

MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACIÓN SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Por los daños supuestamente causados con la expedición de actos administrativos mediante los cuales se impuso la prohibición de producción y comercialización de mini gelatinas en cápsula / CARGA DE LA PRUEBA / DAÑO ANTIJURÍDICO – No probado

(...) debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en atención a que no se acreditó la configuración del primero de los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, porque, si bien, se acreditó que la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. importó el 7 de marzo de 2015 una mercancía identificada como gelatina de fruta natural marca “Fruzel”, cuya comercialización fuera prohibida a partir del 7 de julio de 2015, verificados los estados financieros de la sociedad, así como sus notas explicativas, no se observa que tal importación de mercancía le constituyera un activo nulo o una pérdida, por lo que la parte actora no logró probar el supuesto menoscabo material invocado como fundamento de las pretensiones. (...)

REPARACIÓN DIRECTA – Procedencia excepcional cuando el daño se deriva de un acto administrativo / REPARACIÓN DIRECTA – Procedencia cuando un acto legal ocasiona daños y no se discute la legalidad del mismo / TÍTULO DE IMPUTACIÓN - Daño especial / DAÑO ESPECIAL - Reparación del daño en caso de perjuicios derivados de acto administrativo legal

(...) es procedente la acción de reparación directa cuando un acto legal ocasiona daños y no se discute la legalidad del mismo (sin discriminar si se trata de un acto administrativo general o particular), dado que se pueden presentar situaciones en donde en ejercicio de la función administrativa ajustada al ordenamiento jurídico se genere el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, presentándose de esta forma un daño especial. (...) cuando se alega la existencia de un daño especial debido a que se ocasionaron perjuicios de una actividad lícita y legítima del Estado concretada en un acto administrativo, no se puede controvertir la legalidad del mismo, sino lo que se debe pretender es la reparación de los perjuicios que se han generado con ocasión del desequilibrio de las cargas públicas impuestas, por lo cual, resulta innecesario e inútil atacar el acto que causó el daño a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues esto no se debe perseguir, y por ende se permite reclamar los perjuicios causados a través del medio de control de reparación directa. (...)

DAÑO ANTIJURÍDICO – Noción y características / CARGA DE LA PRUEBA / ACTIVIDAD DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA DE LIBRE MERCADO – Por existencia de producto peligroso para la salud y bienestar de los consumidores / DAÑO ANTIJURÍDICO - Inexistencia / DAÑO ANTIJURÍDICO - No probado / LIBROS Y PAPELES DEL COMERCIANTE – Valor probatorio / OBJETIVIDAD DE LOS ESTADOS FINANCIEROS

(...) el daño, para efectos de que sea indemnizable, exige que se acrediten los siguientes requisitos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se

reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser personal y cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. (...) es claro que las partes tienen pleno conocimiento del comportamiento que deben seguir y las actuaciones que tienen que desplegar frente a la carga de la prueba, esto con el fin, de que puedan acreditar los hechos que alegan para efectos de tener una decisión favorable respecto a sus peticiones, pues de lo contrario, debe asumir las consecuencias negativas que se presenten por no allegar las pruebas que soporten sus afirmaciones. (...) no está demostrado que los actos administrativos ocasionaran una lesión patrimonial a la sociedad comercial, pues no se allegó evidencia sobre gastos por almacenamiento en bodega de las gelatinas encapsuladas o por su destrucción, tampoco solicitudes de los distribuidos para el reintegro monetario por el retiro del producto del mercado o similares, que dieran cuenta de una pérdida económica cierta y relacionada de forma directa con el hecho dañoso. En suma, de los extractos de los libros contables de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S., que establecen el acervo probatorio, no se evidencia una relación precisa con el daño fundamento del petitum de la causa petendi, debiendo ser estos claros, precisos, objetivos y fidedignos, de tal manera, no se probó un daño cierto, concreto y singular. Sobre este punto, cabe resaltar que le corresponde a quien alega un hecho probarlo, está en el deber de probarlo (affirmanti incumbit probatio), de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, más aún cuando los libros y papeles del comerciante constituyen plena prueba, no admitiéndose prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros, art. 264 ib. Por consiguiente, y debido a que ni siquiera se acreditó el primero de los elementos de responsabilidad del Estado, no hay lugar a proseguir con el estudio de los demás, y debe concluirse que no procede declarar la responsabilidad de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la procedencia excepcional de la acción o medio de control de reparación directa cuando el daño se deriva de un acto administrativo, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013), radicación número: 52001-23-31-000-1999-00959-01(26437).

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 90).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Referencia	11001-33-43-061-2017-00155-01
Sentencia	SC3-22022525
Medio de Control	Reparación Directa
Demandante	Comercializadora Dulcecol S.A.S.
Demandado	La Nación – Superintendencia de Industria y Comercio
Tema	Apelación de sentencia. Daño especial. Reparación directa en caso de perjuicios derivados de un acto administrativo legal. Actividad de intervención del Estado en la economía de libre mercado. Producto peligroso para la salud y bienestar de los consumidores. Comercialización de gelatinas en cápsula. Inexistencia del daño antijurídico. Valor probatorio de los libros y papeles del comerciante. Objetividad de los estados financieros. Confirma.

Procede la Sala a proferir sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

El 24 de octubre de 2016 la sociedad demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial, en virtud de la cual el 24 de noviembre de la misma anualidad se efectuó audiencia de conciliación, que fuera declarada fallida por imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes, emitiéndose el mismo día la correspondiente constancia de haberse agotado el requisito de procedibilidad (fls. 225–227, CP1).

El 27 de junio de 2017, en ejercicio del medio de control de reparación directa, la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S., mediante apoderado, presentó demanda de reparación directa contra la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de obtener la declaración de las siguientes pretensiones (fls. 1–36, CP1):

PRIMERO: DECLARAR a LA NACIÓN-SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – SIC responsable administrativa y patrimonialmente por los daños ocasionados al demandante por como (sic) consecuencia de la emisión (sic) de las Resoluciones Número 35240 del 7 de julio de 2015 y la resolución 79880 del cinco (5) de octubre de dos mil quince (2015) y demas (sic) hechos dañinos narrados en la demanda.

SEGUNDO: Ordenar a la LA (sic) NACIÓN-SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO — SIC, que le indemnice todos los perjuicios derivados de los hechos dañinos al demandante.

TERCERO: Como consecuencia de la Declaratoria de responsabilidad, se condéne (sic) a LA NACIÓN-SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y

COMERCIO — SIC a pagar al demandante, por intermedio del suscrito apoderado, todos los daños y perjuicios materiales ocasionados, por los hechos dañinos así:

Por daños materiales:

1. La suma de ciento ochenta y ocho millones ochocientos sesenta y nueve mil trescientos treinta y siete pesos moneda corriente (\$188.769.337 M/Cte), o la suma que se demuestre dentro de éste proceso o en incidente posterior a la sentencia, por concepto de daño emergente, consistente en los daños patrimoniales directos causados al demandante representados en la compra de la importacion (sic), costo de importacion (sic) y servicio de transporte por carretera.
2. La suma de ciento sesenta y ocho millones setecientos sesenta y nueve mil trescientos treinta y siete pesos moneda corriente (\$168.769,337 M/Cte), o la suma que se demuestre dentro de éste proceso o en incidente posterior a la sentencia, por concepto de lucro cesante, consistente en las entradas dejadas de percibir por la venta y comercializacion (sic) del producto.

CUARTO: Actualización monetaria de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor y al reconocimiento de Intereses comerciales moratorios desde que se causaron y hasta la fecha de la sentencia definitiva.

QUINTO: Condenar a la LA (sic) NACIÓN-SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO — SIC al pago de costas procesales y agencias en derecho.

SEXTO: La parte demandada dará cumplimiento la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011 y pagarán intereses moratorios desde la ejecutoria del fallo, hasta que se cancele totalmente la condena.

Como fundamento fáctico de las pretensiones se indicó que la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. era importadora y distribuidora exclusiva para Colombia del producto "Fruzel", en sus variedades de gelatinas con jugos naturales y colores certificados, envasada en copa plástica pentagonal tipo cápsula.

Mediante la Resolución No. 2014030861 de 23 de septiembre de 2014, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA– concedió registro sanitario a la demandante para importar y vender el referido producto.

Sin embargo, la Resolución No. 35240 del 7 de julio de 2015, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, ordenó prohibir de manera inmediata y preventiva la comercialización y producción de gelatinas saborizadas en envase capsular o

similares, "mini gelatina", mientras surtía investigación sobre el producto, con independencia de su marca, referencia o el uso de otras denominaciones.

En aras de verificar la cobertura de la medida cautelar sobre el producto con denominativo marcario "Fruzel", la sociedad demandante presentó petición a la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el radicado No. 15-235791, con el objeto de solicitar información sobre la afectación del productor con la medida cautelar que impide su comercialización, distribución, venta o consumo en todo el territorio nacional contemplada en la resolución en cita.

A través de la Resolución No. 79880 del 5 de octubre de 2015, expediente administrativo No. 14-205030, la Superintendencia prohibió de manera definitiva e inmediata el producto descrito en el numeral 8.1. de la parte motiva de dicha resolución, en consecuencia, prohibió la producción, importación, comercialización y toda puesta a disposición de todas las marcas y referencias del producto tipo gelatina en cápsulas, ordenando retirar de manera inmediata y definitiva del mercado o la disposición final del producto.

El 26 de octubre de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio, en respuesta a la petición con radicado 15-235791, advirtió que la prohibición de la Resolución No. 79880 de 2015 incluyó los productos de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S.

Por último, se indica que la sociedad demandante consecuencia de los referidos actos sufrió un perjuicio material, pues contaba con inventarios del producto "Fruzel", sin poder comercializarlos, generándole un daño antijurídico de carácter patrimonial.

2. Actuación procesal en primera instancia.

Repartido el proceso de referencia al Juzgado 61 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., mediante auto del 9 de agosto de 2017 se admitió la demanda, ordenándose su notificación a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 234-235, CP1).

La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante escrito del 27 de octubre de 2017, contestó la demanda, pronunciándose sobre los hechos y oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en las excepciones de ineptitud de la demanda por indebida escogencia del medio de control, legalidad de los actos proferidos por la entidad, antijuridicidad de la actividad comercializadora prohibida por la Superintendencia e inexistencia del daño antijurídico (fls. 264-283, CP1).

El 13 de junio de 2018 se adelantó audiencia inicial (fls. 299-303, CP1) y el 23 de enero de 2019 se llevó a cabo audiencia de pruebas. En esta última oportunidad se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fls. 313-314, CP1).

El 5 de febrero de 2016 el agente del Ministerio Público presentó concepto de fondo en el asunto de referencia (fls. 315-333, CP1). Por su parte, el 6 de febrero la demandante presentó alegatos finales (fls. 336-352, CP1) y en la misma oportunidad la entidad demandada (fls. 353-365, CP1).

3. Sentencia de primera instancia.

El 9 de diciembre de 2019, el Juzgado 61 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. profirió sentencia de primera instancia, negando las pretensiones de la demanda, sin condena en costas (fls. 366–373, CP2).

En primer lugar, el *a quo* fijó el problema jurídico a resolver entorno a la siguiente interrogante: ¿se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad extracontractual de la Superintendencia de Industria y Comercio por los presuntos perjuicios ocasionados a la sociedad demandante con ocasión de la expedición de las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio de 2015 y 79880 del 5 de octubre del mismo año?

Luego de referir el régimen jurídico aplicable, concluyendo que el caso bajo estudio debía analizarse a partir del título de imputación de daño especial, la falladora de primera instancia encontró probados los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

- La sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. es importadora y distribuidora exclusiva para Colombia del producto denominado “Fruzel”, en sus variedades de gelatinas con jugos naturales y colores certificados, envasada en copa plástica pentagonal cuyo peso es de 38 gramos por unidad.
- La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 35240 del 7 de julio de 2015, por la cual ordenó de manera preventiva la suspensión inmediata de la producción y comercialización de un producto para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores.
- Esta medida adquirió el carácter definitivo según se dispuso en la Resolución No. 79880 del 5 de octubre de 2015, que rigió a partir de su publicación en el diario oficial.
- El 5 de octubre de 2015, el señor Álvaro Vargas, actuando como representante legal de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S., radicó ante la Superintendencia de Industria y Comercio petición con radicado No. 15-235791-00000-00000.
- A través de oficio No. 3100 del 26 de octubre de 2015 se dio respuesta a la anterior petición.
- Contra la anterior respuesta, el señor Álvaro Vargas Chaustre presentó recurso de reposición y en subsidio apelación.
- Este recurso fue declarado improcedente mediante Resolución No. 327 del 8 de enero de 2016.
- En declaración de renta de la sociedad demandante se señaló como ingresos netos operacionales \$110.485.000, costos de ventas y prestación de servicios \$188.769.000, pérdida líquida del ejercicio \$160.745.000, arrojando una renta líquida gravable de \$900.000.
- El informe de Balance General del año 2015 se tuvo como resultado la suma de \$161.387.000.
- En las notas a los estados financieros se indicó costos de importación y nacionalización de mercancías por valor de \$167.865.836.
- De la declaración de importación se observa que el 7 de marzo de 2015 desde la ciudad de Los Ángeles (USA) se importó gelatina de fruta natural marca Fruzel, con una base liquidable para el arancel de \$145.143.205 y una base para la liquidación del IVA de \$159.657.205.

- El INVIMA emitió Resolución No. 2014030861 del 23 de septiembre de 2014, con la que se concedió el registro sanitario a la hoy demandante del producto "gelatina de fruta natural con sabores a mango, manzana, fresa, piña, uva, coco (Natural Fruit Jelly)".

De esta forma, para el *a quo* no se logró demostrar la existencia de un daño antijurídico, toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus funciones y competencias, en cumplimiento de las atribuciones conferidas en la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 4886 de 2011, resolvió tomar una medida definitiva para evitar que el productor denominado "MINI GELATINAS – FRUZEL" causara un daño o perjuicio a los consumidores, medida que no está demandada y de la que se presume su legalidad. Así afirmó que la libertad de empresa y la libre competencia tienen un carácter económico de interés público y deben interpretarse de acuerdo con los principios y valores constitucionales de función social de la propiedad.

Destacó que la medida de restricción adoptada por la administración se encuentra razonable e idónea, pues se sostiene en los siguientes argumentos:

- La "MINI GELATINA" o "GEL SABORIZADO DE GELATINA", denominación que comprendía el producto Fruzel, entrañaba los siguientes riesgos: asfixia fatal, daño cerebral por paro cardiorrespiratorio e infección pulmonar, especialmente en niños.
- Están documentados accidentes de consumo nacionales e internacionales relacionados con las "MINI GELATINAS".
- Los expertos en pediatría coincidieron en que más allá de su composición química y las características físicas, el producto era inseguro porque estaba dirigido a niños, quienes atraídos por sus formas llamativas y colores no podían ejercer un control efectivo sobre el objeto, que al ser expulsado por la presión y ser succionado por el consumidor genera una doble velocidad que, sumado a su resbalosa textura y pequeño tamaño, le permitía irse directamente al tracto respiratorio y producir asfixia.
- El producto presentaba un tamaño, forma, consistencia, textura, modo de uso y una naturaleza especialmente peligrosa razón por la cual es necesario proteger al consumidor; anotando, además, que gracias a su denominación se llevaba a error al consumidor sobre la verdadera naturaleza del producto, siendo ineficientes e insuficientes las advertencias sobre el imaginario colectivo para prevenir un daño cierto y real sobre infantes y adultos de la tercera edad.

En este orden, la primera instancia advierte que la sociedad demandante conocía y sabía de la posibilidad de restricción en Colombia y del riesgo de traer un producto con las condiciones que se reseñan en las resoluciones de la hoy demandada, que no fueron impugnadas en sede de legalidad.

Punto sobre el cual, además precisa que es imposible deducir o concluir el valor de la mercancía importada que se tenía en inventario, pues, si bien es cierto que en la declaración de importe se observa la mercancía objeto de este proceso, no se establece su precio porque hay dos valores consignados uno para IVA y otro para el arancel, sin que pueda observarse en ningún documento el valor de la unidad o el valor de cada producto o valor total.

En el plenario está la declaración de renta de la sociedad demandante y en el informe de balance general del año 2015, unos activos, pasivos y patrimonio, pero de estos documentos

no se puede concluir que los valores allí consignados surgieron a consecuencia de la prohibición de la mercantilización de las mini gelatinas pues, tal y como indicó en el certificado de existencia y representación legal de la demandante, el objeto social, era la importación y exportación de productos alimenticios, tales como productos de confitería preparados y otros.

En consecuencia, para el *a quo* no se probó una lesión real y evaluable o detrimento patrimonial de la sociedad demandante con nexo directo en la expedición de las resoluciones, que esto se diera de manera contraria a la constitución o a la ley o de manera irrazonable.

Finalmente, citó como precedente de este Tribunal Administrativo, en su Sección Tercera, Subsección B, la sentencia del 5 de septiembre de 2017, M.P. Carlos Alberto Vargas Bautista, Radicado 25000233600020160256500, en el cual se concluye:

(...) si bien es cierto la Superintendencia de Industria y Comercio con la expedición de la Resolución 35240 del 7 de julio de 2015, por medio de la cual, ordenó de manera preventiva la suspensión de la producción y comercialización del producto mini gelatinas causó un daño a los comercializadores de este producto en tanto ellos, tenían la confianza legítima en la distribución de ese artículo lo cierto es que, ese señalamiento no resulta suficiente para establecer la causación de un daño cierto y, por ende, indemnizable. Especialmente, cuando se desconoce el número de cantidades y el costo de estos respecto al producto de fas mini gelatinas que no pudieron ser distribuidas a causa de la medida preventiva dictada, como tampoco, el contenido de los supuestos contenedores provenientes de China que tuvieron que ser devueltos al país de origen por la restricción al producto (...).

Por último, reprochó a la parte actora no probar los hechos sustento de la *causa petendi*, pues no desplegó su actividad probatoria dentro de la etapa procesal correspondiente, aportando las pruebas pertinentes e idóneas para demostrar fácticamente la presunta falla cometida.

II. RECURSO DE APELACIÓN.

1. El recurso.

El 20 de enero de 2020 el apoderado de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revocara y en su lugar se accediera a las pretensiones de la demanda, con arreglo a los siguientes argumentos (fls. 379–388, CP2):

De forma inicial, el apelante señaló que el *a quo* incurrió en una **indebida valoración probatoria frente al daño antijurídico**, pues en su criterio se demostró la cuantificación patrimonial del daño a partir de la declaración de importación y el balance general y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa.

Por consiguiente, del primer documento se evidencia que la ahora demandante importó de manera legal para Colombia el producto Fruzel por valor de 47.700 dólares, 7600 dólares

por valor del flete y 238.50 dólares por concepto de impuestos. De la misma manera, el balance general y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa dan cuenta de tales circunstancias por valor registrado de \$161.387.283.

De otro modo, **reprochó la falta de aplicación del principio de confianza legítima**, pues las actividades comerciales ejecutadas por la Comercializadora Dulcecol S.A.S. se estaban amparadas en el marco de legalidad y seguridad, de acuerdo a la autoridad de vigilancia sanitaria, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, en concreto, a través del registro sanitario de la Resolución No. 2014030861 de 23 de septiembre de 2014, que garantiza que el producto era apto para el consumo humano.

En este sentido, afirmó el libelista que, si bien es cierto el derecho a la empresa no es absoluto, cuando es subordinado ante el interés público existen facultades para que el Estado compense la afectación de los derechos o del núcleo esencial, máxime cuando existía una certeza jurídica razonable sobre la comercialización del producto.

Finalmente, el apelante sostuvo que el *a quo* **inaplicó la teoría del daño especial** por rompimiento de las cargas públicas, dado que a su juicio las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio y 79880 del 5 de octubre de 2015, que ordenaron prohibir la producción y comercialización de un producto denominado "MINI GELATINA" y similares, con independencia de su marca, produjeron daños anormales o especiales a la comercializadora Dulcecol S.A.S., que no está obligada a soportar, presentándose una ruptura en el principio de igualdad de las cargas públicas, que impone las correspondientes indemnizaciones.

2. Actuación procesal en primera instancia

Con auto del 27 de enero de 2020 se concedió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante (fl. 389, CP2). El 6 de febrero de 2020, por secretaría del Juzgado se remitió el expediente a este Tribunal Administrativo (fl. 394, CP2).

3. Actuación procesal en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, el 16 de marzo de 2020 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante (fl. 397, CP2). De forma consecutiva, el 14 de septiembre de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Procurador para rendir concepto (arch. 02, exp. electrónico). Dicho auto fue notificado por estado del 25 de septiembre de la misma anualidad (arch. 04, exp. electrónico).

El 9 de octubre de 2020 el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio presentó alegaciones conclusivas, argumentando que i) la Ley 1480 de 2011 estableció como derechos del consumidor recibir protección *ex ante* contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de productos que representen un riesgo para su seguridad, ii) por lo que a la entidad le corresponde adoptar medidas administrativas para evitar que se cause daño o perjuicio a los consumidores; de esta forma, iii) la SIC adoptó las medidas necesarias para evitar daños o perjuicios a los consumidores, basados en el hecho comprobado de la existencia de muertes y lesiones en niños asociadas al consumo del producto denominado "mini gelatinas" o similares.

En relación con el principio de confianza legítima y el registro sanitario expedido por el INVIMA, indicó que sus funciones se limitan a la vigilancia sanitaria y el control de calidad de algunos productos, mientras que la de la Superintendencia, tiene como fin lograr que se cumpla y respete el régimen de protección al consumidor. En efecto, consideró que las competencias del registro sanitario y las funciones de protección del consumidor no son excluyentes.

Finalmente, indicó que, si bien, es cierto la Constitución Política estableció una serie de derechos, entre ellos la propiedad privada, estos tienen unas limitaciones y no pueden ser interpretados de forma absoluta, puesto que los mismos se encuentran sujetos a los límites del bien común, en tal sentido, los derechos señalados por la demandante deben confrontarse frente a los derechos de la vida, la integridad y la salud, por lo que bajo ninguna circunstancia se considera que esta Entidad haya transgredido injustificadamente los derechos constitucionales de la demandante (arch. 05-06, exp. electrónico).

El actor guardó silencio y el Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

III. PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA.

1. Presentación del caso.

En el presente asunto, el demandante pretende la reparación del daño que le fue ocasionado por la expedición de las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio y 79880 del 5 de octubre de 2015, que prohibieron la comercialización y producción de gelatinas saborizadas en envase capsular, entre ellas, la de denominación "Fruzel", que la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. venía distribuyendo, de acuerdo a registro sanitario concedido por Resolución No. 2014030861 de 23 de septiembre de 2014 del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.

La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al no encontrar acreditado un daño antijurídico, pues en su criterio no se evidenció de forma cierta y singular un detrimento patrimonial atribuido a la expedición de tales actos administrativos. En todo caso, advirtió que la sociedad demandante conocía de la posibilidad de restricción o prohibición del producto que comercializaba, dadas sus características y riesgos, siendo la medida adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio una medida razonable e idónea, basada en fundamentos jurídicos y científicos.

Decisión que fue apelada por la sociedad demandante, pues en su criterio i) el *a quo* incurrió en una indebida valoración probatoria del daño antijurídico, cuya existencia se encuentra debidamente acreditada; ii) inaplicó el principio de confianza legítima, pues para el demandante existía una certeza jurídica razonable sobre la comercialización del producto, que obtuvo registro sanitario por parte del INVIMA; por último, iii) señaló la inaplicó la teoría del daño especial, dado que los actos, cuya legalidad no se cuestiona, rompen el equilibrio de las cargas públicas, que impone la necesidad de efectuar las correspondientes indemnizaciones.

2. Problema jurídico.

Atendiendo al debate propuesto en el recurso de apelación, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿debe revocarse la sentencia de primera instancia, y en su lugar accederse a las pretensiones de la demanda, al haberse configurado un daño antijurídico atribuible a las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio y 79980 del 5 de octubre de 2015, que impusieron una prohibición de producción y comercialización del producto "mini gelatinas" o similares, sin importar su denominación, con lo cual se causó perjuicios a la sociedad demandante que importaba y distribuía el mencionado producto, bajo autorización de registro sanitario concedida por Resolución No. 2014030861 de 23 de septiembre de 2014 del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA?

3. Tesis de la Sala.

El criterio de la Sala es que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, en atención a que no se acreditó la configuración del primero de los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, porque, si bien, se acreditó que la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. importó el 7 de marzo de 2015 una mercancía identificada como gelatina de fruta natural marca "Fruzel", cuya comercialización fuera prohibida a partir del 7 de julio de 2015, verificados los estados financieros de la sociedad, así como sus notas explicativas, no se observa que tal importación de mercancía le constituyera un activo nulo o una pérdida, por lo que la parte actora no logró probar el supuesto menoscabo material invocado como fundamento de las pretensiones.

Para dar respuesta al problema jurídico antes planteado, la Sala estudiará los presupuestos procesales de la acción, el medio de control procedente, la procedencia excepcional de la reparación directa cuando el daño se deriva de un acto administrativo legal, los elementos de la libertad y valoración probatoria y el caso en concreto.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Subsección es competente desde el punto de vista funcional para conocer del presente proceso, por la instancia, la naturaleza del asunto y la cuantía, dado que se trata del recurso de apelación de la sentencia proferida dentro de un proceso de reparación directa por el Juzgado 61 Administrativo de Bogotá D.C., y el valor de la mayor pretensión individualmente considerada no supera los 500 SMLMV, al tenor de los artículos 153 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

2. Caducidad de la acción.

En concordancia con el ordinal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en los casos en los cuales se ejerce la acción de reparación directa, el término de caducidad de dos (2) años se cuenta desde el día siguiente del acaecimiento de la acción, hecho, omisión u operación administrativa causante del daño antijurídico, o desde cuando el demandante tuvo o debió

tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Así las cosas, la caducidad de la acción de reparación directa en el presente asunto se contabiliza desde que se concretó el daño que fundamenta la *causa petendi*, así, toda vez que, las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio de 2015 y 79980 del 5 de octubre de 2015, contra las cuales no procedía recurso alguno y regían a partir de su publicación, siendo la última de ellas publicada en el diario oficial No. 49.660 del 9 de octubre de 2015, la parte actora tenía hasta el 10 de octubre de 2017 para presentar la demanda.

De esta forma, la Sala encuentra que de conformidad con la norma en cita no operó el fenómeno de la caducidad en el presente asunto, en atención a que la demanda de reparación directa del 27 de junio de 2017 (fl. 232, CP1) se presentó dentro de los dos años siguientes al día en que se concretó el daño. En todo caso, el término de caducidad estuvo suspendido entre el 24 de octubre y el 24 de noviembre de 2016 (fls. 225–227, CP1), interregno de tiempo contemplado en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

3. Legitimación en la causa.

Tener legitimación en la causa, *legitimatio ad causam*, consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida¹.

3.1. Por activa.

La sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. está legitimada formalmente en la causa por activa, pues es la presuntamente perjudicada por la prohibición de comercializar el producto "Fruzel", gelatinas envasadas en copa plástica pentagonal tipo cápsula, que importaba, como consecuencia de la orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio en las Resoluciones 35240 del 7 de julio y 79980 del 5 de octubre de 2015.

3.2. Por pasiva.

La Superintendencia de Industria y Comercio está legitimada formalmente en la causa por pasiva, porque contra esta entidad se dirigen las pretensiones de la demanda y se atribuye responsabilidad como consecuencia de la expedición de los actos administrativos referidos, realizándose imputaciones fáctica y jurídicamente fundamentadas.

4. Argumentación jurídica.

4.1. Procedencia excepcional del medio de control de reparación directa cuando el daño se deriva de un acto administrativo. Daño especial.

En relación con este tema el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha reconocido la procedencia excepcional de la acción o medio de control de reparación directa cuando el daño se deriva de un acto administrativo. Uno de estos casos, es cuando no se pretende la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 23 de mayo de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 73001-23-31-000-1997-05031-01(16271).

nulidad del acto administrativo, por no cuestionarse su legalidad, sino la reparación de los perjuicios ocasionados por el mismo.

Sobre esta excepción el Consejo de Estado ha sido reiterativo en sostener que es procedente la acción de reparación directa cuando un acto legal ocasiona daños y no se discute la legalidad del mismo (sin discriminar si se trata de un acto administrativo general o particular), dado que se pueden presentar situaciones en donde en ejercicio de la función administrativa ajustada al ordenamiento jurídico se genere el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, presentándose de esta forma un daño especial.² Así, se ha afirmado:

(...) la jurisprudencia colombiana empezó a admitir la hipótesis de que un acto legalmente expedido pudiera causar daños y que tales daños pudieran ser objeto de reparación por rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Por lo que hace a la violación de este principio, es necesario entender, ante todo, que el mismo es un resultado colateral, residual de una actuación de la Administración orientada a cumplir su misión del servicio público, que se traduce en un perjuicio que pone en una situación de desequilibrio ante las cargas públicas a la víctima o víctimas del mismo, es decir, cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la Administración debe indemnizar.³

Ha dicho la Corporación, que responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.⁴

(...) Dicho planteamiento fue reiterado en las sentencias de 22 de mayo de 1997, Exp. 4207, Actor: Sdad Las Mercedes Ltda. Hnos y Cía S en C.S., M.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; de 8 de mayo de 1997, Exp. 4208, Actor: Sdad Operaciones Bursátiles S.A. Comisionista de Bolsa, M.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; y de 8 de mayo de 1997, Exp. 4291, Actor: Kokorico Ltda., M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, de la Sección Primera del Consejo de Estado.⁵

² consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección a, consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia del tres (3) de abril de dos mil trece (2013), radicación número: 52001-23-31-000-1999-00959-01(26437).

³ Cita textual del fallo: LIBARDO RODRIGUEZ R. "Derecho Administrativo General y Colombiano". *Décimo Tercera Edición. Edt. Temis. Bogotá. 2002.*

⁴ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482.

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, Exp. 16079, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

En conclusión, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sido unánime sobre este tema, se puede decir que cuando se alega la existencia de un daño especial debido a que se ocasionaron perjuicios de una actividad lícita y legítima del Estado concretada en un acto administrativo, no se puede controvertir la legalidad del mismo, sino lo que se debe pretender es la reparación de los perjuicios que se han generado con ocasión del desequilibrio de las cargas públicas impuestas, por lo cual, resulta innecesario e inútil atacar el acto que causó el daño a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues esto no se debe perseguir, y por ende se permite reclamar los perjuicios causados a través del medio de control de reparación directa.⁶

4.2. Características del daño antijurídico.

El daño antijurídico ha sido definido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁷ y del Estado, a partir de dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"⁸; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"⁹; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"¹⁰, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹¹, o de la cooperación social.^{12" 13}

⁶ Consejo de Estado, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO, sentencia del diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00479-01(55349; providencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020) SUBSECCIÓN Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS, Radicación número: 05001-23-33-000-2014-02065-01(62372).

⁷ "(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión". MARTIN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁸ LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁹ SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁰ "(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", en BREWER-CARIAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

¹² Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas". RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Subsección Tercera. Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 50001-23-31-000-2002-00094-01(40744)

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"¹⁴. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración"^{15, 16}.

Tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, el daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁷, anormal¹⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁹.

En síntesis, el daño, para efectos de que sea indemnizable, exige que se acrediten los siguientes requisitos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser personal y cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

4.3. Carga de la prueba.

La Corte Constitucional ha sostenido que "La noción de carga de la prueba 'onus probandi' es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandando. Su aplicación trae como consecuencia que aquella parte que no aporte la prueba de lo que alega soporte las consecuencias. Puede afirmarse que "la carga de la prueba es la obligación de "probar", de presentar la prueba o de suministrarla cuando no "el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero"²⁰.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: "El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que "no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiéndolos por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales". DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

¹⁶ Según lo ratificado por el Consejo de Estado en la sentencia de 9 de mayo de 2012, expediente 20334: "El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹⁶ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable", en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁸ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁰ T 733 de 2013

Por su parte, el Consejo de Estado en Sala Plena²¹, ha sostenido que la carga es una especie menor del deber de la necesidad de observar cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido por el sujeto. En este sentido, la aludida carga faculta, a aquél en quien recae, para realizar una conducta cuyo despliegue puede traer como consecuencia obtener una ventaja o un resultado favorable, pero si no se lleva a cabo, deber asumir la responsabilidad de las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que se presenten por esa omisión. Concluyendo así que "(...) la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba –verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida–."

Bajo este panorama, es bien sabido que en la jurisdicción de lo contencioso administrativo la justicia es rogada y no de oficio, y que le corresponde al actor prima facie la carga de la prueba, (Art. 167 CGP) para demostrar los supuestos de hecho de la norma que consagra los efectos jurídicos que considera protege o garantiza sus derechos. Sin embargo, lo anterior no estipula la pasividad del juez en el proceso sino que garantiza el principio de libertad probatorio, *probationes non sunt coartandae*, que le permite al juez ocupar el lugar de un verdadero tercero en el proceso, por ello, la intervención del juez en esta materia se encuentra señalada en la propia norma que le señala ciertos deberes, como es el de dirigir el proceso para evitar su paralización y procura mayor economía procesal, garantizar la igualdad entre las partes y utilizar los poderes para decretar las pruebas de oficio, para verificar los hechos alegados por las partes (Art. 42 CGP). Sobre este último punto, la Corte Constitucional²² ha sostenido que "De todas formas, aunque la facultad oficiosa del juez administrativo para decretar pruebas sirve como medio de búsqueda de la verdad real y esclarecimiento de los hechos, no se puede pretender que se haga uso de éste poder para suplir una exacerbada negligencia de los apoderados respecto de los medios probatorios."

Ahora bien, el Consejo de Estado, ha sostenido que "La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos". **Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.** El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento"²³.

²¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00. T 599 de 2009.

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación 24168.

Con relación a las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de una carga procesal, la Corte Constitucional ha señalado que se constituyen en una desventaja procesal para la parte que tenía la carga, en los siguientes términos:

“A su vez las cargas procesales, son un imperativo que también emana de las normas procesales de derecho público y con ocasión del proceso, pero sólo para las partes y algunos terceros. Son del propio interés de quien las soporta, lo que quiere decir que sólo lo favorecen a él y no a la otra parte, como ocurre con la obligación o con el deber. Y justamente por esta razón “no existe una sanción coactiva que comine al individuo a cumplir, sino que se producirá, para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja para el mismo (y no para el otro sujeto)”. Es decir que el sujeto procesal que soporta la carga, está en el campo de la libertad para cumplir o no con ella, de modo que si no lo hace no está constreñido para que se allane a cumplirla, por lo cual el no asumirla no dará lugar propiamente una sanción sino a las consecuencias jurídicas propias de su inactividad, que pueden repercutir también desfavorablemente sobre los derechos sustanciales que en el proceso se ventilan”²⁴.

En este orden de ideas, es claro que las partes tienen pleno conocimiento del comportamiento que deben seguir y las actuaciones que tienen que desplegar frente a la carga de la prueba, esto con el fin, de que puedan acreditar los hechos que alegan para efectos de tener una decisión favorable respecto a sus peticiones, pues de lo contrario, debe asumir las consecuencias negativas que se presenten por no allegar las pruebas que soporten sus afirmaciones.

V. CASO CONCRETO.

1. Medios de prueba relevantes.

Los siguientes son los elementos probatorios que fueron recaudados en el presente proceso, cuya valoración resulta relevante para resolver el problema jurídico planteado en segunda instancia:

- 1.1.** Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 18 de mayo de 2017, en el cual destaca (fls. 206–208, CP1):

OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL: COMERCIO AL POR MAYOR, IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS, TALES COMO PRODUCTOS DE CONFITERÍA, COMERCIO AL POR MENOR DE OTROS PRODUCTOS ALIMENTICIOS EN ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS EL COMERCIO AL POR MENOR DE CONFITERÍA O DULCERÍA, PREPARADOS PRINCIPALMENTE CON AZÚCAR, FRUTAS, NUECES SECAS CONFITADAS, GOMAS DE MASCAR, CAMELOS, TURRONES, JALEAS, BOCADILLOS, ENTRE OTROS. Y TODO LO QUE SEA NECESARIO PARA EL LOGRO DE SU OBJETO SOCIAL (...).

- 1.2.** Petición presentada ante la Superintendencia de Industria y Comercio, con radicado No. 15-235791-00000-0000 del 5 de octubre de 2015, por Álvaro Vargas Chaustre,

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-203/11. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

representante legal de la Comercializadora Dulcecol S.A.S., con el fin de que se informe sí el producto Fruzel fue prohibido o afectado por medida cautelar en Colombia (fls. 37–40, CP1).

- 1.3. Oficio No. 3100 del 26 de octubre de 2015, expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio, con destino al señor Álvaro Vargas Chaustre, con el cual se informa que se la medida impuesta por las Resoluciones números 35.240 del 7 de julio de 2015 y 79.980 del 5 de octubre de 2015 aplica de forma permanente, según sus disposiciones y no es posible definir con la mera referencia del producto si fue incluido o no (fls. 41–47, CP1).
- 1.4. Recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el acto administrativo del 26 de octubre de 2015, radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el número de radicado 14-205030-00389-0000 del 18 de noviembre de 2015, por el señor Álvaro Vargas Chaustre, representante legal de Comercializadora Dulcecol S.A.S., para que se defina la aplicación de las medidas administrativas al producto denominado Fruzel (fls. 48–62, CP1).
- 1.5. Copia simple de oficio de comunicación de la Resolución No. 327 del 8 de enero de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio (fl. 63, CP1).
- 1.6. Resolución 327 del 8 de enero de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual se declara la improcedencia del recurso de reposición presentado contra la Resolución 79980 del 5 de octubre de 2015 (fls. 64–69, CP1).
- 1.7. Copia simple de la Resolución 35240 del 7 de julio de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la cual se prohibió de manera inmediata y preventiva, mientras se surtía la investigación correspondiente, la producción, importación, comercialización y toda puesta a disposición del producto denominado "minigelatina", "gel saborizado de gelatina", "gelatina variedad con fruta", "minigelatina de fruta", "minifruity gels", "mini fruit Jelly" o "mini Fruit bites" y de todo aquel cuyas características físicas y químicas resulten enunciadas en la resolución (fls. 70–101, CP1).
- 1.8. Copia simple de la Resolución 79980 del 5 de octubre de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio, que prohibió de manera inmediata y definitiva la producción, importación, comercialización y toda puesta a disposición del consumidor de los productos referidos y dispuso (fls. 102–178, CP1):

ARTÍCULO TERCERO. PROHIBIR de manera inmediata y definitiva la **PRODUCCIÓN, IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y TODA PUESTA A DISPOSICIÓN** de todas las marcas y referencias del producto denominado genéricamente en esta actuación administrativa como "Mini Gelatina" o "Gel Saborizado de Gelatina", cuyas características físicas y químicas resulten iguales o equivalentes con las descritas en el numeral 8.1., de la parte motiva de esta resolución.

La medida es de carácter definitivo, rige a partir de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial, y constituye un mandato de carácter general que

deberá cumplirse por todo aquel que de alguna manera ponga el producto en el mercado colombiano llámese importador, fabricante, distribuidor o comerciante.

ARTÍCULO CUARTO. ORDENAR a todo aquel que tenga dentro de sus inventarios el producto denominado: "Mini Gelatina", "Gel Saborizado de Gelatina", "Gelatina variedad con Fruta", "Mini Gelatina de Fruta", "Mini Fruity Gels", "Mini Fruit Jelly" o "Mini Fruit Bites", descrito en el numeral 8.1 de la parte motiva de esta resolución, con independencia de su marca, referencia o el uso de otras denominaciones, que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial, **RETIRE EL PRODUCTO DEL MERCADO O EFECTÚE SU DISPOSICIÓN FINAL.**

ARTÍCULO QUINTO: ADVERTIR que el incumplimiento a las órdenes impartidas en los artículos primero, segundo y tercero de esta providencia, dará lugar a la imposición de multas sucesivas de hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes mientras se permanezca en rebeldía, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6, del artículo 61, de la Ley 1480 de 2011, sin perjuicio de las demás sanciones que resulten procedentes.

1.9. Copia simple de la Resolución 5081 del 4 de febrero de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la que se corrigió la Resolución 79980 de 2015 (fls. 180–190, CP1).

1.10. Declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio para personas jurídicas y asimiladas de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. (fl. 191, CP1):

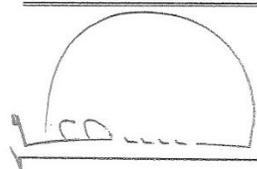
DIAN		Declaración de Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio para Personas Jurídicas y Asimiladas, Personas Naturales y Asimiladas Obligadas a llevar Contabilidad		PRNADA	110																																																																																																																																																																																				
1. Año: 2017		Especie sometida para la DIAN		4. Número de formulario: 1111602601788																																																																																																																																																																																					
2. No. Identificación Tributaria (NIT): 9008039331		3. Régimen: 1. Fijero regular		5. Período: 12 meses																																																																																																																																																																																					
11. Razón social: COMERCIALIZADORA DULCECOL S.A.S		12. Cód. Prec. Recursal: 512																																																																																																																																																																																							
24. Actividad económica: 48311		25. Si es una sucesión indique: 26. Cód.		27. No Formulario anular																																																																																																																																																																																					
28. Pasivos año gravable 2016 (Marque "X")		29. Cuentas de inversión extranjera (Marque "X")																																																																																																																																																																																							
<table border="1"> <tr><td>30. Total costos y gastos de nómina</td><td>50</td><td>0</td></tr> <tr><td>31. Aportes al sistema de seguridad social</td><td>31</td><td>0</td></tr> <tr><td>32. Aportes a SEHA, SEAF, cajas de compensación</td><td>32</td><td>0</td></tr> <tr><td>33. Dividendos, bonos, otras inversiones</td><td>33</td><td>72,597,000</td></tr> <tr><td>34. Activos y aportes (Inventarios, terrenos y semovientes)</td><td>34</td><td>0</td></tr> <tr><td>35. Cuentas por cobrar</td><td>35</td><td>65,250,000</td></tr> <tr><td>36. Inventario</td><td>36</td><td>0</td></tr> <tr><td>37. Activos fijos</td><td>37</td><td>1,218,000</td></tr> <tr><td>38. Otros activos</td><td>38</td><td>0</td></tr> <tr><td>39. Total patrimonio bruto</td><td>39</td><td>139,066,000</td></tr> <tr><td>40. Pasivos</td><td>40</td><td>271,870,000</td></tr> <tr><td>41. Total patrimonio líquido</td><td>41</td><td>0</td></tr> </table>		30. Total costos y gastos de nómina	50	0	31. Aportes al sistema de seguridad social	31	0	32. Aportes a SEHA, SEAF, cajas de compensación	32	0	33. Dividendos, bonos, otras inversiones	33	72,597,000	34. Activos y aportes (Inventarios, terrenos y semovientes)	34	0	35. Cuentas por cobrar	35	65,250,000	36. Inventario	36	0	37. Activos fijos	37	1,218,000	38. Otros activos	38	0	39. Total patrimonio bruto	39	139,066,000	40. Pasivos	40	271,870,000	41. Total patrimonio líquido	41	0	<table border="1"> <tr><td>37. Renta líquida ordinaria del ejercicio e Parafiscales del ejercicio</td><td>37</td><td>0</td></tr> <tr><td>38. Contrataciones</td><td>38</td><td>160,745,000</td></tr> <tr><td>39. Renta líquida</td><td>39</td><td>0</td></tr> <tr><td>40. Renta gravable</td><td>40</td><td>0</td></tr> <tr><td>41. Renta gravable</td><td>41</td><td>0</td></tr> <tr><td>42. Renta gravable</td><td>42</td><td>0</td></tr> <tr><td>43. Renta gravable</td><td>43</td><td>0</td></tr> <tr><td>44. Renta gravable</td><td>44</td><td>0</td></tr> <tr><td>45. Renta gravable</td><td>45</td><td>0</td></tr> <tr><td>46. Renta gravable</td><td>46</td><td>0</td></tr> <tr><td>47. Renta gravable</td><td>47</td><td>0</td></tr> <tr><td>48. Renta gravable</td><td>48</td><td>0</td></tr> <tr><td>49. Renta gravable</td><td>49</td><td>0</td></tr> <tr><td>50. Renta gravable</td><td>50</td><td>0</td></tr> <tr><td>51. Renta gravable</td><td>51</td><td>0</td></tr> <tr><td>52. Renta gravable</td><td>52</td><td>0</td></tr> <tr><td>53. Renta gravable</td><td>53</td><td>0</td></tr> <tr><td>54. Renta gravable</td><td>54</td><td>0</td></tr> <tr><td>55. Renta gravable</td><td>55</td><td>0</td></tr> <tr><td>56. Renta gravable</td><td>56</td><td>0</td></tr> <tr><td>57. Renta gravable</td><td>57</td><td>0</td></tr> <tr><td>58. Renta gravable</td><td>58</td><td>0</td></tr> <tr><td>59. Renta gravable</td><td>59</td><td>0</td></tr> <tr><td>60. Renta gravable</td><td>60</td><td>0</td></tr> <tr><td>61. Renta gravable</td><td>61</td><td>0</td></tr> <tr><td>62. Renta gravable</td><td>62</td><td>0</td></tr> <tr><td>63. Renta gravable</td><td>63</td><td>0</td></tr> <tr><td>64. Renta gravable</td><td>64</td><td>0</td></tr> <tr><td>65. Renta gravable</td><td>65</td><td>0</td></tr> <tr><td>66. Renta gravable</td><td>66</td><td>0</td></tr> <tr><td>67. Renta gravable</td><td>67</td><td>0</td></tr> <tr><td>68. Renta gravable</td><td>68</td><td>0</td></tr> <tr><td>69. Renta gravable</td><td>69</td><td>0</td></tr> <tr><td>70. Renta gravable</td><td>70</td><td>0</td></tr> <tr><td>71. Renta gravable</td><td>71</td><td>0</td></tr> <tr><td>72. Renta gravable</td><td>72</td><td>0</td></tr> <tr><td>73. Renta gravable</td><td>73</td><td>0</td></tr> <tr><td>74. Renta gravable</td><td>74</td><td>0</td></tr> <tr><td>75. Renta gravable</td><td>75</td><td>0</td></tr> <tr><td>76. Renta gravable</td><td>76</td><td>0</td></tr> <tr><td>77. Renta gravable</td><td>77</td><td>0</td></tr> <tr><td>78. Renta gravable</td><td>78</td><td>0</td></tr> <tr><td>79. Renta gravable</td><td>79</td><td>0</td></tr> <tr><td>80. Renta gravable</td><td>80</td><td>0</td></tr> <tr><td>81. Renta gravable</td><td>81</td><td>0</td></tr> <tr><td>82. Renta gravable</td><td>82</td><td>0</td></tr> <tr><td>83. Renta gravable</td><td>83</td><td>0</td></tr> <tr><td>84. Renta gravable</td><td>84</td><td>0</td></tr> </table>		37. Renta líquida ordinaria del ejercicio e Parafiscales del ejercicio	37	0	38. Contrataciones	38	160,745,000	39. Renta líquida	39	0	40. Renta gravable	40	0	41. Renta gravable	41	0	42. Renta gravable	42	0	43. Renta gravable	43	0	44. Renta gravable	44	0	45. Renta gravable	45	0	46. Renta gravable	46	0	47. Renta gravable	47	0	48. Renta gravable	48	0	49. Renta gravable	49	0	50. Renta gravable	50	0	51. Renta gravable	51	0	52. Renta gravable	52	0	53. Renta gravable	53	0	54. Renta gravable	54	0	55. Renta gravable	55	0	56. Renta gravable	56	0	57. Renta gravable	57	0	58. Renta gravable	58	0	59. Renta gravable	59	0	60. Renta gravable	60	0	61. Renta gravable	61	0	62. Renta gravable	62	0	63. Renta gravable	63	0	64. Renta gravable	64	0	65. Renta gravable	65	0	66. Renta gravable	66	0	67. Renta gravable	67	0	68. Renta gravable	68	0	69. Renta gravable	69	0	70. Renta gravable	70	0	71. Renta gravable	71	0	72. Renta gravable	72	0	73. Renta gravable	73	0	74. Renta gravable	74	0	75. Renta gravable	75	0	76. Renta gravable	76	0	77. Renta gravable	77	0	78. Renta gravable	78	0	79. Renta gravable	79	0	80. Renta gravable	80	0	81. Renta gravable	81	0	82. Renta gravable	82	0	83. Renta gravable	83	0	84. Renta gravable	84	0		
30. Total costos y gastos de nómina	50	0																																																																																																																																																																																							
31. Aportes al sistema de seguridad social	31	0																																																																																																																																																																																							
32. Aportes a SEHA, SEAF, cajas de compensación	32	0																																																																																																																																																																																							
33. Dividendos, bonos, otras inversiones	33	72,597,000																																																																																																																																																																																							
34. Activos y aportes (Inventarios, terrenos y semovientes)	34	0																																																																																																																																																																																							
35. Cuentas por cobrar	35	65,250,000																																																																																																																																																																																							
36. Inventario	36	0																																																																																																																																																																																							
37. Activos fijos	37	1,218,000																																																																																																																																																																																							
38. Otros activos	38	0																																																																																																																																																																																							
39. Total patrimonio bruto	39	139,066,000																																																																																																																																																																																							
40. Pasivos	40	271,870,000																																																																																																																																																																																							
41. Total patrimonio líquido	41	0																																																																																																																																																																																							
37. Renta líquida ordinaria del ejercicio e Parafiscales del ejercicio	37	0																																																																																																																																																																																							
38. Contrataciones	38	160,745,000																																																																																																																																																																																							
39. Renta líquida	39	0																																																																																																																																																																																							
40. Renta gravable	40	0																																																																																																																																																																																							
41. Renta gravable	41	0																																																																																																																																																																																							
42. Renta gravable	42	0																																																																																																																																																																																							
43. Renta gravable	43	0																																																																																																																																																																																							
44. Renta gravable	44	0																																																																																																																																																																																							
45. Renta gravable	45	0																																																																																																																																																																																							
46. Renta gravable	46	0																																																																																																																																																																																							
47. Renta gravable	47	0																																																																																																																																																																																							
48. Renta gravable	48	0																																																																																																																																																																																							
49. Renta gravable	49	0																																																																																																																																																																																							
50. Renta gravable	50	0																																																																																																																																																																																							
51. Renta gravable	51	0																																																																																																																																																																																							
52. Renta gravable	52	0																																																																																																																																																																																							
53. Renta gravable	53	0																																																																																																																																																																																							
54. Renta gravable	54	0																																																																																																																																																																																							
55. Renta gravable	55	0																																																																																																																																																																																							
56. Renta gravable	56	0																																																																																																																																																																																							
57. Renta gravable	57	0																																																																																																																																																																																							
58. Renta gravable	58	0																																																																																																																																																																																							
59. Renta gravable	59	0																																																																																																																																																																																							
60. Renta gravable	60	0																																																																																																																																																																																							
61. Renta gravable	61	0																																																																																																																																																																																							
62. Renta gravable	62	0																																																																																																																																																																																							
63. Renta gravable	63	0																																																																																																																																																																																							
64. Renta gravable	64	0																																																																																																																																																																																							
65. Renta gravable	65	0																																																																																																																																																																																							
66. Renta gravable	66	0																																																																																																																																																																																							
67. Renta gravable	67	0																																																																																																																																																																																							
68. Renta gravable	68	0																																																																																																																																																																																							
69. Renta gravable	69	0																																																																																																																																																																																							
70. Renta gravable	70	0																																																																																																																																																																																							
71. Renta gravable	71	0																																																																																																																																																																																							
72. Renta gravable	72	0																																																																																																																																																																																							
73. Renta gravable	73	0																																																																																																																																																																																							
74. Renta gravable	74	0																																																																																																																																																																																							
75. Renta gravable	75	0																																																																																																																																																																																							
76. Renta gravable	76	0																																																																																																																																																																																							
77. Renta gravable	77	0																																																																																																																																																																																							
78. Renta gravable	78	0																																																																																																																																																																																							
79. Renta gravable	79	0																																																																																																																																																																																							
80. Renta gravable	80	0																																																																																																																																																																																							
81. Renta gravable	81	0																																																																																																																																																																																							
82. Renta gravable	82	0																																																																																																																																																																																							
83. Renta gravable	83	0																																																																																																																																																																																							
84. Renta gravable	84	0																																																																																																																																																																																							
Ingresos		Liquidez patrimonial																																																																																																																																																																																							
<table border="1"> <tr><td>42. Ingresos brutos ocasionales</td><td>42</td><td>187,388,000</td></tr> <tr><td>43. Ingresos brutos no operacionales</td><td>43</td><td>0</td></tr> <tr><td>44. Intereses y rendimientos financieros</td><td>44</td><td>0</td></tr> <tr><td>45. Total ingresos brutos</td><td>45</td><td>187,388,000</td></tr> <tr><td>46. Devoluciones, rebajas y descuentos en ventas</td><td>46</td><td>45,601,000</td></tr> <tr><td>47. Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional</td><td>47</td><td>0</td></tr> <tr><td>48. Total ingresos netos</td><td>48</td><td>141,787,000</td></tr> </table>		42. Ingresos brutos ocasionales	42	187,388,000	43. Ingresos brutos no operacionales	43	0	44. Intereses y rendimientos financieros	44	0	45. Total ingresos brutos	45	187,388,000	46. Devoluciones, rebajas y descuentos en ventas	46	45,601,000	47. Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional	47	0	48. Total ingresos netos	48	141,787,000	<table border="1"> <tr><td>79. Total reintegros año gravable 2016</td><td>79</td><td>128,000</td></tr> <tr><td>80. Anticipo renta por el año gravable 2016</td><td>80</td><td>169,000</td></tr> <tr><td>81. Saldo a pagar por impuesto</td><td>81</td><td>266,000</td></tr> <tr><td>82. Sanciones</td><td>82</td><td>0</td></tr> <tr><td>83. Total saldo a pagar</td><td>83</td><td>266,000</td></tr> <tr><td>84. Total saldo a favor</td><td>84</td><td>0</td></tr> </table>		79. Total reintegros año gravable 2016	79	128,000	80. Anticipo renta por el año gravable 2016	80	169,000	81. Saldo a pagar por impuesto	81	266,000	82. Sanciones	82	0	83. Total saldo a pagar	83	266,000	84. Total saldo a favor	84	0																																																																																																																																															
42. Ingresos brutos ocasionales	42	187,388,000																																																																																																																																																																																							
43. Ingresos brutos no operacionales	43	0																																																																																																																																																																																							
44. Intereses y rendimientos financieros	44	0																																																																																																																																																																																							
45. Total ingresos brutos	45	187,388,000																																																																																																																																																																																							
46. Devoluciones, rebajas y descuentos en ventas	46	45,601,000																																																																																																																																																																																							
47. Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional	47	0																																																																																																																																																																																							
48. Total ingresos netos	48	141,787,000																																																																																																																																																																																							
79. Total reintegros año gravable 2016	79	128,000																																																																																																																																																																																							
80. Anticipo renta por el año gravable 2016	80	169,000																																																																																																																																																																																							
81. Saldo a pagar por impuesto	81	266,000																																																																																																																																																																																							
82. Sanciones	82	0																																																																																																																																																																																							
83. Total saldo a pagar	83	266,000																																																																																																																																																																																							
84. Total saldo a favor	84	0																																																																																																																																																																																							
Costos		Liquidez patrimonial																																																																																																																																																																																							
<table border="1"> <tr><td>62. Gastos operacionales de administración</td><td>62</td><td>0</td></tr> <tr><td>63. Gastos operacionales de ventas</td><td>63</td><td>62,481,000</td></tr> <tr><td>64. Dedución inversión en activos fijos</td><td>64</td><td>0</td></tr> <tr><td>65. Otras deducciones</td><td>65</td><td>0</td></tr> <tr><td>66. Total deducciones</td><td>66</td><td>62,481,000</td></tr> </table>		62. Gastos operacionales de administración	62	0	63. Gastos operacionales de ventas	63	62,481,000	64. Dedución inversión en activos fijos	64	0	65. Otras deducciones	65	0	66. Total deducciones	66	62,481,000	<table border="1"> <tr><td>78. Otras ganancias</td><td>78</td><td>128,000</td></tr> <tr><td>79. Total reintegros año gravable 2016</td><td>79</td><td>128,000</td></tr> <tr><td>80. Anticipo renta por el año gravable 2016</td><td>80</td><td>169,000</td></tr> <tr><td>81. Saldo a pagar por impuesto</td><td>81</td><td>266,000</td></tr> <tr><td>82. Sanciones</td><td>82</td><td>0</td></tr> <tr><td>83. Total saldo a pagar</td><td>83</td><td>266,000</td></tr> <tr><td>84. Total saldo a favor</td><td>84</td><td>0</td></tr> </table>		78. Otras ganancias	78	128,000	79. Total reintegros año gravable 2016	79	128,000	80. Anticipo renta por el año gravable 2016	80	169,000	81. Saldo a pagar por impuesto	81	266,000	82. Sanciones	82	0	83. Total saldo a pagar	83	266,000	84. Total saldo a favor	84	0																																																																																																																																																		
62. Gastos operacionales de administración	62	0																																																																																																																																																																																							
63. Gastos operacionales de ventas	63	62,481,000																																																																																																																																																																																							
64. Dedución inversión en activos fijos	64	0																																																																																																																																																																																							
65. Otras deducciones	65	0																																																																																																																																																																																							
66. Total deducciones	66	62,481,000																																																																																																																																																																																							
78. Otras ganancias	78	128,000																																																																																																																																																																																							
79. Total reintegros año gravable 2016	79	128,000																																																																																																																																																																																							
80. Anticipo renta por el año gravable 2016	80	169,000																																																																																																																																																																																							
81. Saldo a pagar por impuesto	81	266,000																																																																																																																																																																																							
82. Sanciones	82	0																																																																																																																																																																																							
83. Total saldo a pagar	83	266,000																																																																																																																																																																																							
84. Total saldo a favor	84	0																																																																																																																																																																																							
85. No. identificación asignatoria		86. DV		87. Pago total: 0																																																																																																																																																																																					
88. Cód. Representación		89. Espacio reservado para el sello de la entidad recaudadora		90. Espacio para el número interno de la DIAN / Archivo																																																																																																																																																																																					
89. Código Contador o Revisor Fiscal		91. Fecha Asuta		92. No. Folio profesional																																																																																																																																																																																					
93. No. Folio profesional		94. Con salubridad		95. No. Folio profesional																																																																																																																																																																																					

- 1.11.** Recibo oficial de pago de impuestos nacionales de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. (fl. 192, CP1).
- 1.12.** Copia simple del balance general de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S., en el cual se advierte (fls. 193–194, CP1).

COMERCIALIZADORA DULCECOL SAS
NIT 900603933-1
BALANCE GENERAL
A DICIEMBRE 31 DE 2015

ACTIVO			
ACTIVO CORRIENTE			
Caja		\$	72.597.000
Caja general	\$ 28.000	\$	28.000
Bancos		\$	72.569.000
Banco Avvillas	\$ 54.653.000		
Davivienda cta. ahorros 001970181192	\$ 17.916.000		
Deudores		\$	66.468.000
Cuentas por Cobrar Nacionales	\$ 2.373.000	\$	2.373.000
Accionistas O Socios		\$	54.370.000
Manuel Octavio LOpez	\$ 54.370.000		
Otros Deudores particulares		\$	6.375.000
Patricia Villarraga	\$ 719.000		
Jose Janner Cuervo	\$ 1.933.000		
Francisco Rivera Tovar	\$ 2.771.000		
Retencion en la fuente por ventas	\$ 159.000		
Impuesto del Cree Retenido	\$ 793.000		
Deudores varios		\$	3.350.000
Cuentas por cobrar de terceros	\$ 350.000		
Francisco Javier Rivera Tovar	\$ 3.000.000		
TOTAL ACTIVO CORRIENTE		\$	139.065.000
ACTIVO FIJO			
Propiedades planta y equipo	\$ -	\$	1.523.000
Muebles y enseres	\$ 1.523.000		
Depreciacion acumulada	\$ -	\$	(305.000)
Equipo de oficina	\$ (305.000)		
TOTAL ACTIVO		\$	140.283.000
PASIVO			
PASIVO CORRIENTE			
Cuentas por pagar		\$	273.456.000
Otros- Asesorias Contables	\$ 2.100.000		
Accionista-Alvaro Vargas	\$ 271.267.000		
Tarifa 9.66X1000	\$ 89.000		
Impuestos gravámenes y tasas		\$	(1.786.000)
Impuesto sobre las ventas	\$ -	\$	(1.786.000)
Descontable compras 16%	\$ (10.671.000)		
Generado por Ventas 16%	\$ 8.661.000		
Industria y Comercio	\$ 224.000		
TOTAL PASIVO		\$	271.670.000
PATRIMONIO			
Capital social		\$	(131.387.000)
Capital autorizado	\$ 30.000.000		
Resultado total del ejercicio -- Pérdida	\$ (161.387.000)		
TOTAL PASIVO, CAPITAL Y PATRIMONIO		\$	140.283.000


ALVARO VARGAS CHAUSTRE
REPRESENTANTE LEGAL

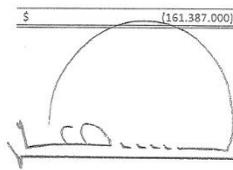

HELIODORO GOMEZ V.
CONTADOR PUBLICO
T.P.No.8871-T

1.13. Copia simple del estado de ganancias y pérdidas de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. (fls. 195–196, CP1).COMERCIALIZADORA DULCECOL SAS
NIT 900603933-1
ESTADO DE GANANCIAS Y PERDIDAS
A DICIEMBRE 31 DE 2015

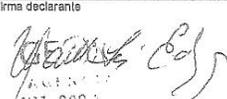
INGRESOS		\$	110.485.000
Ingresos operacionales			
Comercio al por mayor y menor	\$	110.485.000	
Ventas de productos	\$	157.386.000	
Devoluciones en ventas (Db)	\$	(46.901.000)	
No operacionales		\$	9.000
Financieros	\$	9.000	
Intereses	\$	8.000	
Ajuste al peso	\$	1.000	
TOTAL INGRESOS		\$	110.494.000
GASTOS OPERACIONALES		\$	83.112.000
Operacionales de administracion	\$	39.129.000	
Gastos de personal			
Sueldos	\$	1.755.000	
Comisiones	\$	500.000	
Auxilio de transporte	\$	74.000	
Otros	\$	800.000	
Arriendos	\$	36.000.000	
Impuestos	\$	652.000	
Industria y comercio	\$	652.000	
Servicios	\$	17.298.000	
Aseo y vigilancia	\$	70.000	
Temporales	\$	445.000	
Asistencia Tecnica	\$	1.630.000	
Procesamiento electr. de datos	\$	1.386.000	
Acueducto y Alcantarillado	\$	541.000	
Energia electrica	\$	203.000	
Telefono	\$	1.412.000	
Celulares	\$	1.020.000	
Correo, portes y telegramas	\$	382.000	
Transportes Fletes y Acarreos	\$	2.397.000	
Asesoría Contable y Financiera	\$	7.150.000	
Servicios - Otros	\$	662.000	
Gastos legales	\$	297.000	
Registro mercantil	\$	297.000	
Mantenimiento Equipo y reparaciones locativas	\$	936.000	
Equipo de Computo y Comunicacion	\$	100.000	
Flota y Equipo de Transporte	\$	545.000	
Reparaciones Locativas	\$	271.000	
Otros	\$	20.000	
Gastos de Viaje	\$	4.492.000	
Gastos de viaje	\$	393.000	
Pasajes Aereos	\$	4.099.000	
Diversos	\$	13.344.000	
Gastos de Representacion	\$	401.000	
Elementos de aseo y cafeteria	\$	883.000	
Utiles, papeleria, fotocopias	\$	4.947.000	
Combustibles y Lubricantes	\$	3.440.000	
Taxis y buses	\$	1.671.000	
Restaurante	\$	1.261.000	
Parqueaderos	\$	340.000	
Diversos gastos-otros	\$	401.000	
Operacionales de ventas	\$	5.530.000	
Alojamiento y Manutencion	\$	2.905.000	
Pasajes Aereos	\$	1.374.000	
Transportes Terrestres	\$	1.003.000	
Peajes	\$	248.000	
Depreciaciones	\$	305.000	
Equipo de Computacion y Comunicacion	\$	305.000	
No operacionales	\$	1.129.000	
Financieros			
Gastos bancarios	\$	773.000	
Gravamen Financiero	\$	3.000	
Impuestos Asumidos	\$	353.000	
COSTO DE VENTAS		\$	188.769.000
Costo de vtas. y prestac. serv.	\$	188.769.000	
Comercio al por mayor y menor			
Compras de Importacion	\$	161.566.000	
Costo Importacion	\$	6.300.000	
Servicio de Transporte por carretera	\$	20.903.000	

UTILIDAD DEL EJERCICIO

\$ (161.387.000)


ALVARO VARGAS CHAUSTRE
REPRESENTANTE LEGAL

HELIODORO GOMEZ V.
CONTADOR PUBLICO
T.P.8871-7

- 1.14. Certificación de antecedentes disciplinarios del contador público Heliodoro Gómez Villanueva (fl. 197, CP1).
- 1.15. Copia simple de las notas de los estados financieros de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. (fls. 198–202, CP1).
- 1.16. Copia simple del Registro Único Tributario - RUT de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. (fl. 203, CP1).
- 1.17. Declaración de importación privada No. 352015000101199 (fls. 204–205, CP1):

		Declaración de Importación		Privada		500	
Año: 2015 Espacio reservado para la DIAN (Antes de diligenciar este formulario lea cuidadosamente las instrucciones)				4. Número de formulario: 352015000101199-7			
3. Número de Identificación Tributaria (NIT) 900603933		8. DV. 1		11. Apellidos y nombres o Razón Social COMERCIALIZADORA DULCECOL S.A.S			
15. Dirección CL 77 14 46 AP 301		15. Teléfono 2565684		16. Cód. Admón. 35		17. Cód. Ciudad Municipio 11 001	
24. Número de Identificación Tributaria (NIT) 900107358		25. DV. 7		28. Razón social del declarante autorizado AGENCIA DE ADUANAS GEOCARGA DE COLOMBIA LTDA NIVEL 2			
29. Número documento de identificación 24483152		30. Apellidos y nombres EACHEVERRY GOMEZ MARTHA LUCIA		27. Tipo unidad 26		28. Cód. usuario 528	
31. Clase importador 02		32. Tipo declaración Inicial		33. Cód. 1 1		34. No. Formulario Anterior XXXXXXXXXXXXXX	
35. Año - Mes - Día XXXX - XX - XX		36. Cód. Admón. XX		37. Declaración de Exportación No. XXXXXXXXXXXXXX		38. Año - Mes - Día XXXX - XX - XX	
39. Cód. Admón. XX		40. Cód. lugar Ingreso de las mercancías BUN		41. Cód. Dirección 20850		42. Modificado de compra No. 116578005948544	
43. Año - Mes - Día 2015 - 03 - 07		44. Documento de transporte No. OCOSU8107323580		45. Año - Mes - Día 2015 - 02 - 07		46. Cód. País Exportador 249	
48. Nombre exportador o proveedor en el exterior NEO USA FOOD CO				47. Ciudad LOS ANGELES		48. Cód. País Exportador 249	
49. Dirección exportador o proveedor en el exterior 8122 MAIE AVE NO. 2 LOS ANGELES CA 90001				50. E-mail JOSEPH@FRUZEL.COM		51. No. de factura 2015-02-01	
52. Año - Mes - Día 2015-02-04		53. Cód. país procedencia 218		54. Cód. blando 1		55. Cód. de destino 741	
56. Cód. Depto 11		57. Empresa transportadora AGENCIA OCEANICA OCEANIC LTDA.		58. Tomo de cambio de ova 2,613.38		59. Cód. Admón. XX	
60. Subpartida arancelaria 3503001000		61. Cód. Complementario XX		62. Cód. Modificatoria C100		63. No. cuotas o masas XX	
64. Valor cuota USD XXXX		65. Períodicidad del pago de la cuota XX		66. Cód. país de origen 218		67. Cód. Acuerdo comercial XX	
68. Forma de pago a la importación 01		69. Tipo de importación 01		70. Cód. país compra 249		71. Paso bruto lpa. 39,730.00	
72. Paso neto lpa. 32,520.00		73. Cód. país destino CT		74. No. bules/ 3620		75. Subpartidas 1	
76. Cód. unidad comercial KG		77. Cantidad dom. 32,520.00		78. Valor FOB USD 47,700.00		79. Valor fletes USD 7,600.00	
80. Valor Seguro USD 238.50		81. Valor Otros Gastos USD 0.00		82. Sumatoria de fletes, seguros y otros gastos USD 7,838.50		83. Ajuste valor USD 0.00	
84. Valor aduana USD 55,538.50		85. Código registro R		86. Número de licencia 21823460		87. Cód. oficina 3	
88. Año 2015		89. Programa No XXXXXXXXXXXX		90. Cód. Interno del Producto 0		91. Depósito de la mercancía DO 201502220 DECLARACION (1-1) VO BO INVIMA NO. 0019959 FECHA 11 MARZO 2015, CERTIFICADO DE INSPECCION SANITARIA INVIMA NO BU-2015 031096 FECHA 2015-03-20, ACTA DE INSPECCION SANITARIA NO. BU-2015031099 FECHA 2015-03-20. PRODUCTO: GELATINA DE FRUTA NATURAL MAR CA: FRUZEL, REP Y/O ITEM: FRUZEL-F Y FRUZEL-B, FRUZEL JERAZON JELLY 1450G 6 JARS ABSORTES/BUJK, CON SABORES A MANZANA, FRESA, PIÑA, UVA, COCO (NATURAL FRUIT JELLY), LOTE FEO415, EXP 030416. SEGUN EMPAQUE: NEO USA, FRUZEL, NATURAL FRUIT JELLY, MERCANT A NUEVA 2015, PRESENTACIONES COMERCIALES: 1450G, 6 JARRAS. CAJA X 6 JARRAS O FRASCOS, Y CADA JARRA O FRASCO X 36 UNID. UNID X 39G . FABRICANTE: TSANG LIN INDUSTRIES CORP / TAIWAN, COMPOSICION: AGUA PURIFICADA, AZUCAR, FRUCTUOSA, ACIDULAN (continúa al respaldo)	
127. Valor pague anteriores: 0		128. Fecha: XXXX XX XX		129. Recibo oficial de pago anterior No.: XXXXXXXXXXXXXX		130. Fecha: XXXX XX XX	
130. Espacio reservado DIAN - Aduana aduanera Estado de Ingreso: Levante automático No hay declaración posterior				131. Espacio reservado un exclusivo Ministerio de Relaciones Exteriores No. Aceptación declaración 352015000101199			
134. Levanta No. 352015000083183		135. Fecha 2015-03-24		136. Nombre martha echeverry		137. C.C. No. 24483152	
Firma declarante 		997. Espacio exclusivo para el sello de la entidad recaudadora (Fecha efectiva de la transacción) Coloque el librito de la máquina registradora al dorso de este formulario		998. Pago Total \$ 0		999. Espacio para Número autoadhesivo 91035010948932	

- 1.18. Registro fotográfico de productos marca Fruzel y GummyCol (fls. 210, CP1).
- 1.19. Documentos en idioma inglés denominados «CERTIFICATE OF ANALYSIS» (fls. 211–215, CP1).

- 1.20.** Resolución No. 201403081 del 23 de septiembre de 2014 del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, por el cual se concede registro sanitario por 10 años al producto "gelatina de fruta natural con sabores a mango, manzana, fresa, piña, uva, coco (Natural Fruit Jelly)" importado por Comercializadora Dulcecol S.A.S. (fl. 216, CP1).
- 1.21.** Documentos en idioma inglés denominados «AUTHORIZATION AND PERMISSION, CERTIFICATE OF FREE SALES AND MANUFACTURE, EXCLUSIVE DISTRIBUTOR CERTIFICATE y AUTHORIZATION TO APPLY FOR AND OBTAIN THE TRADEMARK FRUZEL IN COLOMBIA» (fls. 218–223, CP1).
- 1.22.** Copia auténtica en medio magnético de los expedientes administrativos radicados bajo los números 14-205030 y 15-61218, relativos a los actos administrativos de las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio y 79880 del 5 de octubre de 2015 (fl. 263, CP1).

2. Análisis jurídico y probatorio.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta el debate en segunda instancia, procede la Sala a valorar los elementos materiales probatorios que obran en el proceso, con el fin de determinar si a partir de los mismos es posible advertir la responsabilidad extracontractual del Estado, conforme al planteamiento del problema jurídico.

2.1. Precisión del caso y los hechos jurídicamente relevantes.

En primer lugar, señala la Sala que el actor estructuró sus pretensiones alrededor de la presunta responsabilidad de la Superintendencia de Industria y Comercio por los perjuicios que le fueron causados, con ocasión del daño antijurídico producido por la expedición de las Resoluciones Nos. 35240 del 7 de julio y 79880 del 5 de octubre de 2015, que prohibieron la comercialización y producción de gelatinas saborizadas en envase capsular, entre ellas, la de denominación "Fruzel", que la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. venía distribuyendo.

Ahora bien, la Sala destaca como plenamente probados en el *sub lite* los siguientes hechos jurídicamente relevantes:

- 2.1.1.** Mediante Resolución No. 2014030861 del **23 de septiembre de 2014**, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos concedió el registro sanitario a la Comercializadora Dulcecol S.A.S. del producto "gelatina de fruta natural con sabores a mango, manzana, fresa, piña, uva, coco (Natural Fruit Jelly)" (1.20).
- 2.1.2.** El **7 de marzo de 2015** la demandante recibió desde la ciudad de Los Ángeles, California (USA), una carga de gelatina de fruta natural marca Fruzel, con una base liquidable para el arancel de \$145.143.205 y una base para la liquidación del IVA de \$159.657.205 (1.17).
- 2.1.3.** La Superintendencia de Industria y Comercio profirió Resolución No. 35240 del **7 de julio de 2015**, por la cual ordenó de manera preventiva la suspensión

inmediata de la producción y comercialización de un producto identificado como "mini gelatina" o similares para evitar que se causara daño o perjuicio a los consumidores (1.7).

- 2.1.4.** Esta medida adquirió el carácter definitivo según se dispuso en la Resolución No. 79880 del **5 de octubre de 2015**, que rigió a partir de su publicación en el diario oficial (1.8).
- 2.1.5.** En declaración de renta de persona jurídica para el **año 2015**, la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. registró como ingresos netos operacionales la suma de \$110.485.000, costos de ventas y prestación de servicios \$188.769.000 y pérdida líquida del ejercicio de \$160.745.000, arrojando una renta líquida gravable de \$900.000 (1.10).
- 2.1.6.** El informe de balance general y estado de ganancias y pérdidas de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. a **diciembre 31 de 2015** registró como resultado del ejercicio una utilidad por la suma \$161.387.000 (1.12, 1.13).

2.2. Daño antijurídico.

El primer elemento que se debe constatar es la existencia del **daño**, el cual, además, debe ser **antijurídico**, pues "un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado"²⁵.

Para que un daño sea indemnizable, deben acreditarse los siguientes presupuestos: i) que es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal, y iii) que es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura²⁶.

En el caso en concreto, se probó que la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S. realizó una importación el 7 de marzo de 2015 de una mercancía identificada como gelatina de fruta natural marca "Fruzel" desde los Ángeles (USA), con un peso neto de 32.520 kg, cuyo valor fue de \$145.143.205 (incluido el flete y seguro) o su equivalente de 55.538,50 dólares, con tasa de cambio vigente para la fecha de \$2.613,38 (1.17).

Sin embargo, pese a que tal producto arribó el 7 de marzo, fue prohibida su comercialización de forma provisional el 7 de julio de 2015 (1.7), **4 meses después**, para ser proscrito de forma definitiva por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No. 79880 del 5 de octubre del mismo año (1.8).

Pese a ello, verificados los estados financieros de la sociedad demandante, así como sus notas explicativas, no se observa que tal importación de mercancía le constituyera un activo nulo o una pérdida, al contrario, la sociedad reportó ganancias producto de la venta de productos por valor de \$157.386.000 (1.12, 1.13, 1.15).

De otra forma, si bien la sociedad comercial reportó pérdidas por valor de \$160.745.000 para el año 2015 (1.10), no existe nota en la contabilidad de la entidad que pueda asociar

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. CP: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del 16 de julio de 2015. Exp. No. 28.389. Ver también: i) radicado No. 38.824 del 10 de noviembre de 2017, ii) radicado No. 50.451 del 10 de noviembre de 2017 y iii) radicado No. 42.121 del 23 de octubre de 2017.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección A. MP: Marta Nubia Velásquez Rico. Sentencia del 8 de mayo de 2019. Radicado No. 47.390.

tal suma a la prohibición establecida en las Resoluciones Nos. 35240 y 79880 de 2015 ni medio de convicción que permita tener con certeza la existencia de un daño antijurídico diferente²⁷.

En efecto, no está demostrado que los actos administrativos ocasionaran una lesión patrimonial a la sociedad comercial, pues no se allegó evidencia sobre gastos por almacenamiento en bodega de las gelatinas encapsuladas o por su destrucción, tampoco solicitudes de los distribuidos para el reintegro monetario por el retiro del producto del mercado o similares, que dieran cuenta de una pérdida económica cierta y relacionada de forma directa con el hecho dañoso.

En suma, de los extractos de los libros contables de la sociedad Comercializadora Dulcecol S.A.S., que establecen el acervo probatorio, no se evidencia una relación precisa con el daño fundamento del *petitum* de la *causa petendi*, debiendo ser estos claros, precisos, objetivos y fidedignos, de tal manera, no se probó un daño cierto, concreto y singular.

Sobre este punto, cabe resaltar que le corresponde a quien alega un hecho probarlo, está en el deber de probarlo (*affirmanti incumbit probatio*), de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, más aún cuando los libros y papeles del comerciante constituyen plena prueba, no admitiéndose prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros, art. 264 ib.

Por consiguiente, y debido a que ni siquiera se acreditó el primero de los elementos de responsabilidad del Estado, no hay lugar a proseguir con el estudio de los demás, y debe concluirse que no procede declarar la responsabilidad de la Superintendencia de Industria y Comercio.

De esta forma, **la Sala confirmará la sentencia de primera** instancia proferida por el Juzgado 61 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por los argumentos que anteceden.

3. Costas Procesales.

Como quiera que la parte demandante fue vencida en segunda instancia, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)²⁸ establece que: "la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas", es decir, no existe la orden o deber de condenar objetivamente a la parte vencida, pues tal precepto señala que el juez "dispondrá", lo que significa: "mandar lo que se debe hacer"²⁹.

Obsérvese que esta disposición es distinta a los señalado en el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), la cual sí establece que el juez "condenará en costas a la parte vencida en el proceso". Luego, mientras el primer concepto es una simple indicación o criterio orientador para la decisión, el segundo es una orden o deber.

²⁷ Como precedente vertical obligatorio puede consultarse: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, sentencia del 10 de septiembre de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, Rad. 25000-23-36-000-2016-02565-01(60353).

²⁸ "CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"

²⁹ Ver: www.rae.es

En segundo lugar, conforme la parte final del artículo 188 del CPACA, la liquidación y ejecución se rige por el CGP, es decir, por el numeral 8º del artículo 365 de dicho Estatuto Procesal, por lo tanto, "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". Es decir, para que opere la condena en costas de la parte vencida deberá al momento de la sentencia haberse "causado" y "probado

Por último, haciendo una interpretación conforme a la constitución del artículo 188 del CPACA, en el sentido de que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene como objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política (Art. 103 CPACA), como la justicia y el acceso a la administración de justicia (Art. 2 y 230 C.P.), pedirle al demandante que sólo acuda al juez si tiene la plena certeza de ganar el proceso o a la parte demandada que se allane a la demanda es atentar contra el derecho fundamental al juez natural para que le defina, de manera definitiva, sus derechos. Si no fuera de esta manera, ¿qué sentido tendría que todo ciudadano tenga derecho a participar en los asuntos que le afectan si ni siquiera puede de manera espontánea acudir a su juez natural? (Art. 2 y 95 C.P.).

En conclusión, para hacer compatible el CGP con el CPACA, conforme al artículo 306, debemos interpretar el artículo 188, no como el deber objetivo de condenar a la parte vencida en el proceso contencioso administrativo sino como el derecho a acudir al juez natural sin la amenaza de ser condenado en costas si pierde el proceso.

En consecuencia, en lo que respecta a la condena en costas, esta Subsección se abstiene de imponerla en segunda instancia, dado que no existe prueba que las justifique, conforme a las razones manifestadas.

En mérito de lo expuesto, **la Subsección C del de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 61 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., el 9 de diciembre de 2019, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia y cumplido lo anterior, por Secretaría devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO

Magistrado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.