decisión sancionatoria fueron debidamente explicadas en el acto recurrido." (fis. 640 y 642 del cdno. 1).

- ✓ Testimonio rendido por el señor Juan Andrei Vargas Camelo, Subdirector Jurídico de Salud Total E.F.S. S.A. (fis. 942 a 945 del cdno. 2), quien manifestó lo siguiente respecto de las funciones desempeñadas por la demandante en la empresa, la forma en que absolvía las conductas jurídicas, los efectos de las mismas y su

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

jerarquía en la empresa en aras de probar que ella no autorizó y toleró las conductas por las que fue sancionada:

“PREGUNTADO: Informe al Despacho si sabe o le consta cuáles eran las funciones que desempeñaba la doctora Claudia en razón a su cargo en Salud Total EPS. CONTESTO: La Secretaria general y jurídica tenía a su cargo el manejo de todos los procesos judiciales en los que hacía parte la entidad ya fuese como demandante o demandado e independientemente de su naturaleza civil, penal, administrativo o laboral, adicionalmente tenía a su cargo el proceso de la respuesta de acciones de tutela entabladas contra la entidad el manejo contractual y societario de la compañía, así como todos temas de carácter laboral de la entidad, generando conceptos respecto de sus temas a cargo ya mencionados. PREGUNTADO: Informe al despacho si sabe o le consta que la doctora Claudia en los años que usted trabajó con ella tenía la facultad y acceso a toda la información y documentación que manejaban las diferentes áreas de la compañía. CONTESTÓ: Ella tenía conocimiento de los casos en los que se acudía para su concepto jurídico, pero no es posible que ella conociera o pudiera controlar toda la información electrónica o física cuya custodia o manejo no estuviese a su cargo, pues en una empresa del tamaño de Salud Total EPS es imposible que una sola persona tenga acceso o conocimiento de toda la información de los empleados y manejo, más aún cuando de acuerdo a la estructura de la compañía cada área es la responsable de la administración de sus procesos y custodia de sus documentos. PREGUNTADO: Informe al despacho si usted en razón a su cargo en alguna oportunidad elevó una consulta jurídica a la doctora Claudia en caso afirmativo, puede indicar la manera en la que ella absolvía dichas consultas. CONTESTO: En atención a la relación laboral manteníamos una interacción constante por los procesos a cargo razón por la cual permanentemente acudía en busca de conceptos jurídicos por parte de ella. Dichos conceptos siempre eran generados posterior a un análisis del marco normativo que regía el tema igualmente, sus conceptos ya fuesen escritos o verbales no se limitaban a una sola norma si no lo contextualizaba de acuerdo a concordancias normativas, conceptos de los entes de control, doctrina y jurisprudencia. Si ella no estaba segura de un tema no generaba concepto hasta verificar el alcance de la norma. (...) PREGUNTADO: Infórmele al Despacho si sabe o le consta que a doctora Claudia Sterling en el año 2006 a 2008 hizo parte de alguna junta directiva de asociaciones gremiales de EPS. CONTESTO: No, la doctora Claudia Sterling no hacía parte de la junta directiva de alguna asociación gremial. PREGUNTADO: Conforme al Despacho si sabe o le consta si la doctora Claudia Sterling representaba a Salud Total EPS en la junta de asociación de ACEMI y tenía voz y voto en aquellas deliberaciones. CONTESTÓ: Hasta donde yo conozco la doctora Claudia no hacía parte de la junta de ACEMI, ya que esta representación le correspondía al representante legal principal de Salud Total EPS, es decir, a su presidente. PREGUNTADO: Informe al Despacho si la doctora Claudia en razón al cargo de segunda suplente del representante legal de Salud Total EPS conocía todas las políticas y decisiones de la compañía. CONTESTO: Su conocimiento se limitaba a los casos de su manejo y los casos en los cuales solicitaban el concepto jurídico, sin embargo, de acuerdo a la estructura de compañía cada área o vicepresidencia es autónoma y maneja directamente sus temas a cargo, de los cuales el líder responsable es cada vicepresidente”. (fls. 944 a 945 del cdno. ppal).

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

- ☛ Testimonio rendido por el señor Javier Orlando Uñate Camelo (fls. 947 a 950 del cdno. 2), gerente de Servicio al Cliente y Calidad de Salud Total EPS, quien depuso sobre las funciones desempeñadas por la señora Sterling Posada en su calidad de secretaria general y jurídica de la mencionada EPS, de la siguiente manera:

“PREGUNTADO: Informe al Despacho si sabe o le consta si la doctora Claudia Sterling como representante segunda suplente de Salud Total EPS, para los años 2006 a 2008, tenía la obligación de establecer la nota técnica de la empresa. CONTESTÓ: No está incluido ese aspecto dentro de sus funciones y yo traje para aportar al proceso la descripción de cargo de secretaria general y jurídica de la compañía con fecha de vigencia 24 de septiembre de 2007, en tres folios, el cual describe las responsabilidades y autoridad y donde se evidencia que no tiene el aspecto de nota técnica dentro de sus responsabilidades” (fl. 949 del cdno. 2)

- ☛ Testimonio rendido por el señor Danny Manuel Moscote Aragón (fls. 971 a 977 del cdno. 2) quien se pronunció sobre los sufrimientos padecidos por la señora Claudia María Sterling como consecuencia de la sanción impuesta por la SIC, en los siguientes términos:

“PREGUNTADO: Narre lo que le conste sobre los hechos de la presente demanda. CONTESTO: (...) Debo indicar que el tema fue de pleno conocimiento para el área jurídica al interior de la organización habida consideración de la evidente afectación que dicha decisión produjo sobre la persona de la doctora Sterling, quien además en todos los años que la he conocido es una persona que exterioriza altamente sus sentimientos, y esta decisión generó un impacto emocional a la doctora Claudia al punto de que recuerdo exactamente una reunión sostenida con ella directamente en su oficina, en la que aprecié lágrimas, tristeza, desilusión, en virtud de verse avocada (sic) a la imposición de una medida que en ese momento concluimos a todas luces injusta y desproporcionada. (...)

PREGUNTADO: Teniendo en cuenta que usted señaló que la doctora Sterling era un referente en el equipo de trabajo y siendo usted parte del mismo, sírvase informar al Despacho si existió una afectación en dicho ámbito laboral luego de la imposición de la renombrada sanción. CONTESTO: Debo decir que sí, en la medida en que la imposición de la sanción produjo a la doctora Sterling en aquel momento un periodo de inseguridad, por cuanto siempre se caracterizó o se ha caracterizado por imprimir el mayor grado de calidad en sus actuaciones en el marco del profundo respeto del orden jurídico, ético y moral, y en ese entonces le parecía injusto que resultara siendo sancionada por una actuación en la que ni siquiera participó y que por lo tanto ese sentimiento se reflejó en ese equipo de trabajo del que hacíamos parte por cuanto veíamos que la doctora Claudia llegaba a cumplir su labor una actitud de decepción y de tristeza, lo cual era evidente y no podía por supuesto pasar desapercibido”. (fls. 973 y 974 del cdno. 2).

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

39

-SENTENCIA-

- ☑ Testimonio rendido por Cecilia Posada de Sterling (fls. 1009 a 1013 del cdno. 2) quien se pronunció sobre la afectación de la demandante como consecuencia del proceso en el que se vio inmersa y su posterior sanción, de la siguiente manera:

“PREGUNTADO: Informe si las relaciones familiares se vieron afectadas con la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a la señora Sterling. CONTESTÓ: Con nosotros los papás nunca se vio afectada pero con el esposo si y mucho empezaron los problemas matrimoniales porque él le decía que por no salirse de Salud Total estaba afectando a la familia hasta llegar a la separación y el divorcio y no faltaba un miembro de familia que se imaginaba que era una ampona (sic), ella decía yo tengo mi cabeza en alto y lo que hizo fue alejarse del resto de la familia y ahora si está volviendo a nuestra familia extensa. (...) PREGUNTADO: Señora Cecilia conoce usted si la decisión sancionatoria emanada de la S.I.C. fue publicitada por los medios de comunicación. CONTESTÓ: Claro y eso fue lo que más le afectó ver su reputación por el suelo como si fuera una ampona (sic) y sin tener nada que ver porque ella de parte médica no sabía nada y la parte económica le afectó también, tuvo que hacer un préstamo por 70 millones al fondo de empleados que le descuadró el presupuesto familiar y a veces tenía los servicios cortados, el marido es independiente, entonces las entradas no son fijas tampoco, fue muy duro. PREGUNTADO: Refirió en sus respuestas anteriores que luego de la sanción la señora Claudia Sterling se ha ido recuperando de su afectación, manifieste a este Despacho cuál ha sido el proceso que ella ha llevado y el tiempo que le ha costado llegar a tal recuperación si conoce. CONTESTO: No ha llegado a la total recuperación porque es un golpe muy duro y el divorcio le afectó también, el matrimonio se vio afectado por esta resolución y ella sigue luchando para salir adelante porque dice que tiene que demostrar a los hijos que es una persona honorable, honesta y que no ha hecho nada malo e incorrecto. (fls. 1010 y 1011 del cdno. 2)

- ☑ Certificados de Salud Total EPS, expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá el 29 de mayo de 2014, en los que figura como presidente de la compañía el señor Edgar Reina Echeverry desde el 16 de abril de 1996. (fis. 993 a 998 del cdno. 2).
- ☑ Manual de funciones del cargo de secretaria general en la empresa Salud Total (fis. 951 a 953 del cdno. 2)
- ☑ Oficio remitido por ACEMI en el que informa los años en el que el señor Edgar Reina Echeverry perteneció a la junta directiva de dicha agremiación y las fechas en las que asistió a la Junta

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

Directiva como representante legal de Salud Total (fls. 1037 a 1048 del cdno. 2)

3. ANÁLISIS DE LA SALA

Previo a desatar la alzada, se pone de presente que el testimonio rendido por la señora Claudia María Sterling (CD 4, cuaderno 32, CD 9F7804) en la investigación sancionatoria seguida en su contra será valorada como declaración de parte porque de acuerdo con el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil, la declaración de parte funge como confesión cuando versa, entre otros, sobre *“hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria”*².

Por otra parte, es menester de la Sala señalar que la jurisprudencia constitucional³ ha dejado claro que los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, atribuyen a la SIC funciones administrativas y jurisdiccionales en materia de competencia desleal, aclarando que las funciones jurisdiccionales son aquellas que ya venían ejerciendo los jueces de la República en aplicación de la Ley 256 de 1996, en la atribución de este tipo de funciones a entidades administrativas, con fundamento en los parámetros del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política⁴.

Ahora bien, es muy importante definir que se excluye del carácter jurisdiccional, atribuciones tales como las de imponer las multas y sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, abstenerse de dar trámite a las quejas que no sean significativas, o llevar registros y que ante tal abanico de atribuciones, es indispensable que al ciudadano objeto de la investigación adelantada por la SIC, se le haga saber claramente cuál función ejerce la entidad en cada caso, bien sea la jurisdiccional, o la administrativa.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 50001-23-31-000-1999-10005-01(40449). Consejera ponente: María Adriana Marín.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-649 de 2001.

⁴ Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia constitucional lo siguiente:

*“No obstante, **debe anotarse que todas las demás facultades que asigna la norma son administrativas, por lo cual se precisa que atribuciones tales como las de imponer las sanciones pecuniarias y las multas que contemplan los artículo 4.15 y 4.16 del D.2153/92, mantener un registro de las instrucciones adelantadas, abstenerse de dar curso a las quejas que no sean significativas o dar por terminada la investigación si se otorgan garantías de suspensión o modificación de la conducta investigada, no corresponden al ejercicio de funciones jurisdiccionales, sino a manifestaciones de la función típicamente administrativa de inspección, vigilancia y control de la transparencia del mercado. Estas competencias administrativas, que también son asignadas por la Ley 446/98, artículo 143, las podrá ejercer la Superintendencia, ya no a prevención con los jueces de la República, sino en cumplimiento de sus propias funciones**”⁵.*

Conforme con lo anterior, es evidente que la naturaleza jurídica de las funciones de la SIC en materia de competencia desleal, son tanto administrativas como jurisdiccionales, sin embargo, las mismas no pueden ser confundidas ni fusionadas, *máxime* cuando, por ejemplo, deviene necesario que el sujeto que interviene dentro de una actuación adelantada por la SIC, debe tener total claridad si la entidad ejerce sus facultades, bien sea dentro del marco de un proceso jurisdiccional o investigación administrativa, teniendo en cuenta que las condiciones y consecuencias jurídicas entre uno y otro caso, resultan diametralmente diferentes⁶.

Se destaca que la Ley 1340 de 2009, para garantizar la libre competencia, con el objeto de *“actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional”*, precisó en el artículo 4 que constituye el régimen legal de protección de la competencia, aplicable a todos los sectores y a todas las actividades económicas, la Ley 155 de 1959, el

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-649 del 20 de junio de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Descongestión. Sentencia del siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 25000-23-24-000-2003-00294-01. Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

- SENTENCIA -

Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009 y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, al tiempo que prescribió en el artículo 6 la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, para investigar y sancionar las conductas violatorias de la libertad de competencia.

El Decreto 2153 de 1992 “*Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*”,⁷ proferido con base en las facultades otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, contiene las atribuciones de la SIC, entre ellas las relacionadas con la protección de la competencia, que la faculta, entre otras, para:

- (i) Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia;
- (ii) Atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención;
- (iii) **Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia**; y,
- (iv) sancionar a las empresas oficiales o privadas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, cuando se atente contra los principios de libre competencia.

En efecto, el artículo 4 *ibidem* dispone:

*“Artículo 4. **Funciones del superintendente de industria y comercio.** Al superintendente de industria y comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al

⁷ Algunas de cuyas normas fueron modificadas por la Ley 1340 de 2009, siendo otras derogadas por el Decreto 3523 de 2009.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La persistencia en la conducta infractora.*
- 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 3. La reiteración de la conducta prohibida.*
- 4. La conducta procesal del investigado, y*
- 5. El grado de participación de la persona implicada. (...)*" (Subrayado fuera del texto)

Por su parte, el Decreto 1663 del 1 de agosto 1994⁸, "Por el cual se reglamenta el parágrafo 2o. del artículo 67 y el artículo 74 del Decreto - ley 1298 de 1994", señaló en el artículo 3 la prohibición general de las practicas restrictivas de la competencia, es decir, todos los acuerdos, actos o convenios, así como las prácticas y las decisiones concertadas que, directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud; abusar de una posición de dominio sobre el mismo; o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

Igualmente se determinó que son aplicables a las actividades de las Entidades Promotoras de Salud, los promotores de éstas, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, los profesionales del sector de la salud, las asociaciones científicas o de profesionales o auxiliares de dicho sector y a las de todas las personas naturales o jurídicas que en él participen, las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenidas en la Ley 155 de 1959, en el Decreto 2153 de 1992 y las normas que las reglamenten, así como aquellas que las modifiquen, sustituyan o complementen.

El artículo 5 *ibidem*, dispuso qué acuerdos son contrarios a la libre competencia en el mercado de servicios de salud, entre otros, los siguientes acuerdos, convenios, prácticas o decisiones concertadas:

⁸ Decreto aclarado por el Decreto 1613 de 1995.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

1. Los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios o tarifas.

(...)

8. Los acuerdos entre competidores que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un determinado servicio de salud, interrumpirlo, o afectar los niveles de prestación del mismo.

(...)

10. Los que tengan por objeto o como efecto abstenerse de proveer a los usuarios o al Sistema General de Seguridad Social en Salud de información no reservada sobre la prestación de los servicios de salud, así como cualquier intento de ocultar o falsear la información y en general de impedir la debida transparencia en el mercado de los servicios de salud. (...)."

En desarrollo de lo anterior, el Decreto 3523 de 2009⁹ en el artículo 3 dispuso que el superintendente de industria y comercio tendrá, entre otras funciones, la facultad de *"imponer las multas que procedan de acuerdo con la ley, contra administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a las que se refieren la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 o las normas que los modifiquen o adicionen"*.

En el *sub lite*, el recurrente adujo que no se encontró demostrada la falsa e indebida motivación en los términos expuestos en la demanda, pues, a su juicio, el *a quo* hizo una errónea interpretación de las normas que prescriben la responsabilidad de las personas naturales que fueron investigadas y sancionadas.

La falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica o jurídica, de allí que se dé por falsedad en los hechos, esto es, cuando se invocan hechos que no ocurrieron o se describen de forma distinta a como ocurrieron, o por apreciación errónea

⁹ Vigente para el momento de los hechos.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

de los hechos, de tal manera que estos no tienen el efecto o el alcance que les da el acto administrativo.

La falsa motivación, entonces, “es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo”¹⁰. En reciente providencia, el Consejo de Estado señaló:

“En este punto la Sala considera necesario hacer una precisión conceptual respecto de la falsa motivación y la desviación de poder; la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación “es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”^{11,12}

La falsa motivación, pues, plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como lo son lo dicho en el acto administrativo y la realidad fáctica y jurídica atinente al mismo, en aras de comprobar la veracidad.

La Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la señora Claudia María Sterling, en su calidad de representante legal suplente de Salud Total E.P.S. por la presunta tolerancia de acuerdos anticompetitivos, esto es, el haber tolerado las conductas que se señalan en Decreto 1663 de 1994 y el Decreto 2153 de 1992.

Tal y como señaló el recurrente en la alzada, a la entidad le correspondía, previo a la imposición de la sanción, demostrar el despliegue efectivo de una acción de autorización, ejecución o tolerancia frente a una práctica restrictiva de la competencia por parte de la demandante.

Igualmente, con acierto señaló el apelante que la “comisión de una conducta, que es jurídicamente reprochable y que la misma **haya tenido**

¹⁰ Berrocal Guerrero, Luis Enrique. Ibidem. Pág. 343.

¹¹ Sentencia del 26 de julio de 2017. M.P. Milton Chaves García. Rad.: 22326.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 25000-23-24-000-2005-01532-01. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

- SENTENCIA -

la intención de colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas que atentan contra la libre competencia”.

Con fundamento en lo anterior, la entidad tanto en el acto administrativo que impuso la sanción como en el recurso vertical que hoy llama la atención de la Sala, únicamente tuvo en cuenta la declaración de parte rendida por la señora Claudia Sterling, en su calidad de representante legal **suplente** y secretaria general y jurídica de Salud Total, la cual se transcribe para fines ilustrativos:

“Pregunta: Indique que cargos ha ocupado en los últimos 5 años, señalando para ellos las fechas de vinculación de los mismos. Respuesta: **Desde el 30 de mayo de 1995 soy la secretaria jurídica de SALUD TOTAL EPS.** (...) Pregunta: Describa en detalle Dra. Sterling las actividades que usted realiza en su cotidianidad en SALUD TOTAL EPS. Respuesta: Bueno primero el manejo de todas las tutelas de mi compañía, segundo el manejo de todos los procesos judiciales de responsabilidad civil, acciones populares que también llegan a la compañía, tercero todo el manejo laboral disciplinario de la compañía, cuarto el manejo societario de la compañía, y quinto la asesoría contractual los contratos que celebra la compañía. Adicionalmente como a **todas estas labores tengo una labor digamos pues consultiva, cualquier área que tenga una duda legal o jurídica pues con mucho gusto se le asesora.** (...) Pregunta: Dra. Sterling, recuerda usted con qué periodicidad se cita a las reuniones de ACEMI? Respuesta: Tengo conocimiento de que las reuniones de ACEMI son de carácter mensual las de junta directa. Pregunta: ¿Dentro de los roles que usted desempeña le son consultados los temas que son abordados en estas reuniones mensuales? Respuesta: No, no me son consultados estos temas. Pregunta: ¿O para efectos de ilustración, los ponen en conocimiento suyo? Respuesta: Digamos que cuando hay dudas jurídicas en relación con algún tema tratado no sólo en ACEMI sino en cualquier reunión a la que va el presidente efectivamente me consultan mi opinión. (...) Pregunta: Dra. Sterling, conoce usted a la señora Adriana Bonilla, gerente de Salud de SALUD TOTAL, para los años 2007, en caso afirmativo, narre al Despacho las circunstancias de tiempo y lugar en que usted conoció a la señora Bonilla. Respuesta: Bueno, Adriana Bonilla efectivamente fue la gerente de salud de SALUD TOTAL desde... durante muchos años. En septiembre del 2007, del 2008 aproximadamente se retiró de la compañía. Pregunta: Durante estos años que la Dra. Bonilla prestó sus servicios de SALUD TOTAL, tuvieron la oportunidad de compartir digamos aspectos laborales, ¿o ella le reportaba a usted algunos aspectos desarrollados en concreto con el comité médico? Respuesta: Digamos que la relación no era específicamente con ella, yo me relacionaba con los vicepresidentes de salud directamente. Pues evidentemente cuando ella estuvo de vicepresidente de salud ella me preguntaba a mí algunas cosas en las que ella veía que había vacíos legales, pues ellos son médicos y no saben de temas legales entonces de temas legales me preguntaba (...). Pregunta: Dra. Sterling, participa o participó usted en algún momento en la definición de SALUD TOTAL? Respuesta: No, no participé, esa era una potestad o una delegación exclusiva de la vicepresidencia de salud, como le digo yo solamente contestaba unos temas puntuales que me preguntaban cuando había dudas jurídicas. (...) Pregunta: Dra. Sterling, compartían ustedes con las personas que se han mencionado, lineamientos de coberturas y autorizaciones en servicios de salud? Respuesta: **Yo personalmente**

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

43

-SENTENCIA-

digamos que no porque ellos eran los que definían eso, es decir, el área médica con todo su comité, ellos eran los que definían básicamente como se parametrizaban los servicios con base en criterios médicos, pues porque todos ellos son médicos, no le digo, cuando había alguna duda jurídica y puntual, porque no era que vamos a consultarle todo allá a Claudia, alguna duda jurídica puntual, tal cosa usted qué opina, pues ahí yo opinaba, ellos veían si tomaban mi opinión o no porque a veces uno decía una cosa y ellos hacían otra, ah bueno entonces es que es definición de ellos y delegación de ellos pues perfecto, uno cumple con decirles, ellos ya después definen que hacen, y procedimentalmente está así estipulado”.

Recuérdese que *ab initio* del presente acápite se señaló que según el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil la declaración de parte funge como confesión cuando versa, entre otros, sobre “*hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria*”, es decir, que mediante la declaración de parte, teleológicamente hablando, tiene como fin que la parte que la realiza confiese un hecho que favorezca a la contraparte o que traiga una consecuencia jurídica adversa a quien la realiza, por tal motivo, se le otorga mérito a lo declarado respecto de aquello que le resulte desfavorable¹³.

La entidad demandada averó que en las ocasiones en que la hoy demandante absolvía las dudas, inquietudes y daba su opinión respecto a determinado asunto no adelantó actuación alguna para evitar o corregir la estructuración del acuerdo anticompetitivo, *máxime* si por su doble calidad de asesora jurídica y representante legal acreditó el conocimiento de las actividades realizadas en la ACEMI.

Se discrepa de lo aseverado por el recurrente, pues, como concluyo el *a quo*, la demandante cumplía las funciones propias de su cargo, dentro de las cuales no correspondía fijar políticas técnicas o hacer parte del comité médico de ACEMI, por el contrario, se observa que sus funciones se limitaban al área jurídica y al manejo de los procesos concernientes a esta área.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 18 de mayo de 2018. Radicación: 68001-23-31-000-2005-00782-01 (48072). Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

En consonancia a que se trataba de una declaración de parte de la señora Claudia María Sterling, en un ningún instante de su deposición confesó que conoció de los acuerdos anticompetitivos y muchos menos que ella, a sabiendas de su ocurrencia prefirió guardar silencio y tolerar u omitir actuación alguna.

En este punto resulta apropiado resaltar que la conducta debe ser dolosa o culposa como elementos integrantes del actuar del sancionado, por cuanto toda forma de responsabilidad objetiva se encuentra proscrita tanto en materia penal, disciplinaria y fiscal.¹⁴

Si bien, como se consideró en la alzada, “*tolerar*” significa un comportamiento pasivo, no es menos cierto que ese comportamiento pasivo debe ser realizado con dolo o con culpa, como en lo que se refiere, en este último, a lo que se conoce como la comisión por omisión.

No obstante, en ambos casos, se requiere un conocimiento consciente del agente de la conducta para que sea jurídicamente reprochable, situación que no se presentó en el *sub examine*.

No probado en el expediente que las consultas que se le hacían a la señora Claudia María estuvieran relacionadas con el acuerdo anticompetitivo por el cual fue sancionada, por lo que no resulta razonable concluir que por la función consultiva que ella cumplía hubiere tolerado, autorizado o mucho menos ejecutado las conductas que se reprocharon, pues las funciones que desempeñaba como representante legal suplente eran ejercidas únicamente en ausencia del principal.

En efecto, de las pruebas arrimadas al proceso se tiene que quien asistía a las reuniones de ACEMI era el representante legal de la E.P.S., es decir, que según los certificados de existencia y representación allegados por la

¹⁴ Salvedad en materia cambiaria

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 995 a 998 del cdno. 2), para los años 2006, 2007 y 2008 este cargo lo ostentaba el señor Edgar Reina Echeverry, de hecho, según un oficio remitido por la agremiación ACEMI al Juzgado Catorce Administrativo de Descongestión de Bogotá (fls. 1037 a 1043 del cdno. 2) la junta directiva de la misma estaba integrada por todos los representantes legales de los afiliados y para los años 2006 a 2008 fue presidida por el representante legal de Salud Total.

Adicionalmente, la agremiación informó en el mismo escrito que una vez consultadas las actas de la Junta Directiva de los periodos 1991 a 2007, se encontró que el señor Edgar Honorio Reina Echeverry asistió en varias ocasiones a las reuniones de la Junta Directiva.

Se resalta que el artículo 440 del Código de Comercio dispone que *“la sociedad anónima tendrá por lo menos **un representante legal, con uno o más suplentes**, designados por la junta directiva para periodos determinados, quienes podrán ser reelegidos indefinidamente o removidos en cualquier tiempo. Los estatutos podrán deferir esta designación a la asamblea”*.

Asu turno el artículo 442 *ibidem* es disiente en señalar que las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha considerado que *“para que el representante legal suplente pueda desempeñar el cargo, se requiere, no la ausencia material del titular, sino la imposibilidad de desempeñar las funciones que le han sido asignadas, a menos que estatutariamente o por un pronunciamiento del máximo órgano social, se le hayan asignado al representante legal suplente, facultades especiales*

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

*para representar a la sociedad sin necesidad de que se dé la circunstancia anterior*¹⁵.

Así, el suplente del representante legal tiene una obligación de permanente disponibilidad, pero la capacidad para contratar en nombre la compañía “solo nace para él **en el momento en que el titular no pueda ejercer el cargo** y, por consiguiente, si no se da dicho presupuesto, el suplente actuaría sin poder para ello lo que lo situaría como deudor de la prestación o de su valor, cuando no sea posible su cumplimiento ante terceros de buena fe con los cuales haya pretendido contratar”¹⁶.

Luego entonces, los representantes legales suplentes deberán estar disponibles para que actúen en aquellos casos en los que le resulte imposible al representante legal principal desempeñar las funciones propias de su cargo, es decir, el suplente actuará únicamente en ausencia del principal.

No se cuenta con medio probatorio que permita establecer fehacientemente que Claudia María Sterling hubiere reemplazado al señor Reina Echeverry en las funciones que debía cumplir como representante legal, o que, puntualmente, hubiera asistido a los comités médicos que se llevaban a cabo en ACEMI como representante legal segunda suplente de la empresa.

En este sentido la SIC tenía la carga probatoria de acreditar fehacientemente la participación en el comportamiento anticompetitivo, es decir que autorizó, conoció o toleró las conductas endilgadas que no tienen soporte probatorio.

Se destaca, como así lo hizo el Juzgado de primera instancia, que en la Resolución 65116 de 21 de noviembre de 2011, por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición, se consideró que “*basta con que*

¹⁵ Concepto No. 220-40508 del 22 de julio de 1998 emitido por la Superintendencia de Sociedades.

¹⁶ Ibidem.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

se haya evidenciado el conocimiento que como representante de la empresa haya tenido la señora Sterling de la conducta realizada y que frente a los mismos no hubo actuación alguna para evitarlos o corregirlos para estructurar la existencia de tolerancia frente al acuerdo anticompetitivo”, cuando en el plenario se demostró que no tuvo el conocimiento específico sobre dichos acuerdos, pues no se puede presumir que el conocimiento genérico de los asuntos de Salud Total E.P.S. en su condición de asesora, y sin que para ese momento ejerciera como representante legal de la sociedad, conlleve a endilgarle una sanción, sin haberse demostrado, sin asomo de duda, que la demandante conoció de los acuerdos anticompetitivos.

Se reitera que debió existir un ingrediente subjetivo, dolo o culpa, para asignar en cabeza de la demandante la omisión endilgada, inclusive, de la realización de un juicio *ex ante* se podría concluir que la sancionada no fungía como representante legal principal o que estatutariamente o por pronunciamiento de la Junta Directiva se haya decidido variar la circunstancia aun cuando el representante principal no se encuentre imposibilitado, los suplentes pueden hacerlo, evento que no se encuentra efectivamente demostrado.

Es decir, no existe por la SIC valoración de elementos subjetivos del comportamiento de la demandante frente a las normas presuntamente vulneradas.

Recuérdese que en este tipo de investigaciones sancionatorias, y en todas las demás actuaciones, se garantiza constitucionalmente la inocencia como integrante del derecho fundamental al debido proceso, y que en palabras de la Corte Constitucional *“significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”*¹⁷.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-289 de 2012.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

La presunción de inocencia “se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba” de acuerdo con la cual “corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (...) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad”¹⁸.

Como quiera que la entidad demandada tenía la carga de la prueba de demostrar fehacientemente que la señora Sterling cometió la conducta de tolerar los pluricitados acuerdos, hecho que solamente encontró presuntamente probado mediante la declaración de parte de la que no se desprende deposición alguna a favor de la contraparte y en contra de la declarante.

La interpretación dada por la entidad, excede el ámbito y contexto en que se ofreció, para llegar a conclusiones que no se derivan del dicho de la declarante y así responsabilizarla de una omisión en materia de competencia no conocida por la sancionada, pues se insiste, no reemplazó al representante legal en la Junta de ACEMI, el asunto en específico no le fue consultado, no tenía potestad decisional en la materia y omitir un asunto inédito en el ejercicio de sus funciones no es un obrar omisivo consciente, sino un situación fáctica solo atribuible a quienes propiciaron y conocieron efectivamente la conducta anticompetitiva.

En suma, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 señala que son administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los

¹⁸ Ibidem.

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

46

-SENTENCIA-

miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

La Ley también confiere el carácter de administrador a los suplentes del administrador cuya actuación se encuentra supeditada a la ausencia temporal o definitiva del principal. En tal sentido, el **suplente será administrador**, cuando reemplace al principal en las circunstancias señaladas, como quiera que en el momento de los hechos investigados la demandante no fungía en ausencia temporal o definitiva del administrador (representante legal) principal.

Como corolario de lo anterior, y demostrada la **falsa motivación**, la Sala se releva de estudiar los demás cargos sobre la legalidad de los actos administrativos y se impone la confirmatoria de su nulidad.

Por último, respecto a la inconformidad del apelante sobre los perjuicios morales reconocidos en primera instancia, la Sala considera, contrario a lo sostenido por el recurrente, que estos se encuentran debidamente demostrados, pues de los testimonios de Cecilia Posada de Sterling (madre de la demandante) y Danny Moscote Aragón, transcritos en el acápite de “acervo probatorio”, dan cuenta de la congoja o aflicción que produjo la sanción impuesta, a tal punto que su relación conyugal se vio deteriorada.

Si bien el testimonio de Cecilia Posada de Sterling (madre de la demandante) puede catalogarse como sospechoso en los términos del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, ello no impide que sea valorado por el juez, sino que debe ser valorado con mayor severidad en conjunto con los demás medios probatorios y con atención a los criterios de la sana crítica, por lo que valorado en conjunto con el testimonio de Danny Moscote Aragón, hay lugar a su reconocimiento y por tanto se mantendrá dicha condena.

4. COSTAS

Expediente: 11001-33-31-001-2012-00156-03
Demandante: CLAUDIA MARÍA STERLING
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

-SENTENCIA-

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo Sala Transitoria, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: Confirmar la sentencia del dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Catorce Administrativo de Descongestión- Mixto-del Circuito de Bogotá D. C., por las razones expuestas en esta providencia.

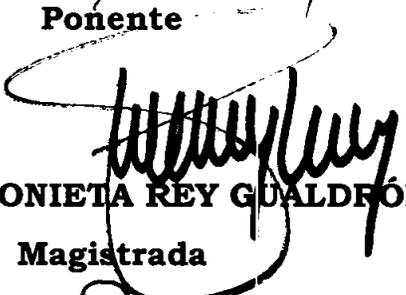
SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen previo las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


LEONARDO GALEANO GUEVARA

Ponente


MARÍA ANTONIETA REY GUALDRÓN

Magistrada


JORGE HERNÁN SÁNCHEZ FELIZZOLA

Magistrado