



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 11001-33-34-002-2019-00102-00
Demandante: Héctor Giovanni López Alarcón
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró Héctor Giovanni López Alarcón en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio .

I ANTECEDENTES

1. Pretensiones

“2.1 Petición Declarativa:

Se Declare la nulidad de las Resoluciones 19890 de 24 de abril de 2017 y 4604 del 29 de enero de 2018 expedidas por el Superintendente de industria y Comercio, al interior del expediente No. 11-71590 22.

2.2 Petición Consecuencial y de Condena

Como consecuencia de la petición Declarativa, se restablezca el derecho a Héctor Giovanni López Alarcón en el sentido de las siguientes condenas:

i. Condenar a La Nación-Superintendencia de industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción por la que Héctor Giovanni López Alarcón fue sancionado mediante la resolución 19890 de 2017 modificada por la resolución 4604 de 2018 con un monto equivalente a \$2.950.868.00. equivalente a 4 SMLMV de 2017.

ii. Condenar a La Nación-Superintendencia de Industria y Comercio a pagar la cifra correspondiente al ajuste de las cifras correspondiente a la petición anterior, según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA, aplicada acumulativamente por cada año desde la fecha del pago de la sanción, hasta el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique la procedencia del pago.

iii. Condenar a la Nación-Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Héctor Giovanni López Alarcón los intereses de mora que correspondan, a partir de la fecha en que se deba hacer el pago y hasta que efectivamente se haga el pago.

iv. Que se restablezca el derecho a Héctor Giovanni López Alarcón, y se condene a La Nación Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor de Héctor Giovanni López Alarcón. Perjuicios a título de lucro cesante y daño moral la suma de \$1.227.324.000, o el valor que resulte probado en el proceso, correspondientes a los ingresos que dejó de recibir en el ejercicio de su profesión y el daño moral sufrido”.

2. Hechos

El actor indicó, que, como resultado de una denuncia presentada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, relacionada con la posible ocurrencia de una práctica restrictiva de la competencia, la Superintendencia demandada habría iniciado una investigación en el mercado de la seguridad y vigilancia privada de Colombia.

Dijo, que dentro del proceso administrativo se había formulado pliego de cargos en contra del demandante, con miras a determinar si habría incurrido en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber “*colaborado, facilitado, autorizado o tolerado*” las conductas que se le imputaron a ciertas empresas.

Explicó, que no existiría coherencia entre los cargos planteados en la resolución que dio apertura a la investigación y el acto sancionatorio. Pues, indicó, que en el pliego de cargos, la demandada no habría presentado la hipótesis de la existencia de “*un grupo controlado por una persona*”, misma que sí fue analizada en la resolución sancionatoria.

Agregó, que la Superintendencia, desde la apertura de la investigación, habría desechado la hipótesis de la existencia de un grupo controlado por un tercero, para la comisión de determinadas conductas. Razón por la que aseguró que esa situación habría condicionado la defensa que habrían ejercido los investigados y la solicitud de pruebas que habían realizado, puesto que se habrían alterado los presupuestos de hecho que fundamentaron la investigación.

Por otra parte, consideró, que el artículo 33 de la Ley 640 establecería, en los procedimientos de competencia desleal, la existencia de una etapa de conciliación, misma que sería obligatoria, de ahí que, la Administración no tendría la potestad para descartarla de manera unilateral, tal como habría sucedido en el presente caso.

Alegó, que la demandada, habría decidido valorar pruebas que fueron obtenidas de manera ilegal, pues frente a las pruebas que habían sido obtenidas mediante el señor Orlando Barrios, en su calidad de delator, no se habría tenido en cuenta que aquel habría sido coaccionado e inducido por la autoridad demandada para que delatara el supuesto sistema que limitaba la libre competencia. Adicionalmente, explicó, que la prueba de la situación antes descrita, sería la denuncia que habría interpuesto otro de los investigados en contra del señor Barrios.

Aunado a ello, expresó, que la accionada habría incorporado al proceso el material probatorio aportado por el delator, sin considerar la denuncia que se habría

presentado. Así dijo, que, dado que las pruebas se recolectaron con violación al debido proceso, estas serían ilegales y debieron excluirse

Afirmó que de no tenerse en cuenta las pruebas obtenidas de manera ilegal, la decisión de la administración habría sido otra, toda vez, que la sanción impuesta tendría sustento probatorio en la declaración rendida por el señor Barrios.

Así mismo, manifestó, que la demandada no habría permitido que el señor Orlando Barrios sea contrainterrogado por los demandados, pretermitiendo así el derecho de defensa de los investigados.

Agregó, que, durante la investigación, se habría negado el acceso a las pruebas obrantes en el expediente, y se habría negado el decreto de otras, sin justa causa.

De otro lado, sostuvo, que los límites la facultad sancionatoria de la administración serían un aspecto determinante de la seguridad jurídica, de ahí, que los términos para su contabilización no podían ser inciertos o arbitrarios.

De esa manera, señaló, que la contabilización de la caducidad debía hacerse desde un momento cierto y determinado, pues la Superintendencia habría incurrido en un error al determinar que la conducta investigada sería de carácter continuado.

En ese sentido, precisó, que la conducta censurada serían los presuntos actos desplegados por el señor Jorge Moreno Ojeda, a través de los cuales participaba en procesos licitatorios a través de terceros, que le servían como instrumento para tal fin. Por lo tanto, serían los momentos en los que esa participación se concretó, los que darían pie a la contabilización del término de caducidad.

Así mismo, expuso, que no se había acreditado que la conducta hubiese generado efectos continuados o adicionales a las entidades presuntamente afectadas. Motivo por el que afirmó que el hecho investigado se concretaría en eventos claros y puntualmente determinables en el tiempo.

Señaló, que la accionada pretendería que la caducidad se contabilice desde momentos indeterminados o inciertos como la liquidación del contrato, siendo esta, una tesis que, a juicio de la actora, violaría los principios de defensa y seguridad jurídica.

Explicó, que cuando se abrió la investigación, ésta se habría adelantado por la comisión de conductas colusorias en licitaciones públicas, mismas que se tipificarían como delitos en el estatuto anticorrupción.

En tal sentido, anotó, que el Superintendente de Industria y Comercio, en declaraciones rendidas en diferentes medios de comunicación, habría sugerido que se trataba de un caso de desfalco de recursos públicos, explicando que, los investigados no tendrían derecho a contratar con el Estado, y que, aunado a ello, los habría tildado de “*delincuentes*”, declaración, que, en criterio del demandante, denotaría, de manera anticipada, que el caso no sería resuelto de manera “*justa e imparcial*”.

Dijo, que el caso de colusión investigado, nunca se refirió a un asunto de desfalco de recursos públicos o en el que no se hayan prestado los servicios de vigilancia por parte de las empresas investigadas, pues lo que se analizaba era si éstas se pusieron de acuerdo para obtener un resultado determinado en unos procesos licitatorios.

En tal sentido, concluyó, que, al haber sido vinculado a una investigación por una conducta presuntamente delictual, habría sido sometido al escarnio público, y se le habrían ocasionado perjuicios, dado que, había tenido que incurrir en gastos, había perdido oportunidades laborales y habría dedicado tiempo y esfuerzos para defenderse en un proceso judicial que estaría “*plagado de irregularidades*”.

3. De la contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que los actos administrativos acusados se ajustan a los presupuestos constitucionales y legales que rigen la materia, por lo tanto, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Afirmó, que la actuación administrativa del caso habría iniciado en el 2011, cuando el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar puso en conocimiento de la demandada, la ocurrencia de acuerdos anticompetitivos en el marco de la licitación pública LP-001 de 2011.

En ese contexto, se habría investigado si algunas empresas de vigilancia se habrían presentado como supuestos competidores individuales, siendo que actuaban coordinadamente para que alguna ganara determinados procesos licitatorios a los que se presentaban como oferentes.

Dijo, que se formuló pliego de cargos contra 32 personas naturales, entre ellos, el actor, dado que, por los cargos que habría desempeñado en las empresas investigadas, se habría inferido su participación en la creación, ejecución, implementación o seguimiento de las presuntas prácticas anticompetitivas.

Adujo, que las empresas sancionadas, habrían conformado el grupo empresarial denominado “*GRUPO SMG*”, que era controlado por la sociedad Security Management Group S.A., compañía que estaría en cabeza del señor Jorge Moreno Ojeda, quien era su director.

Refirió, que las pruebas recaudadas darían cuenta de un comportamiento que fue reiterado y sistemático y que afectó varios procesos de selección. Dijo, que habría existido un mismo “*modus operandi*”.

Agregó, que uno de los cargos imputados a los investigados fue el de celebrar prácticas, procedimientos o sistemas que limitaban la libre competencia, a través de acuerdos que tenían por objeto simular como competidores independientes para impedir que terceros accedan al mercado en igualdad de condiciones.

Señaló, que, aunque el actor afirmó que no existiría coherencia entre los cargos que se establecieron en el acto de apertura de la investigación y la resolución sancionatoria, tal afirmación carecería de veracidad, pues en los actos administrativos, los cargos sí habrían guardado coherencia. Aunado a ello,

manifestó, que la hipótesis de la existencia de “*un grupo controlado por una persona*” nunca habría sido descartada por la demandada.

Así, explicó, que, tanto en la Resolución sancionatoria, como en el acto de apertura se podría observar que se habría realizado un análisis del control que habría ejercido SMG sobre las demás empresas sancionadas, al haber influido en las decisiones de otras empresas, y condicionando el desempeño competitivo de las otras empresas en el mercado.

Dijo, respecto a la presunta pretermisión de etapas procesales, que, en el presente proceso, la audiencia de conciliación no era procedente, puesto que no existían intereses particulares ni asuntos susceptibles de conciliación.

Precisó, que en cabeza de la demandada estaría la facultad de determinar cuándo era o no procedente la audiencia de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001. En ese contexto, advirtió, que el caso versaría sobre derechos colectivos que se afectaron por una conducta anticompetitiva en el marco de un proceso de contratación pública.

En ese razonamiento, estimó, que si los intereses en juego eran colectivos y públicos, no habría lugar a conciliar. Y anotó, que, aunque la audiencia de conciliación se hubiera celebrado y hubiera sido exitosa, la investigación hubiese continuado y la sanción se habría impuesto.

Explicó, que, a pesar de que el actor consideraría que las pruebas recolectadas por medio del señor Orlando Barrios se habrían recaudado con violación al debido proceso, y por tanto, serían ilegales, lo cierto sería que la prueba habría sido allegada e incorporada de forma legal al proceso.

Afirmó, que los investigados habrían tenido la oportunidad de contradecir todas las pruebas obrantes en el proceso, así como también tacharlas o desconocerlas.

De otro lado, refirió, que, para realizar la contabilización de la caducidad, debía tenerse en cuenta si la conducta investigada era de ejecución instantánea o permanente. Así las cosas, para las conductas continuadas el término empezaría a contarse a partir del último acto en el marco de la conducta.

Indicó, que para el caso de marras existirían dos supuestos que diferencian el momento desde el que debía contabilizarse la caducidad, esto es, si el proceso de selección contractual fue adjudicado o no a alguno de los sancionados.

En aras de explicar lo anterior, argumentó, que cuando el proceso de selección no fue adjudicado a alguno de los miembros del grupo SMG, la conducta se frustró hasta el momento de la adjudicación a un tercero y es ahí cuando cesó la conducta.

Por otra parte, debía considerarse que, la conducta sería exitosa, cuando los procesos fueron adjudicados a alguno de los miembros del grupo SMG, caso en el cual la conducta siguió materializándose hasta la liquidación del contrato. Puesto que se prolongó la afectación a la libre competencia, dado que se excluyó del mercado a los demás competidores.

En tal sentido, explicó, que los efectos adversos para las entidades estatales, se mantuvieron hasta que se produjo la terminación del contrato. Pues, cuando se habría producido la terminación del contrato había sido cuando habrían cesado los beneficios obtenidos de forma ilegítima y anticompetitiva.

Sostuvo que, dado que en el proceso de selección se habría logrado la adjudicación de contratos estatales, como consecuencia de una práctica restrictiva de la competencia, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debía empezar a contarse a partir de la liquidación del contrato estatal.

Explicó, que cuando un proceso es adjudicado a un participante que compitió con estrategias restrictivas de la competencia la conducta se perpetua mas allá de la adjudicación, puesto que el contrato se encuentra en ejecución, generando efectos reales en el mercado, derivados de conductas ilegales.

Respecto a la presunta desviación de poder con la que habrían sido expedidos los actos enjuiciados, manifestó, que, aunque el actor consideraría que las declaraciones de funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio le habrían generado perjuicios, al haber sido sometido al “escarnio público”, lo cierto sería que, esta no es una circunstancia que le “importe al derecho contencioso administrativo”, puesto que el ejercicio periodístico que realizan los medios de Colombia no estaría en cabeza de la demandada.

Señaló, que, de las pruebas obrantes en el expediente, se podría determinar que el actor estuvo vinculado con el grupo SMG, al ser primer suplente del gerente de Guardianas en dos periodos, entre el 18 de mayo de 2012 y 7 de febrero de 2013. Y de 17 de julio de 2013 hasta 6 de enero de 2015.

Así mismo habría desempeñado labores de jefe de planeación de Starcoop desde mayo de 2010 a febrero de 2012 y representante legal de Insevig siendo gerente general y operativo de 13 de marzo de 2012 a 4 de mayo de 2012.

Indicó, que se habría probado su participación en el sistema creado por las empresas investigadas, situación que podría evidenciarse en los correos electrónicos en los que sería destinatario, en donde se observaría que se coordinaron actuaciones respecto a determinados procesos de selección contractual.

Finalmente, sostuvo, que la sanción final no fue el resultado de actos que fueron expedidos con desviación de poder, sino, la consecuencia lógica que surgió del análisis de los elementos probatorios recaudados a lo largo de la investigación administrativa.

4. Actuación procesal

Mediante providencia del 7 de mayo de 2019, el Despacho admitió la demanda y ordenó las notificaciones correspondientes (fol. 331 del expediente).

En octubre de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio, contestó la demanda (fols. 350 a 376 del expediente).

El 24 de septiembre de 2020, se llevó a cabo la audiencia inicial prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la que se trataron las etapas relativas al saneamiento del proceso, excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación, decreto y negativa de pruebas (fols. 437 a 439 del expediente).

5.- Alegatos de conclusión

A través del correo electrónico del Despacho, dispuesto para tal fin, el 8 de octubre de 2020 y 7 de ese mismo mes y año, la parte demandante y demandada, presentaron, respectivamente, sus correspondientes alegatos de conclusión, en donde reiteraron los argumentos expuestos en el escrito de demanda y su contestación, respectivamente.

II CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado hasta la fecha, se procederá a dictar sentencia dentro de la demanda promovida por el señor Héctor López Alarcón en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con ese fin, el Despacho seguirá el siguiente derrotero: i) problemas jurídicos planteados; ii) fundamentos jurídicos; iii) caso concreto; iv) conclusión; y v) condena en costas.

1. Problemas jurídicos

Tal y como fue establecido en auto de 24 de septiembre de 2020, las cuestiones a resolver, en el asunto de la referencia, se concretan en las siguientes:

1. *¿Transgredió, la Superintendencia de Industria y Comercio, el derecho de defensa de la actora, por cuanto, no habría coherencia entre los cargos planteados en la Resolución de apertura de la investigación y la Resolución sancionatoria?*
2. *¿Vulneró, la Superintendencia demandada, el debido proceso como quiera que habría omitido la etapa de conciliación establecida en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001?*
3. *¿Infringió, la entidad demandada, el debido proceso por cuanto habría valorado las pruebas entregadas por el delator, las cuales, a juicio del demandante, fueron obtenidas de manera ilegal por previa inducción y coacción?*
4. *¿Quebrantó, la autoridad de inspección, vigilancia y control, el debido proceso en atención a que negó, sin justa causa, las pruebas solicitadas por los investigados, entre ellas, la negativa de interrogar al señor Orlando Barrios, en calidad de delator?*

5. *¿Conculcó, la entidad demandada, el debido proceso como quiera que no se habría establecido una fecha cierta para la contabilización de la caducidad?*
6. *¿Incurrió, la autoridad accionada, en una supuesta desviación de poder por la gravedad del daño causado al señor Héctor Giovanni López Alarcón?*

2.2. Fundamentos jurídicos: Acuerdos anticompetitivos

Toda vez que el asunto gira en torno a la imposición de sanción al señor Héctor Giovanni López Alarcón por la transgresión de normas que proscriben los acuerdos anticompetitivos - numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009-, conviene hacer una breve referencia al marco legal pertinente.

Para empezar, la Constitución Política en su artículo 333 consagra como derechos la iniciativa privada y la libre competencia, así:

“ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (Se destaca)

Por su parte, la Corte Constitucional ha definido el alcance de dicho derecho en los siguientes términos:

*“La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, **la libre competencia** adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, **ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres.** La Constitución asume que **la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.***

(...)Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. Entre los distintos modelos de organización del mercado, la Constitución ha optado por uno que

privilegia la libre competencia, para lo cual se reserva a la ley, vale decir, al gobierno democrático, la función de velar por que se configuren las condiciones que lo hacen posible.

*(...)la competitividad y la soberanía de los consumidores, son elementos que sin una activa y transformadora acción estatal de tipo corrector, fácilmente decaen y pierden toda incidencia, pudiendo fácilmente ser sustituidos por la unilateralidad de las fuerzas predominantes en el mercado y por el alienante y desenfrenado consumismo de masas; (4) **la importancia de mercados libres, competitivos y transparentes, justifica la permanente acción estatal dirigida a que estas características se mantengan o se impongan, en la medida en que ello sea posible, con el fin de preservar la libertad de opción de los individuos y la existencia de un proceso económico abierto y eficiente***¹ (Se destaca)

De igual manera, la misma Corte ha identificado en qué casos se entiende restringida la libre competencia:

“La libre competencia se puede ver restringida, eliminada o alterada de diversas maneras: i) por el establecimiento de monopolios de derecho; ii) por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial; iii) por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado; iv) **por la realización de prácticas restrictivas de la competencia**; y, v) por la realización de actos de competencia desleal de tipo nacional o internacional”² (Se destaca)

En concordancia con dichas directrices constitucionales, se tiene que el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, prohíbe las conductas que tiendan a limitar la libre competencia, como son aquellas que mantienen los precios de forma inequitativa o las que pretenden condicionar el mercado.

De igual forma, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define como acuerdo: ***“Todo contrato, convenio, concertación, **práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas**”***. (Se destaca)

3. Caso concreto

Previo a proceder al análisis de los problemas jurídicos que atañen al caso concreto, se advierte, que el Despacho se someterá, privativamente, al estudio de los cargos que fueron planteados en la audiencia inicial. Los aludidos cargos se concretaron de la siguiente manera:

3.1 ¿Transgredió, la Superintendencia de Industria y Comercio, el derecho de defensa de la actora, por cuanto, no habría coherencia entre los cargos planteados en la Resolución de apertura de la investigación y la Resolución sancionatoria?

Inicialmente, se advierte, que la investigación administrativa inició, habida cuenta que, varias compañías del sector de vigilancia y seguridad privada, entre estas, a las que perteneció el actor, se habrían aliado para conformar la empresa Security Management Group S.A. (SMG), con miras a participar como proponentes en licitaciones públicas, aparentando ser contendores en el desarrollo de los procesos

¹ Corte Constitucional, sentencia C-537 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Corte Constitucional, sentencia de T-624 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

licitatorios; sin embargo, su operación obedecería “a una instrucción común y concertada para la participación en los procesos de selección contractual en los que se presentan”³.

En ese contexto, se debe precisar, que el señor Héctor López Alarcón, según la Resolución sancionatoria, fue primer suplente del gerente de la empresa Guardines en dos periodos: entre el 18 de mayo de 2012 y 7 de febrero de 2013 y del 17 de julio de 2013 hasta el 6 de enero de 2016; desempeñó labores de jefe de planeación de Starcoop desde mayo del 2010 a febrero del 2012; y representó legalmente a Insevig ejerciendo las funciones de gerente general y operativo del 13 de marzo de 2012 al 4 de mayo de 2012⁴.

En ese tenor, se destaca, que la demandada le impuso una sanción al demandante, al considerar que, en ejercicio de sus cargos, habría *colaborado, facilitado, ejecutado, tolerado y autorizado* la práctica restrictiva de la competencia en la que incurrieron las empresas de vigilancia a las que estuvo vinculado, mismas que pertenecían a Security Management Group S.A, específicamente, se estableció su colaboración en la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que establece:

“(…) Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas.

Parágrafo. *El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdo o convenio que no obstante limitar la libre competencia, tenga por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.*

Con fundamento en lo anterior, se destaca, que la Superintendencia accionada estimó que el señor López Alarcón habría incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que regula:

Artículo 26º-. Monto de las Multas a Personas Naturales. El numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así: "Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio

³ Fl. 11769 documentos carpeta “C Publico Vigilancia” obrante en el disco duro visible a folio 342 del expediente

⁴ Folio 100 del expediente

En ese contexto, y para resolver el cargo planteado, es menester acudir a la Resolución que dio apertura a la investigación, en la que se determinó:

(...) Por lo anterior, esta delegatura encuentra que dicho esquema de funcionamiento habría servido a las compañías investigadas para concertar su participación en procesos de licitación públicos, para que bajo la coordinación y/o acompañamiento de SMG, lograran las estrategias adecuadas para ampliar sus chances de adjudicación en los mismos ⁵(...)

(...) Lo anterior configura una prueba adicional de las que se han referenciado sobre la posible existencia una conducta colusoria, entre las empresas de vigilancia que sometían sus decisiones comerciales a las instrucciones comunes que les eran impartidas por SMG⁶

(...)

“Esta Delegatura, a partir de la información aportada en el PBC y la demás obrante en el Expediente, encuentra que la cabeza y el instigador del presunto cartel aparentemente es JORGE ARTURO MORENO OJEDA.

Conforme con el testimonio practicado, y las evidencias que obran en el Expediente, se **tiene que JORGE ARTURO MORENO OJEDA aunque no se encuentra directamente relacionado o vinculado con las 8 empresas presuntamente coludidas tiene la capacidad para instruir las, de cara a definir la estrategia para la participación en los procesos de contratación pública**⁷ (Se destaca)

De otro lado, en la Resolución No. 19890 de 2017, a través de la que “se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”, se estableció:

“Este Despacho encontró, con fundamento en las pruebas del expediente, que las investigadas incurrieron en un comportamiento restrictivo de la competencia al participar en procesos de contratación pública simulando ser competidores reales, independientes y autónomos, cuando obedecían a un mismo interés, sus estrategias eran coordinadas bajo la misma dirección y control, y no existía voluntad concurrencial o competitiva.

En efecto, este Despacho evidenció con base en diversas pruebas -incluyendo la confesión de VICTORIA EUGENIA CARDONA LENIS en sus descargos³¹ y en sus observaciones al Informe Motivado que las empresas GUARDIANES, COBASEC, STARCOOP, CENTINEL, INSEVIG y SEJARPI hacían parte de un mismo grupo empresarial, denominado SMG, **grupo que era controlado por JORGE ARTURO MORENO OJEDA.**

Se acreditó también que a través de este grupo, que funcionaba bajo el mismo control y dirección de JORGE ARTURO MORENO OJEDA, se coordinaba la participación de todas las empresas investigadas en los procesos de contratación pública que tenían como objeto la prestación del servicio de vigilancia o seguridad privada. De hecho, se decidía cuáles de las empresas que pertenecían al grupo participarían, qué observaciones se

⁵ Fl. 11706 documentos carpeta “C Publico Vigilancia” subcarpeta CP. 41 obrante en el disco duro visible a folio 342 del expediente

⁶ Fl.11708 documentos carpeta “C Publico Vigilancia” subcarpeta CP. 41 obrante en el disco duro visible a folio 342 del expediente

⁷ Folio 11714 documentos carpeta “C Publico Vigilancia” subcarpeta CP. 41 obrante en el disco duro visible a folio 342 del expediente

*formularían, cuáles serían las condiciones de las propuestas u ofertas, cómo subsanarían el cumplimiento de determinados requisitos, entre otros aspectos, con el fin de lograr la adjudicación de los contratos (...)*⁸. (Se destaca)

Esbozado lo anterior, se destaca, que el actor fundamentó el presente problema jurídico, explicando que la falta de coherencia entre los cargos esbozados en el acto de apertura de la investigación y la Resolución sancionatoria recaería, específicamente, en los supuestos de hecho en que se sustentaron, puesto que, a su juicio, estos habrían sido alterados.

Para reforzar lo anterior, el demandante expuso que, en el pliego de cargos, la accionada no había presentado la hipótesis de la “*existencia de un grupo controlado por una sola persona*”, dado que, el fundamento inicial, habría sido la existencia de un conjunto de empresas, que en forma coordinada, acordaron su actuar para afectar la libre competencia; sin embargo, reprochó que dicha hipótesis sí habría sido analizada en la resolución sancionatoria, de ahí que, en su criterio, se habría impedido que los investigados ejercieran una defensa coherente en el proceso.

Esclarecido lo anterior, de las resoluciones antes citadas, se desprende que, desde el acto de apertura de la investigación se establecieron las siguientes tesis: (i) que existía un esquema de funcionamiento coordinado por parte de varias empresas de vigilancia, con miras a participar en procesos de licitación pública y obtener la adjudicación de determinados contratos estatales y (ii) que la “*cabeza e instigador*” del cartel sería el señor Jorge Moreno Ojeda, quien ejercía control y dirección del grupo empresarial Security Management Group S.A., del que formaban parte varias compañías del sector de vigilancia.

En ese razonamiento, puede colegirse que, contrario a lo considerado por el actor, desde el acto de apertura, la autoridad demandada estudió la tesis de la existencia de un grupo de empresas que sería controlada por un tercero, misma que fue sustento de la resolución que impuso sanción. Por ende, es claro que dicha hipótesis nunca fue desechada.

Corolario de lo anterior, puede colegirse que, la resolución sancionatoria guardó coherencia con lo establecido en el pliego de cargos, de ahí que la Administración acató el principio de congruencia y permitió el ejercicio del debido proceso de los investigados, garantizando debidamente el ejercicio del derecho de defensa, pues los supuestos fácticos que fueron sustento de los cargos en el acto de apertura, fueron los mismos del acto sancionatorio. En consideración a lo de precedencia, el presente cargo se niega.

3.2 ¿Vulneró, la Superintendencia demandada, el debido proceso como quiera que habría omitido la etapa de conciliación establecida en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001?

Para resolver el problema jurídico esgrimido, debe precisarse que, el señor López Alarcón consideró que la autoridad accionada había vulnerado su derecho al debido proceso, habida cuenta que, habría omitido celebrar la audiencia de conciliación de que trata el artículo 33 de la Ley 640 de 2001.

⁸ Folio 65 del expediente

Por su parte, la accionada estimó que, siendo que el presente asunto versaba sobre derechos colectivos y de interés público, dicha audiencia no era imperativa.

En tal sentido, debe precisarse que la norma en cuestión establece:

“ARTICULO 33. CONCILIACION EN PROCESOS DE COMPETENCIA. *En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio **existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.***

La fecha de la audiencia deberá señalarse una vez vencido el término concedido por la Superintendencia al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

*Sin que se altere la naturaleza del procedimiento, en la audiencia de conciliación, el Superintendente podrá imponer las sanciones que por inasistencia se prevén en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil”.
(Se destaca).*

De la normativa esbozada en precedencia, es claro que, en los procesos de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia, se prevé una etapa conciliatoria, privativamente cuando los intereses de los particulares puedan eventualmente afectarse.

En ese sentido, se desprende que, la audiencia debe surtirse entre las personas naturales que tengan calidad de investigados y quienes hayan sido afectados por la conducta censurada. Aunado a ello, se infiere que, si lo discutido no trata sobre derechos que recaigan sobre los particulares afectados, la referida audiencia no es obligatoria, al no existir un asunto que sea susceptible de conciliación.

En ese contexto, para el caso concreto, se evidencia que, la actuación administrativa se inició a partir de una denuncia que presentó la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cuando puso en conocimiento de la accionada de una presunta conducta colusoria, que conllevó a la restricción de la libre competencia.

Así las cosas, debe precisarse que, el artículo 88 de la Constitución Política establece que, la libre competencia económica es un derecho colectivo. Y que, a su vez, el artículo 333 superior regula:

*“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. **La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.** La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.*

En ese sentido, teniendo en cuenta que, el derecho en litigio es la libre competencia económica, y siendo este un derecho que se ha catalogado como colectivo, pues a través de su protección, el Estado pretende evitar que se conformen monopolios o que se desplieguen prácticas restrictivas de la competencia, en aras de garantizar el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado⁹, es evidente que el presente, no se trata de un asunto que sea susceptible de conciliación.

En tales condiciones, es claro que, en el asunto en cuestión, no existían intereses particulares que eventualmente podrían verse afectados, pues el litigio giró en torno a intereses de índole pública, por lo que la autoridad demandada no tenía la obligación de dar aplicación a lo regulado en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001. Corolario de ello, es claro que el presente cargo no tiene vocación de prosperidad.

3.4 ¿Infringió, la entidad demandada, el debido proceso por cuanto habría valorado las pruebas entregadas por el delator, las cuales, a juicio del demandante, fueron obtenidas de manera ilegal por previa inducción y coacción?

¿Quebrantó, la autoridad de inspección, vigilancia y control, el debido proceso en atención a que negó, sin justa causa, las pruebas solicitadas por los investigados, entre ellas, la negativa de interrogar al señor Orlando Barrios, en calidad de delator?

En este punto, como aspecto preliminar, ha de aclararse que por razones de índole metodológico se analizarán los cargos 3.4 y 3.5 de manera conjunta, atendiendo a que aquellos se sirven de similares argumentos, pues atañen a la valoración de pruebas:

Dicho lo anterior, debe ponderarse que la parte censora estimó que la demandada habría vulnerado su derecho al debido proceso, habida cuenta que: (i) había incorporado al proceso la declaración del señor Orlando Barrios, en su calidad de delator, sin tener en cuenta que, esta se habría rendido bajo “inducción y coacción”, situación que, a juicio del actor, denotaría un indicio grave que debió ser tenido en cuenta por la demandada, para excluir dicha prueba, por haber sido obtenida ilegalmente y (ii) habría negado, sin justa causa, la posibilidad de contrainterrogar al señor Orlando Barrios.

En primer lugar, y revisada la resolución sancionatoria, se advierte que, el señor Orlando Barrios Giraldo, quien ostentaba el cargo de gerente de la empresa Cobasec, decidió acogerse al Programa de Beneficios por Colaboración de la Superintendencia accionada. Para el efecto, aportó pruebas e información que evidenciarían la conducta anticompetitiva por la que se inició la investigación. En ese orden, suscribió un convenio de colaboración, en el que acordó el 100% de exoneración del pago de la eventual sanción¹⁰.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 815 de 2001

¹⁰ Folio 33 expediente

No obstante, a través de comunicación de 22 de octubre de 2015, el señor Barrios Giraldo se retractó de su declaración, *“como consecuencia de una denuncia penal presentada en su contra por el también investigado JORGE ARTURO MORENO OJEDA”*.

Así, se reitera que, el primer disenso del actor alude a que la Administración habría tenido en cuenta una prueba que se habría obtenido bajo coacción e inducción, hecho que podía comprobarse, a su juicio, por la denuncia que habría sido interpuesta en contra del señor Barrios Giraldo.

En ese orden de ideas, y con miras a desatar los cargos planteados por el censor, debe considerarse que, la Corte Constitucional en sentencia T-164 de 2018, estableció que la prueba ilegal, es *“aquella que ha sido practicada, recaudada, y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba”*. De lo anterior se desprende que, cuando la prueba es obtenida con violación de reglas legales, ésta se torna ilícita, por lo que debe ser excluida.

De otro lado, debe considerarse que, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que, la denuncia es el acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal, en el que se vincula a la Fiscalía para que investigue un hecho **aparentemente** delictivo¹¹. De ahí que, a través de la sola interposición de la denuncia no pueda concluirse la existencia de una conducta punible.

Bajo ese razonamiento, aceptar la tesis del demandante, teniendo como única prueba la denuncia presentada por el señor Jorge Moreno, significaría realizar un juicio *a priori*, puesto que, en el proceso no obra prueba adicional que permita establecer fehacientemente que se haya comprobado que las pruebas obtenidas a través del señor Barrios, en su calidad de delator, se obtuvieron bajo inducción y coacción.

En otras palabras, la sola prueba de presentación de denuncia, no tiene la entidad de probar que las pruebas provenientes del delator sean ilegales y deban ser excluidas, puesto que no existe decisión dictada en proceso penal que determine la responsabilidad y ocurrencia de un hecho punible para su consecución.

En gracia de discusión, revisada la resolución sancionatoria, se aprecia que existen múltiples elementos de prueba que determinaron la conducta sancionada, de ahí que, aunque no se tuviera en cuenta la colaboración del delator, dicho hecho no tiene la potencialidad de desvirtuar la legalidad de los actos enjuiciados. Prueba de ello, es que en la Resolución No. 2065 de 2015, por medio de la cual se dio apertura a la investigación, se estableció que las pruebas aportadas por el colaborador tenían la labor de reforzar el resto del acervo probatorio obrante en el expediente¹².

En segundo lugar, y en lo que refiere a la inconformidad del señor López Alarcón frente a la negatoria de la posibilidad de contrainterrogar al señor Orlando Barrios, la cual se realizó, en su criterio, sin justa causa, se observa que, en la resolución sancionatoria, el interrogatorio de parte rendido el 15 de marzo de 2015, por el señor Orlando Barrios Giraldo no fue considerado como sustento para imponer la

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de decisión de Tutelas. Sentencia No. STP3038-2018 M.P. Fernando León Bolaños Palacios

¹² Fl. 11842 documentos carpeta “C Publico Vigilancia” obrante en el disco duro visible a folio 342 del expediente

sanción. De ahí que, aunque no se hubiese permitido que el apoderado del actor lo contradiga, dicha pretermisión no hubiere alterado en nada la decisión final. Y en esa razón el argumento del actor resulta inocuo para discutir la legalidad de los actos administrativos atacados.

En esas condiciones, los cargos analizados no prosperan.

3.5 ¿Conculcó, la entidad demandada, el debido proceso como quiera que no se habría establecido una fecha cierta para la contabilización de la caducidad?

De modo preliminar, debe precisar este Despacho, que el análisis de este cargo se analizará tal y como fue sustentado, de manera que solo se estudiará si se estableció una fecha cierta para la contabilización de la caducidad. No así será objeto de examen fundamentación distinta a la expuesta por el accionante sobre fenómenos puntuales como la caducidad de la facultad sancionatoria.

Para empezar, debe establecerse que, la Ley 1340 de 2009, “*Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia*”, regula:

Artículo 27º-. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”.
(Se destaca)

Precisado lo anterior, es claro que, al existir norma especial aplicable al caso concreto, del artículo 27 de la Ley 1340, se desprende que, la facultad de las autoridades administrativas para imponer sanciones, caduca en el término de cinco años, contados desde la ocurrencia del hecho que las ocasionó. Empero, cuando los hechos objeto de sanción obedezcan a una conducta continuada, el término debe contarse desde la ejecución del último acto de la conducta censurada.

En ese orden, se observa que, el presente cargo se erigió sobre la tesis según la cual, los términos para realizar la contabilización de la caducidad de la acción sancionatoria se habrían establecido de manera arbitraria o serían inciertos.

Así las cosas, se precisa que, el libelista no alegó ni sustentó que en el presente caso habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria, sino, reprochó el hecho según el cual, a pesar de que se trataba de una conducta de ejecución instantánea, la demandada no habría señalado una fecha cierta en la que se cometió la conducta, y habría incurrido en error al precisar que esta habría generado efectos continuados.

En tales condiciones, se advierte que el objeto de litigio gira en torno a determinar si la conducta censurada puede considerarse permanente, o si, por el contrario, se agotó en un solo acto.

Así, descendiendo al caso en concreto, se observa que, la Superintendencia demandada consideró que para el caso de marras se evidenciaría una conducta continuada, que debía analizarse desde dos perspectivas: (i) para los casos en los

que alguna de las empresas pertenecientes a la empresa Security Management Group S.A lograron la adjudicación de un contrato estatal, la contabilización de la caducidad iniciaría cuando se materializó la terminación del mismo y (ii) cuando a las empresas no les fue adjudicado el contrato, y este se concedió a un tercero, el término, la caducidad debía contarse desde esa fecha.

En ese tenor, se advierte que, el Consejo de Estado ha establecido que para establecer si las actuaciones objeto de investigación obedecen a una conducta de carácter continuado, debe verificarse si estas *“derivan de un comportamiento con una unidad de propósito”*¹³.

En ese orden, se advierte que, la forma de contabilización de caducidad, para el caso de marras debe considerar que, las empresas que conformaban el grupo Security Management Group S.A se aliaron para participar como proponentes en determinadas licitaciones públicas, con miras a que les sean adjudicados ciertos contratos estatales.

En ese contexto, y atendiendo a las diferentes etapas contractuales, dentro de las que se encuentran, entre otras: (i) presentación de la oferta, (ii) aceptación de la propuesta (ii) adjudicación del contrato, (iii) celebración y ejecución del contrato, (iv) terminación del contrato; es diáfano que, la conducta censurada se extiende en el tiempo, puesto que se sigue materializando permanentemente en el interregno de las acciones que se encuentran ligadas con la misma intención, esto es, la adjudicación de un contrato estatal y el posterior aprovechamiento de los beneficios.

Por lo tanto, es claro que la conducta cesó solo cuando: (i) la oferta fue retirada, (ii) el contrato fue adjudicado a un tercero, y (iii) ocurrió la terminación o liquidación del contrato.

Lo anterior encuentra sustento, si se tiene en cuenta que las empresas se habrían aliado con una unidad de propósito, esto, es lograr la adjudicación de determinados contratos, de ahí que la conducta se desplegó desde que se presentó la oferta y se prolongó dependiendo de si esta fue aceptada o no.

Aunado a ello, para los casos en que la propuesta fue aceptada, el propósito inicial siguió materializándose, por ende, la conducta censurada también, dado que, de la adjudicación del contrato, las empresas obtuvieron beneficios de una conducta que restringió la competencia, al haber reducido la posibilidad para otras empresas de ganar procesos licitatorios en igualdad de condiciones.

Así las cosas, para este Despacho no es de recibo, como lo pretende el accionante, que se establezca una única fecha para realizar la contabilización de la facultad de la facultad sancionatoria de la Administración, toda vez que la conducta no fue de ejecución instantánea, ya que no se agotó en un solo acto, dado que las empresas proponentes, para participar en las licitaciones públicas desarrollaron una serie de actos que se encuentran concatenados por la misma intención o propósito, eso es, obtener un beneficio de un proceso licitatorio. Por ende, el presente cargo se niega.

3.5 ¿Incurrió, la autoridad accionada, en una supuesta desviación de poder por la gravedad del daño causado al señor Héctor Giovanni López Alarcón?

¹³ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia con Rad. No. 25000-23-24-000-2012-00788-01 C.P. Carlos Moreno Rubio

Para desatar el problema jurídico expuesto, debe precisarse, que el señor Héctor López Alarcón consideró que la autoridad demandada habría incurrido en desviación de poder, por cuanto, desde que se dio apertura a la investigación, ésta se había adelantado por la comisión de conductas colusorias en licitaciones públicas, mismas que se encuentran tipificadas como delitos.

Aunado a ello, argumentó que, tras la apertura de la investigación, el Superintendente, a través de una rueda de prensa, habría recorrido los medios de comunicación hablando del “*cartel de la vigilancia privada*”, en donde se habría referido a un desfalco de fondos estatales, agregando que, por los hechos acontecidos, los investigados serían “*delincuentes*” que no tenían derecho a contratar con el Estado, afirmación que, a juicio del actor, denotaría, de manera anticipada, que la Superintendencia no sería imparcial en la resolución del caso.

Agregó, que posteriormente, se pudo comprobar, que contrario a lo referido por el Superintendente en los diferentes foros y declaraciones, el presente no se trataba de un caso de desfalco de recursos públicos, sino, de la posibilidad de que las empresas investigadas se hayan puesto de acuerdo para obtener un resultado determinado en determinados procesos licitatorios.

En tal sentido, consideró, que la demandada lo habría sometido al escarnio público, por haberlo vinculado a una investigación con un carácter supuestamente delictual, situación que habría conllevado a que incurra en gastos y haya perdido oportunidades laborales.

Sentado lo anterior, debe considerarse, sobre esta causal de nulidad, la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, en la que se precisa que la desviación de poder se concreta, una vez se demuestre lo siguiente:

“[...] La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que (1) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (2) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías. (...)”¹⁴

De lo descrito, se tiene que un aspecto relevante en la determinación de la aludida desviación, es el interés particular y subjetivo de quien actúa en nombre de la administración **cuando profiere el acto**, además el desconocimiento de la norma aplicable a la actuación.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia con Rad. No. 17001-23-31-000-2007-00712-01(0752-09) - C.P: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Al derivar lo expuesto, y en consideración a los argumentos por medio de los cuales se sustentó el cargo, se evidencia que este se dirige a atacar los pronunciamientos realizados por quien fungió como Superintendente de Industria y Comercio para la época de los hechos, en diferentes medios de comunicación, mismos que, a juicio del demandante, habrían anticipado la forma en la que se resolvería el caso.

En tales condiciones, se resalta que la forma en la que fue construido el presente cargo denota que no se refiere propiamente a un vicio que pueda desprenderse de un acto administrativo, sino, de la inconformidad frente a una presunta conducta que lo habría sometido a escarnio público y le habría ocasionado perjuicios por haber sido acusado de haber incurrido en un actuar delictivo.

En ese razonamiento, debe precisarse que, la desviación de poder debe sustentarse como un vicio que nace del acto administrativo; sin embargo, el actor encausó su cargo como un reproche a una conducta desplegada por el Superintendente de Industria y Comercio.

Aunado a ello, se advierte que, el accionante no probó que la emisión del acto acusado persiguiera un objetivo no consecuente con el interés público en que no se propendiera por proteger la libre competencia, pues la sola afirmación de la que el Superintendente habría hablado de una conducta delictiva ante los medios de comunicación, no prueba que a la postre, los actos hayan sido proferidos con desviación de poder.

Es más, de lo examinado en el expediente, tal como en líneas precedentes se indicó, que la sanción impuesta surgió con ocasión a un análisis concienzudo de la Administración frente a la conducta desplegada por las empresas sancionadas al momento de incurrir en la infracción y en la investigación administrativa realizada por la Superintendencia. En este contexto, el cargo de desviación de poder se niega.

2.4.- Conclusiones

En suma, de conformidad con lo dicho en precedencia, el Despacho negará las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado, por parte del señor Héctor López Alarcón, la presunción de legalidad que acompaña a las Resoluciones No. 19890 de 24 de abril de 2017 *“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”* y No. 4604 del 29 de enero de 2018, *“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se toman otras decisiones”* expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3.- Condena en Costas

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

Por lo tanto, el Despacho considera que, en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas al demandante, en la medida que, si bien se

denegaron las pretensiones de la demanda, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la parte demandada.

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

FALLA

PRIMERO.- Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- Abstenerse de condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE¹⁵ Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Gloria Dorys Alvarez Garcia

Juez



Gloria Dorys Alvarez Garcia

Juzgado Administrativo

Juez

Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

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

Código de verificación:

8563159ee69f527dc63a35643c0a59e811cb8f238105d44dd11820dab8953714

Documento generado en 10/09/2021 03:49:03 PM

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