

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B**

Bogotá D. C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinticinco (2025)

Magistrado ponente: ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Radicación: 25000-23-41-000-2019-00827-00
Demandante: [REDACTED]
Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
Asunto: SENTENCIA, PRIMERA INSTANCIA

Decide la Sala la demanda presentada por el municipio de [REDACTED] (Cundinamarca), la cual actúa por intermedio de apoderado judicial en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

1) Pretensiones

La parte actora presentó las siguientes súplicas:

1.1 Declare la Nulidad de la Resolución No. 91153 calendada del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018) "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de competencias". En lo que concierne literalmente a la [REDACTED] CUNDINAMARCA, acto administrativo proferido por la NACION-SUPERINTEDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

1.2 Se declare la Nulidad de la Resolución No. 5704 calendada del once (11) de marzo de dos mil diecinueve (2019) " Por la cual se deciden unos recursos de reposición", mediante la cual se confirmó en su integralidad de la Resolución 91153 calendada del catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), sin que proceda ningún otro recurso, en lo que concierne literalmente a la [REDACTED]

Expediente 25000-23-41-000-2019-00827-00
Demandante: [REDACTED] (Cundinamarca)
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

CUNDINAMARCA, acto administrativo proferido por la NACION-SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

2) Hechos

La parte demandante narró en la demanda, en síntesis, lo siguiente:

Sostuvo que, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) la queja presentada por [REDACTED] representante de MECCISS EU. Ella denunció que las alcaldías de [REDACTED] impusieron barreras al libre comercio, pues, en coordinación con Gas Natural Fenosa, decidían que dichas empresas podían recibir financiación y participar en la instalación de redes internas de gas natural domiciliario, restringiendo así la libre competencia.

Precisó que, en agosto de 2018, mediante la Resolución 57334, la SIC abrió investigación y pliego de cargos contra las empresas [REDACTED] (propietaria [REDACTED]), así como contra la Alcaldía de [REDACTED] y varios de sus funcionarios ([REDACTED]) por posibles prácticas anticompetitivas.

Señaló que, en octubre de 2018, se decretaron pruebas de oficio y se permitió a los investigados presentar y solicitar pruebas adicionales.

Agregó que, culminada la etapa probatoria, la Delegatura para la Protección de la Competencia presentó un informe motivado, en el cual concluyó que debía declararse responsables a los investigados por prácticas restrictivas de la competencia.

Mencionó que, se acreditó que en 2011 y 2012 comenzó el proceso de gasificación en el municipio de [REDACTED] donde se firmó un acta de compromiso con Fenosa y, en 2012, seleccionó inicialmente a [REDACTED] para iniciar las instalaciones. Luego incluyó a A [REDACTED] limitando la participación de otras empresas.

Refirió que, en agosto de 2012, la mencionada alcaldía y las firmas instaladoras firmaron un "Acta de Acuerdo", en la cual: se fijaron los precios de instalación, se prohibió instalar redes en conjuntos

residenciales sin autorización de la alcaldía, se programaron comités mensuales de control con presencia de la alcaldía, se establecieron sanciones contra competidores que incumplieran, y se acordó que REINGEGAS suspendiera sus actividades por 4 meses para permitir el ingreso de las otras firmas.

Manifestó que, la delegatura concluyó que existió un acuerdo de precios anticompetitivo, y que la alcaldía de La Mesa participó activamente en él, pues promovió el convenio con Fenosa, seleccionó empresas y restringió la participación de otras firmas competidoras.

Expuso que, en diciembre de 2018, mediante la Resolución 91153, la SIC declaró que la alcaldía de La Mesa violó la libre competencia, y le impuso una multa de \$277.340.910 (355 SMMLV). También sancionó a las empresas y particulares involucrados.

Refirió que, en marzo de 2019, mediante la Resolución 5704, la SIC resolvió los recursos de reposición y confirmó íntegramente la sanción.

3) Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas:

- a) Constitución Política: Artículos 29 y 90.
- b) Ley 1437 de 2011: Artículos 137 y 138.
- c) Ley 1340 de 2009: Artículo 27.

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

3.1. Primer cargo: Infracción a las normas en que debían fundarse

Manifestó que, el procedimiento sancionatorio vulneró las normas, porque la alcaldía de [REDACTED] fue investigada junto con el alcalde y el secretario, sin oportunidad de ejercer su defensa de forma independiente. Solo al imponer la sanción y al resolver el recurso de reposición contra la Resolución 91153 de 2018 se le trató como investigada autónoma.

Expuso que, la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que la acción sancionatoria ya había caducado. El “Acta de Acuerdo” se firmó el 16 de agosto de 2012 y el proceso se inició seis años después, excediendo el plazo legal de cinco años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Aunque varios investigadores señalaron la caducidad, esta no fue declarada, desconociéndose el principio de legalidad y las normas aplicables.

3.2. Segundo cargo: Desconocimiento derecho de audiencia y defensa

Expuso que, la SIC desconoció el derecho de audiencia y defensa desde la apertura de la investigación, ya que a la alcaldía de La Mesa no se le permitió pronunciarse de manera independiente frente a los cargos, pues su defensa fue asumida por los ex funcionarios alcalde y secretario, quienes además recibieron sanciones menores frente a la multa impuesta a la citada alcaldía. Solo al momento de imponer la sanción más gravosa y al resolver el recurso de reposición contra la Resolución 91153 de 2018 se le reconoció como investigada independiente.

Sostuvo que, no se le permitió ejercer su derecho de defensa en la contestación al pliego de cargos, pues solo se citó al alcalde y al secretario de Obras Públicas de la época como personas naturales. La superintendencia tampoco valoró el escrito de defensa que la Alcaldía presentó el 21 de noviembre de 2018, vulnerando así su derecho al debido proceso.

Manifestó que, la alcaldía recibió la sanción más alta, mientras que a los exfuncionarios se les impusieron sanciones menores, aunque a ellos sí se les permitió defenderse desde el inicio. Además, las copias solicitadas para la defensa fueron entregadas de manera parcial y tardía, lo que impidió una defensa adecuada. En conclusión, la representación del municipio quedó en manos de los exfuncionarios y no de la propia entidad, lo que afectó gravemente su derecho de audiencia y defensa.

3.3. Tercer cargo: Falsa motivación o expedición irregular del acto

Manifestó que, la administración de la época no expidió actos que obligaran a los ciudadanos de La Mesa a instalar el servicio de gas domiciliario, como afirmó la superintendencia. La instalación fue voluntaria en un 98% y el 1.5% restante utilizó otras empresas, lo que descartaba cualquier imposición de la mencionada alcaldía.

Expuso que, en la Resolución sancionatoria no se valoraron los argumentos presentados por la alcaldía de La Mesa, lo que evidenció falsa motivación. Aunque la superintendencia aceptó que no tuvo en cuenta dichos descargos, justificó la omisión alegando que las normas no obligaban a pronunciarse expresamente sobre ellos. Esto vulneró principios de derecho, como el debido proceso y la igualdad, pues a los demás sancionados sí se les analizó la responsabilidad de manera detallada.

Concluyó que, la sanción contra la alcaldía fue desproporcionada e injustificada, ya que los verdaderos responsables eran las personas naturales (excalde y secretario). Además, no se explicó con claridad qué criterios se usaron para fijar el monto elevado de la multa, lo que generó un perjuicio grave para los recursos públicos del municipio.

3.4 Cuarto cargo: Desviación de poder

Sostuvo que, existió una desviación de poder, ya que la Superintendencia usó sus potestades con fines distintos a los previstos en la ley, lo que generó arbitrariedad e inseguridad jurídica.

Expuso que, con las Resoluciones 91153 de 2018 y 5704 de 2019 se sancionó a la alcaldía de [REDACTED] de manera indebida, a pesar de que los responsables directos eran el alcalde y el secretario de Obras Públicas de la época.

Refirió que, la entidad actuó de forma arbitraria, desconoció el derecho de defensa de la alcaldía y motivó indebidamente la decisión. Las resoluciones carecieron de sustento fáctico y probatorio, lo que reflejó un propósito de imponer una sanción injusta a una persona jurídica que terminaría pagando por hechos atribuibles a funcionarios individuales.

4) Trámite

4.1. La admisión de la demanda

Mediante auto del 9 de octubre de 2019, se admitió la demanda y se ordenó notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio y al Ministerio Público (ff. 508 a 510).

4.2. Contestación de la demanda la SIC

Con memorial radicado el 31 de enero de 2020 (ff. 200 a 216 del cuaderno principal), la citada entidad dio respuesta a la demanda en los siguientes términos:

Señaló que, el demandante sustentó su argumentación en dos inconformidades específicas, en primer lugar, una supuesta vulneración al debido proceso, y en segundo lugar, una indebida tasación de la multa impuesta por la entidad.

Precisó que, el primer argumento se compone a su vez, en inconformidades relativas a la valoración probatoria, la apertura de dos expedientes administrativos, vulneración al principio de non bis in ídem y una supuesta indebida notificación, por su parte, el segundo argumento, se desarrolla alrededor de la aplicación de los criterios para establecer el monto sancionatorio.

Contestación para el primer cargo: Infracción a las normas en que debería fundarse

Sostuvo que, en términos de la parte demandante los actos administrativos demandados infringen las normas en que deberían fundarse por lo siguiente: (i) "se cita a la alcaldía de [REDACTED] como sujeto de investigación, (ii) "no se le otorgó la oportunidad a la alcaldía de [REDACTED] de ejercer su defensa de manera independiente, sino que al principio de la actuación y en gran parte se le concedió esa posibilidad en cabeza de unos ex funcionarios" ...y, (iii) la facultad sancionatoria de la Superintendencia caducó por cuanto han transcurrido seis (6) años desde que se suscribió el "acta de acuerdo".

Refirió que, la alcaldía de [REDACTED], como municipio y persona jurídica de derecho público, puede ser investigada por la Superintendencia de Industria y Comercio por presuntas conductas que afectan la libre competencia. Esto está respaldado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que autoriza a la Superintendencia a investigar y sancionar a cualquier persona

jurídica, pública o privada, que incurra en prácticas restrictivas de la competencia económica.

Expuso que, respecto a la garantía del derecho de defensa, la Superintendencia de Industria y Comercio notificó oportunamente a la alcaldía de [REDACTED] sobre el inicio de la investigación mediante la Resolución 57334 del 13 de agosto de 2018, enviada y entregada el 15 de agosto de 2018. Ante la imposibilidad de realizar la notificación personal, se remitió el Aviso 50524 del 23 de agosto, recibido el 28 de agosto de 2018, según constancia de Servicios Postales Nacionales.

Manifestó que, la demandante argumenta que la Superintendencia de Industria y Comercio perdió la facultad sancionatoria por caducidad, pero este argumento no es válido. Según el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, dicha facultad caduca cinco años después de la ejecución de la conducta anticompetitiva o del último hecho constitutivo en casos de conductas continuadas.

Refirió que, en este caso, aunque el acuerdo ilegal se formalizó el 16 de agosto de 2012, se demostró que su ejecución se extendió hasta el 31 de diciembre de 2013, como lo evidencian documentos aportados por los investigados, incluyendo una lista de precios vigente hasta esa fecha. Por tanto, la superintendencia actuó dentro del plazo legal para sancionar.

Expuso que, la SIC sostiene que no ha operado la caducidad de su facultad sancionatoria en el caso contra la alcaldía de [REDACTED] y las empresas involucradas en el acuerdo anticompetitivo. Según el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el plazo de caducidad es de cinco años desde la ejecución de la conducta o del último hecho constitutivo en casos de conductas continuadas.

Sostuvo que, aunque el acuerdo ilegal se formalizó el 16 de agosto de 2012, se demostró que su ejecución se extendió hasta el 31 de diciembre de 2013, como lo evidencian documentos como la lista de precios acordados y comunicaciones de [REDACTED]. Por tanto, el conteo del plazo de caducidad inicia desde esa última fecha.

Expuso que, el Consejo de Estado ha respaldado esta interpretación en casos similares, señalando que en conductas continuadas debe considerarse la fecha de finalización y no la de inicio para efectos de caducidad.

Concluyó que, se aportaron facturas de [REDACTED] posteriores a 2013, lo que refuerza que las instalaciones de redes internas continuaron incluso después de la supuesta suspensión de obras por parte de FENOSA, confirmando la vigencia del acuerdo más allá de 2012.

Contestación para el segundo cargo: desconociendo el derecho de defensa y audiencia

Sostuvo que, la Superintendencia de Industria y Comercio sí garantizó el derecho de audiencia y defensa a la alcaldía de [REDACTED] durante todo el procedimiento sancionatorio. El argumento de la demandante sobre una supuesta violación a ese derecho no prospera, ya que se basa en afirmaciones parciales y documentos que buscan inducir en error al Tribunal. La realidad es que la alcaldía fue debidamente notificada y tuvo la oportunidad de ejercer su defensa, aunque decidió no hacerlo.

Refirió que, La Superintendencia de Industria y Comercio notificó a la alcaldía de La Mesa la Resolución 57334 del 13 de agosto de 2018, que dio inicio a la investigación, mediante comunicación radicada 12-160585-35, enviada a la sede física de la Alcaldía y entregada el 15 de agosto de 2018, según constancia de Servicios Postales Nacionales. Al no lograrse la notificación personal, se remitió el Aviso 50524 del 23 de agosto, recibido el 28 de agosto de 2018.

Expuso que, durante el proceso, se notificaron otras resoluciones importantes —números 76541, 78793 y 79881— que ordenaban pruebas, rechazaban otras y prescindían de algunas. Todas fueron recibidas por la Alcaldía, que no presentó ninguna manifestación, lo que demuestra que se le garantizó el derecho de defensa, aunque optó por no ejercerlo.

Manifestó que, la Superintendencia de Industria y Comercio sí tuvo en cuenta el escrito presentado por la demandante el 21 de noviembre de 2018. Sin embargo, dicha solicitud de copias fue posterior al traslado del informe motivado a los investigados (realizado el 9 de octubre de 2018). Además, consta en el expediente una comunicación oficial que identifica los folios solicitados como información financiera del investigado. Las copias fueron entregadas aproximadamente 10 días después de la

solicitud, lo que demuestra que la demandante no se vio afectada en su derecho de defensa.

Contestación para el tercer cargo: falsa motivación o expedición irregular del acto

Sostuvo que, la demandante alega que los actos administrativos demandados "se encuentran viciadas de falsa motivación, en tanto que las consideraciones que allí se plasman son de carácter subjetivo, no son el producto del ejercicio de una ponderación adecuada, de una valoración probatoria integral, sino que se parte de suposiciones".

Expuso que, no le asiste razón a la demandante por cuanto los actos administrativos demandados están debidamente motivados, es decir, que la sanción impuesta a la alcaldía de [REDACTED] por infracción del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, se hizo con base en las pruebas que obran en el expediente administrativo, que fueron valoradas debidamente. Además, el monto de la sanción impuesta se graduó con base en el principio de proporcionalidad.

Añadió que, la Superintendencia de Industria y Comercio logró demostrar que la alcaldía de [REDACTED] incurrió en una conducta anticompetitiva, conforme al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al tener un papel decisivo en la celebración y ejecución de un acuerdo de precios entre las empresas [REDACTED]. Esta conducta se evidenció en cuatro aspectos principales:

- 1) Privilegio selectivo: La alcaldía creó un entorno desfavorable para la libre competencia al elegir y favorecer exclusivamente a esas tres empresas.
- 2) Inducción al consumidor: Promovió que los usuarios contrataran con dichas empresas, afectando la libertad de elección.
- 3) Participación activa: Tuvo una intervención directa en el acuerdo anticompetitivo.
- 4) Distorsión del mercado: Alteró la dinámica competitiva al desplazar la demanda hacia los agentes favorecidos.

Manifestó que, la superintendencia demostró que la alcaldía de [REDACTED] participó activamente en un acuerdo anticompetitivo con [REDACTED] favoreciéndolas mediante un aval

exclusivo para acceder al convenio de financiación con Fenosa. Este aval les dio una ventaja competitiva que se reflejó en que realizaron el 98.5% de las instalaciones en 2013. Además, la Alcaldía se comprometió a sancionar cualquier incumplimiento del acuerdo, lo que refuerza su rol en limitar la libre competencia.

Concluyó que, respecto a la resolución de sanción, se aclaró que está debidamente motivada y basada en pruebas del expediente, por lo que no se vulneró el debido proceso ni el derecho de defensa, como alegó la demandante.

Contestación para el cuarto cargo: Desviación de Atribuciones Propias de quien las profirió

Sostuvo que, la demandante alegó que la superintendencia profirió las resoluciones demandadas con desviación de poder porque actuó de manera arbitraria al sancionar al ente territorial por el comportamiento de dos particulares: J [REDACTED] y [REDACTED].

Manifestó que, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la facultad legal para investigar y sancionar a cualquier persona jurídica, ya sea de derecho público o privado, que incurra en prácticas restrictivas de la competencia. Esto se establece en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual autoriza la imposición de sanciones a los agentes del mercado por violaciones al régimen de protección de la competencia, sin distinción de su naturaleza jurídica.

Asimismo, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 prohíbe acuerdos que limiten la libre competencia, sin exigir un sujeto calificado específico para incurrir en la conducta. Por tanto, todas las personas jurídicas están obligadas a respetar el régimen de libre competencia económica y pueden ser sancionadas si lo infringen.

Expuso que, la Superintendencia de Industria y Comercio reafirmó que los entes territoriales, como el municipio de [REDACTED] son personas jurídicas de derecho público sujetas al régimen de libre competencia económica. Su voluntad jurídica se expresa a través de sus representantes, en este caso el alcalde [REDACTED] [REDACTED] quien junto con el secretario de obras públicas implementó un sistema que restringió la competencia en el proceso de gasificación.

Concluyó que, se demostró que la alcaldía incurrió en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al auspiciar un acuerdo de precios entre empresas del sector. Además, se descartó la existencia de desviación de poder, ya que los actos administrativos de la superintendencia están debidamente motivados y no presentan vicios que afecten su legalidad.

4.3. Audiencia inicial y de pruebas

Mediante auto del 25 de mayo de 2021 se realizó audiencia inicial (ff. 582 a 583).

En dicha diligencia se llevó a cabo en la fecha antes indicada, en los términos dispuestos en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, en la cual se decidió sobre el saneamiento del proceso, de la lectura de la demanda y de la contestación se advierte que el problema jurídico dentro del presente medio de control se contrae a determinar si con la expedición de las **Resoluciones 91153 de 14 de diciembre de 2018** "Por medio de la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de competencias" y la **5704 del 11 de marzo de 2019** "Por la cual se deciden unos recursos de reposición", proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se vulneraron los artículos 29 y 90 de la Constitución Política y 137 y 138 de la Ley 1474 de la Ley 1437 de 2011; debido a que fueron expedidas presuntamente con i) violación al derecho de audiencia y defensa; ii) con infracción en las normas en que debía fundarse; iii) falsa motivación; iv) desviación de atribuciones de quien profirió los actos demandados.

En dicha audiencia se evacuaron todas las pruebas, por lo que el despacho dio aplicación al inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, por lo que, por considerarse innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto sobre la controversia.

5) Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante mediante escrito del 5 de octubre de 2021, reiteró sus argumentos con la demanda inicial y solicitó que se conceda las pretensiones de la demanda (ff. 630 a 636).

5.2. La entidad demandada mediante escrito del 6 de octubre de 2021 alegó de conclusión para lo cual reiteró su defensa puesto que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones demandadas (ff. 638 a 645).

6) Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, la Sala procede a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: **1)** objeto de la controversia, **2)** los actos administrativos demandados y el análisis de los cargos de nulidad, **3)** condena en costas.

1) Objeto de la controversia

La parte actora pretende la nulidad de las decisiones contenidas en las Resoluciones Nos. 91153 de 14 de diciembre de 2018 “Por medio de la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de competencias” y la 5704 del 11 de marzo de 2019 “Por la cual se deciden unos recursos de reposición”, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

De manera que, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si con la expedición de las **Resoluciones 91153 de 14 de diciembre de 2018** “Por medio de la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de competencias” y la **5704 del 11 de marzo de 2019** “Por la cual se deciden unos recursos de reposición”, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se vulneraron los artículos 29 y 90 de la Constitución Política y 137 y 138 de la Ley 1474 de la Ley 1437 de 2011; debido a que fueron expedidas presuntamente con i) violación al derecho de audiencia y defensa; ii) con infracción en las normas en que debía fundarse; iii) falsa motivación; iv) desviación de atribuciones de quien profirió los actos demandados.

Expediente 25000-23-41-000-2019-00827-00
Demandante: [REDACTED]
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

2. De los actos acusados y del análisis de los cargos de nulidad

2.1. De los actos acusados

Resolución No. 91153 de 14 de diciembre de 2018

"Por medio de la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de competencias

...

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que LA [REDACTED]
[REDACTED] CUNDINAMARCA, violó la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER a [REDACTED]
CUNDINAMARCA una multa de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 277.340.910.00) equivalentes a TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (355 SMLMV).

...

Resolución No. 5704 del 11 de marzo de 2019

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición

ARTÍCULO TERCERO: Confirmar en todas sus partes la resolución no. 91153 del 14 de diciembre de 2018.

...

2.2. Análisis de los cargos de nulidad

De conformidad con lo expuesto, a continuación, la Sala estudiará el mérito de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, a partir del estudio conjunto del material probatorio allegado al plenario, que incluye los actos acusados y sus antecedentes administrativos, bajo el principio de la sana crítica, así:

2.2.1. Primer cargo: Infracción a las normas en que debían fundarse

La entidad demandante sostuvo que la investigación se adelantó a [REDACTED] fue investigada junto con el alcalde y el secretario, sin oportunidad de ejercer su defensa de forma independiente y también porque la superintendencia demandada no tuvo en cuenta que la acción sancionatoria ya había caducado. El "Acta de Acuerdo" se firmó el 16 de agosto de 2012 y el proceso se inició seis años después, excediendo el plazo legal de cinco años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009; por lo que se desconoció el principio de legalidad por no declararse la caducidad pese a ser alegada.

La SIC se opuso a tal cargo, al considerar que, la alcaldía sí podía ser investigada y sancionada como persona jurídica de derecho público, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Además, señaló que ante la imposibilidad de realizar la notificación personal, se remitió el Aviso 50524 del 23 de agosto, recibido el 28 de agosto de 2018, según constancia de Servicios Postales Nacionales. Indicó que tampoco operó la caducidad porque el acuerdo ilegal iniciado en el año 2012, se ejecutó hasta el 31 de diciembre de 2013, lo cual respalda la jurisprudencia que indica que en conductas continuadas debe considerarse la fecha de finalización y no la de inicio para efectos de caducidad.

Para resolver, se considera:

En relación con la causal de nulidad de la infracción de las normas en que deberían fundarse, el Consejo de Estado¹ ha establecido que se trata de la contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo, y ocurre cuando se presenta una de las siguientes situaciones: Falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea.

La falta de aplicación de una norma se configura cuando la autoridad administrativa ignora su existencia o, a pesar de que la conoce, pues la analiza o valora, no la aplica a la solución del caso. También sucede cuando se acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, toda vez que esta no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, la autoridad puede examinar la norma, pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve. En estos eventos se está ante un caso de violación de la ley por falta de aplicación, no

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de marzo de 2012, rad. 25000-23-27-000-2004-92271-02 (16660).

de su interpretación errónea, debido a que la norma, por no haber sido aplicada, no trascendió al caso decidido.

Por su parte, la aplicación indebida tiene lugar cuando las disposiciones jurídicas se emplean, a pesar de no ser las pertinentes para resolver el asunto que es objeto de decisión. Este error puede originarse por dos circunstancias: (i) En los casos en los que la autoridad administrativa se equivoca al escoger la norma, por la inadecuada valoración del supuesto de hecho que esta consagra y, (ii) cuando no establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

Adicionalmente, se incurre en este vicio de manera directa al dársele una interpretación errónea a los preceptos aplicados. Esto sucede cuando las disposiciones son las que regulan el tema que se debe decidir, pero la autoridad las entiende equivocadamente y así las aplica. Por tanto, ocurre cuando la autoridad administrativa le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde.

En lo particular, se observa que, la SIC adelantó una investigación en contra de la [REDACTED] en su condición de persona jurídica de derecho público, lo cual resulta procedente de conformidad con la Ley 1340 de 2009, "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", la cual expresamente faculta a la superintendencia en mención para sancionar a cualquier agente del mercado, sin distinción de la naturaleza privada o pública. Dicha norma establece:

ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS. <Ver modificaciones a este artículo directamente en el Decreto 2153 de 1992> El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

...

ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. <Ver modificaciones a este artículo directamente en el Decreto 2153 de 1992> El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así...

Se ha establecido que la facultad sancionatoria está en cabeza del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, tal y como se ha descrito, entre otras, en el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, que indica:

“12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.”

Por lo que, dichas sanciones se impondrán, bien sea a las personas jurídicas o naturales por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia. De manera especial para las personas naturales, tal y como se encuentra determinado en el Título V de la Ley 1340 de 2009, en el artículo 26, se estableció que:

“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.”

Además, la Corte Constitucional en la sentencia C-394 de 2019 al estudiar la acción pública de inconstitucionalidad ejercida frente al artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, indicó lo siguiente:

1.4. Con lo anterior en mente, la Corte encuentra que ninguna de las tres hipótesis recién transcritas exige la integración de una unidad normativa entre los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. En efecto: (i) el artículo 25 es suficientemente claro y permite su completa comprensión de modo autónomo, sin necesidad de acudir a cualquier otra norma; (ii) el artículo 26 es la única norma en el ordenamiento que regula la imposición de multas a personas naturales por infracción del régimen de la libre competencia. Por ende, al margen de que en posterior demanda se impugne la expresión subrayada del artículo 25 (imposición de multas a personas jurídicas), el fallo que se profiera dentro de la presente sentencia no sería inocuo en modo alguno; y (iii) si bien entre los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 existe una relación intrínseca pues ambas normas regulan la imposición de multas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio por la infracción al régimen de la libre competencia, para la Corte el contenido

del artículo 25 no despierta en este momento duda alguna sobre su constitucionalidad pues, contrario a lo que sucede con el artículo 26, de su redacción no necesariamente se desprende una eventual oposición al principio de legalidad...”

Al respecto, debe indicarse que, la imposición de multas a las personas naturales no está determinada por la actividad económica realizada por el investigado, sino por su naturaleza, tal como lo consideró la Sección Primera del Consejo de Estado así:

181. Así las cosas, esta Sección ha señalado claramente que el artículo 25 de la Ley 1340 rige únicamente para la tasación de la multa para personas jurídicas y el artículo 26 para la graduación de la multa para personas naturales sin ningún tipo de consideración adicional.

182. Asimismo, los títulos de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 “monto de las multas a personas jurídicas” y “montos de las multas a personas naturales”, establecen el margen de aplicación de la conducta típica y son claramente indicativos de que la sanción descrita en la norma está referida al suje[t]o destinatario de la referida sanción, lo que da certeza al investigado sobre la conducta por la cual será juzgado, de modo que no tendría sentido dar aplicación de una forma distinta.

...

186. Por lo expuesto, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar.

Por tanto, en lo que a las conductas anticompetitivas desplegadas por las personas jurídicas se refiere, está contenida en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que señala de manera inequívoca que se le impondrán multas por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

A su vez, respecto de la caducidad, el término no inicia desde la celebración del acuerdo el 16 de agosto de 2012, sino con su ejecución y vigencia, lo cual se prolongó hasta el 31 de diciembre de 2013.

Por lo que, como la actuación administrativa sancionatoria inició en el año 2018, no había transcurrido el plazo de cinco años que establece el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, “[p]or medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia” y que, contempla:

Expediente 25000-23-41-000-2019-00827-00
Demandante: [REDACTED]
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

ARTÍCULO 27. 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.

Del material probatorio se encuentra que mediante Acta de Acuerdo de fecha 16 de agosto de 2012, suscrita por los señores [REDACTED] como representante legal de [REDACTED], representante de [REDACTED], en representación de [REDACTED], así como por el Secretario de Obras Públicas de [REDACTED], su objetivo fue establecer los parámetros para la ejecución del proyecto de instalaciones de redes internas de gas domiciliario, dentro de los cuales se destacan, los siguientes puntos: "2. Se establece una lista de precios sugerido por metro lineal e ítems adicionales que se requieran por condiciones técnicas. ... 12. La firma que INCUMPLA con lo estipulado anteriormente expuesto la alcaldía oficiará a Gas Natural Fenosa para que se retire el convenio que contaba para la financiación..."

A su vez, se observa la lista de precios establecidos por las firmas instaladoras [REDACTED] para las instalaciones internas para [REDACTED], con vigencia hasta 31 de diciembre de 2013, cuyo contenido fue el siguiente:

Imagen No. 2. Lista de precios

LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS LTDA., SEG 34 GAS DE COLOMBIA Y ARBOLUX PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA			
VIGENCIA 31 DE DICIEMBRE 2013			
PRECIOS A FINANCIAR CON LA FACTURA DE GAS NATURAL			
CONSTRUIDO EN METROS	VALOR PE AL PE	VALOR EN COBRE	
0	\$ 475.000	\$ 530.000	
1	\$ 480.000	\$ 540.000	
2	\$ 501.000	\$ 560.000	
3	\$ 514.000	\$ 570.000	
4	\$ 527.000	\$ 580.000	
5	\$ 540.000	\$ 590.000	
6	\$ 553.000	\$ 600.000	
7	\$ 565.000	\$ 610.000	
8	\$ 578.000	\$ 620.000	
9	\$ 590.000	\$ 630.000	
10	\$ 602.000	\$ 640.000	
11	\$ 614.000	\$ 650.000	
12	\$ 626.000	\$ 660.000	
13	\$ 638.000	\$ 670.000	
14	\$ 650.000	\$ 680.000	
15	\$ 662.000	\$ 690.000	
16	\$ 674.000	\$ 700.000	
17	\$ 686.000	\$ 710.000	
18	\$ 698.000	\$ 720.000	
19	\$ 710.000	\$ 730.000	
20	\$ 722.000	\$ 740.000	
21	\$ 734.000	\$ 750.000	
22	\$ 746.000	\$ 760.000	
23	\$ 758.000	\$ 770.000	
24	\$ 770.000	\$ 780.000	

COSTOS DE TRABAJO ADICIONALES DONDE SE REQUIERAN POR CONDICIONES TÉCNICAS			
DESCRIPCION	VALOR PE AL PE	VALOR EN COBRE	
PUNTO ADICIONAL HASTA 3 MTS	\$ 120.000	\$ 170.000	
METRO ADICIONAL EN TUBERIA DE 1/2"	\$ 13.000	\$ 30.000	
METRO ADICIONAL EN TUBERIA DE 3/4"	\$ 28.000	\$ 50.000	
REGILLA ADICIONAL DE 20 X 20	\$ 40.000	\$ 40.000	
REGILLA ADICIONAL DE 20 X 40 METALICA	\$ 60.000	\$ 60.000	
REGATA POR METRO LINEAL	\$ 12.000	\$ 12.000	
MANGUERA ESPECIAL DE 1 MT INSTALADA	\$ 40.000	\$ 40.000	
METRO CORDON BLANCA	\$ 5.000	\$ 5.000	
MURO PARA CAJA O NICO CON COLUMNAS	\$ 180.000	\$ 180.000	

NOTA: SI SE CANCELA DE CONTADO TENDRA UN DESCUENTO DEL 10 % Y SE CANCELARA TRES (3) DIAS ANTES DE LA RADICACION DE LA PAPELERIA ANTE GAS NATURAL FENOSA PREVIA COMUNICACION Y AUTORIZACION DEL USUARIO CON LA FIRMA INSTALADORA

EL VALOR DE LOS DERECHOS DE CONEXIÓN Y MEDIDOR ES DE \$ 482.190 VIGENCIA 2012

Fuente: Folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

Lo anterior, fue referido por la superintendencia demandada en la Resolución 5704 de 2019, así:



Teniendo presente que en el acta suscrita por los investigados se acordó en su punto 2 “establecer una lista de precios”, en el Expediente obra un documento denominado “LISTA DE PRECIOS ESTABLECIDOS POR LAS FIRMAS INSTALADORAS REINGEGAS, SEG 3A Y ARIBUK PARA LAS INSTALACIONES INTERNAS PARA LA MESA CUNDINAMARCA”, en el que se observan los precios establecidos por los investigados, los cuales tendrían una vigencia, según el mismo documento, hasta el 31 de diciembre de 2013. Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, copias de este documento fueron entregadas por ARIBUK, SEG 3A y la ALCALDÍA DE LA MESA, al paso que fue reconocido por CARLOS HUMBERTO SUÁREZ ROJAS (representante legal de REINGEGAS) en su declaración del 17 de octubre de 2018 y por el Secretario de Obras Públicas, JAVIER ALEJANDRO PÉREZ ROJAS, en su declaración del 24 de enero de 2013.

De lo anterior, se encuentra que, se dejó consignado que la conducta anticompetitiva investigada quedó evidenciada en los documentos “ACTA DE ACUERDO” y “LISTA DE PRECIOS”, pues allí se establecieron los criterios que perfeccionaron el objeto del acuerdo para la fijación de precios de las instalaciones de redes internas de gas en el municipio de [REDACTED], además de demostrarse la participación de todos los investigados en la elaboración de aquellos.

En la Resolución 5704 de 11 de marzo de 2019 se indicó que la lista de precios contenida en el documento “LISTA DE PRECIOS...” se aplicaría hasta el 31 de diciembre de 2013, por lo que de conformidad con lo declarado por el señor Carlos Humberto Suárez Rojas el acuerdo anticompetitivo los precios estuvieron vigentes hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en la que se ejecutó el último acto de la conducta anticompetitiva, que fue continuada.

Además, en cuanto a la notificación de la Resolución 91153 del 2018, se encuentra que, esta se notificó a la alcaldía demandante el 26 de diciembre de 2018, fecha esta en la que todavía se encontraba en término la superintendencia demandada para

a la de los demás investigados. Indicó que se limitó el acceso a copias, lo que afectó su derecho de defensa técnica.

La SIC se opuso a tal cargo, al considerar que, le garantizó el derecho de defensa a la entidad actora y que le notificó la apertura de la investigación, así como las resoluciones emitidas durante la investigación, las cuales recibió la alcaldía, pero esta no ejerció activamente su defensa. Aclaró que sí se tuvo en cuenta el escrito que presentó el 21 de noviembre de 2018, pero esta solicitud de copias fue posterior al traslado del informe motivado a los investigados (realizado el 9 de octubre de 2018). Afirmó que consta en el expediente una comunicación oficial que identifica los folios solicitados como información financiera del investigado y que, las copias fueron entregadas aproximadamente 10 días después de la solicitud; por lo no se afectó su derecho de defensa.

Para resolver, se considera:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al **debido proceso**, de conformidad con el cual, se entiende por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas.

A su vez, el **derecho de defensa** es un componente del debido proceso, en otros términos, es una garantía de su núcleo esencial. El derecho de defensa es la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier actuación administrativa o proceso judicial, de ser oída, de controvertir las pretensiones, pruebas y argumentos de la contraparte o del Estado, según sea el caso, de solicitar y allegar pruebas, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga², entre otras actuaciones.

Los componentes del derecho de defensa son: la presunción de inocencia, el derecho a la asistencia jurídica de un abogado en el proceso penal³, el principio de publicidad⁴, que se materializa

² Corte Constitucional, sentencia C-617 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

³ También conocido como defensa técnica. La Corte Constitucional en sentencia C-069 de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, reiteró que desde antaño tiene definido el derecho a la defensa técnica, como la garantía constitucional que posee tres características esenciales: debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. "La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones" (Resaltado fuera de texto).

⁴ La Corte Constitucional, en auto 147/05, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, mencionó sobre el principio de publicidad que: "el garantizar que la persona interesada esté debidamente enterada de

principalmente con la notificación en debida forma, el derecho a ser oído, el derecho a presentar y controvertir pruebas, entre otros.

La Corte Constitucional ha destacado la importancia del derecho de defensa en el contexto de las garantías procesales⁵, señalando además que con su ejercicio se busca “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”⁶.

En consonancia, se ha reconocido igualmente que el derecho de defensa es una garantía del debido proceso de aplicación general y universal, que constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Consejo de Estado ha expresado que el debido proceso⁷ tiene como parte sustancial el derecho de defensa, de tal forma, que el derecho de defensa resulta quebrantado, si al afectado con una decisión administrativa no se le permite ser oído, ni contradecir las pruebas aducidas en su contra.

En el caso en particular, se observa que, la entidad demandante en calidad de investigada tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y contradicción ya que la Superintendencia de Industria y Comercio notificó a la alcaldía de [REDACTED] la Resolución 57334 del 13 de agosto de 2018, que dio inicio a la investigación, mediante comunicación radicada 12-160585-35, enviada a la sede física de la Alcaldía y entregada el 15 de agosto de 2018, según constancia de Servicios Postales Nacionales. Al no lograrse la notificación personal, se remitió el Aviso 50524 del 23 de agosto, recibido el 28 de agosto de 2018.

Además, se notificaron otras resoluciones importantes —números 76541, 78793 y 79881— que ordenaban pruebas, rechazaban otras y prescindían de algunas. Todas fueron recibidas por la Alcaldía, que no presentó ninguna manifestación, lo que demuestra que se le garantizó el derecho de defensa.

las decisiones que en particular comprometen sus derechos, es un deber indeclinable de las autoridades. Es mediante el acto de la notificación que la administración cumple con el principio de publicidad y garantiza con ello, que la persona pueda ejercer el derecho a la defensa”.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-315/12, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-799 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería.

⁷ El Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 28 de noviembre de 2002, Exp. 14040, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

De la revisión del material probatorio, se observa que, la alcaldía de [REDACTED] fue notificada de las principales actuaciones procesales, incluida la apertura de investigación, así como de los actos de trámite expedidos en el procedimiento administrativo; lo cual le permitió presentar escritos, solicitudes y observaciones.

A su vez, se precisa que en relación con las copias que solicitó y la posibilidad de contestar de manera autónoma el pliego de cargos, se advierte que dicha entidad territorial presentó sus descargos y que la petición de copias fue tramitada según consta en el expediente así:

"obra en el expediente administrativo, una comunicación del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio en el que autorizaba de manera parcial la solicitud de copias, esto por cuanto "los folios 2454 a 2471 de la carpeta reservada No. 7 (...) corresponden a información financiera de personas naturales respecto de las cuales no tiene poder. El expediente solicitado está disponible en el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio y ocupa —en formato digital— un total de 12 GB, aproximadamente".

Al respecto, debe señalarse que las falencias procedimentales solo generan nulidad cuando afectan de forma sustancial el ejercicio de defensa, lo cual no se acredita en este caso, toda vez que la entidad actuó dentro del procedimiento administrativo y tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas.

Así las cosas, este cargo tampoco prospera.

2.2.3. Tercer cargo: falsa motivación o expedición irregular del acto

La entidad demandante sostuvo que no existieron actos de la alcaldía demandante que obligaran a contratar el servicio de gas y que además la instalación fue voluntaria en casi su totalidad. Señaló que la demandada no valoró los descargos de la alcaldía, justificando su omisión en una interpretación formal de la norma. Adujo que la sanción fue desproporcionada e injustificada, ya que los responsables directos eran los exfuncionarios y no se explicó el criterio utilizado para fijar el monto elevado de la multa.

La SIC se opuso a tal cargo, al considerar que, los actos sancionatorios se encuentran debidamente motivados y se sustentaron en las pruebas recaudadas en el procedimiento, mas no en suposiciones. A partir de lo que, se demostró el acuerdo

anticompetitivo conforme al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al tener un papel decisivo en la celebración y ejecución de un acuerdo de precios entre las empresas [REDACTED] favoreciéndolas mediante un aval exclusivo para acceder al convenio de financiación con Fenosa. Recordó que incurrió en un privilegio selectivo, en una inducción al consumidor, en una participación activa y en la distorsión del mercado.

Para resolver, se considera:

La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación. Al respecto, el Consejo de Estado señaló:

"...

En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

...⁸

Del contenido de los actos acusados, se encuentra que, la superintendencia demandada valoró el material probatorio recaudado y expuso las razones por las que consideró que existía

⁸ En providencia del 23 de junio de 2011, expediente No. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), con ponencia del magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

un acuerdo anticompetitivo en beneficio de determinadas empresas: [REDACTED] a las que se les favoreció mediante un aval exclusivo para acceder al convenio de financiación con Fenosa.

El artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece el derecho a la libre competencia de la siguiente manera:

“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”.

Así, la libre competencia consiste en la participación libre en el mercado, en el cual los sujetos que intervienen, utilizan como opción la de vender y comprar, sin estar aquellos ligados a convenios o pactos que perturben la competencia.

A su vez, el régimen general de libre y leal competencia, se encuentra regulado en la Ley 155 de 1959 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”, señala en su artículo 1º lo siguiente:

Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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 y a mantener o determinar precios inequitativos.

PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, 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 y a mantener o determinar precios inequitativos.

Por tanto, la aludida prohibición implica que: i) se trate de "acuerdos o convenios", ii) que el objeto de los mismos sea el de "limitación de la producción", el "abastecimiento", "distribución" o "consumo" en "materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros" o bien puede tratarse de "prácticas, procedimientos o sistemas" y, iii) que la finalidad de los mismos sea la de limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos, esto es, que restrinjan la libertad de acceso a los mercados.

Además, el numeral 9º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, prescribe que son acuerdos contrarios a la libre competencia los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, bajo la siguiente disposición:

"ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

...

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

...

Por lo que, de conformidad con las normas transcritas, para determinar que efectivamente se configura la conducta anticompetitiva y contraria a la libre competencia resulta necesaria la existencia de un acuerdo entendido como "... todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas" (numeral 1º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), lo que implica la voluntad o consenso de las partes de llevar una conducta contraria a la libre competencia.

Para ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ ha recordado que existen cinco formas de acuerdo previstas por el legislador, a saber: 1) el contrato; 2) convenio; 3) concertación; 4) práctica concertada y; 5) prácticas conscientemente paralelas. La segunda parte de la definición dada por la citada norma indica que requiere una pluralidad de empresas.

El decreto en mención también contempla en su artículo 49 como excepciones, que para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 ibidem¹⁰, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.
2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.
3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.

De modo que, un acuerdo anticompetitivo corresponde a aquel acuerdo, contrato o práctica concertada o conscientemente paralela, sea de manera bilateral o plurilateral con la finalidad de vulnerar las reglas de la libre competencia.

En ese orden, la Corte Constitucional¹¹ ha considerado que, la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01. Actor: CONSTRUCTORA MP. S.A., M.L INGENIEROS S.A Y OTROS. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC. Tema: LIBRE COMPETENCIA. ACUERDOS COLUSORIOS. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO NO DECRETÓ UN NUEVO EXAMEN PERICIAL Y REALIZÓ UNA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OPORTUNAMENTE DECRETADAS Y PRACTICADAS DURANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. LA PUBLICACIÓN EN EL BOLETÍN OFICIAL CON FINES INFORMATIVOS NO AFECTA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA.

¹⁰ ARTICULO 44. AMBITOS FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

¹¹ Sentencia C-616 de 2001.

pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

Así, dicha corporación sostuvo que la libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas¹². Asimismo, consideró:

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes¹³ han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa, pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

Adicionalmente, se observa que, la sanción no se fundó en simples conjeturas, sino en las pruebas que evidencian la participación de la alcaldía demandante, a través de sus representantes legales, en la estructuración y ejecución del convenio que restringió la libre competencia.

Al respecto, debe indicarse que, la superintendencia demandada impuso las sanciones pecuniarias a los agentes de mercado investigados por infringir el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 –relativo a acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios-¹⁴ y, el artículo

¹² T-533 de 1992 de la Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo García Lozada, Derecho de la Competencia, legis, Bogotá, 1998, pág 40.

¹⁴ ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1° de la Ley 155 de 1959 –prohibición general-¹⁵, así como a las personas naturales investigadas por incurrir 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.

De igual manera, se precisa que, de conformidad con el artículo 367 de la Constitución Política, la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

A su vez, la citada norma contempla que, los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

Adicionalmente, el referido precepto señala que la ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas. Por lo que, debe señalarse que si bien el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959 se indica que el Gobierno “podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios no obstante limitar la competencia”¹⁶, su fin

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

¹⁵ ARTÍCULO 1°. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) 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 y a mantener o determinar precios inequitativos. PARÁGRAFO. El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.

¹⁶ Además, la Ley 1480 de 2011 “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones” en su artículo 26: Artículo 26. Información pública de precios. El proveedor está obligado a informar al consumidor en pesos colombianos el precio de venta al público, incluidos todos los impuestos y costos adicionales de los productos. El precio debe informarse visualmente y el consumidor solo estará obligado a pagar el precio anunciado. Las diferentes formas que aseguren la información visual del precio y la posibilidad de que en algunos sectores se indique el precio en moneda diferente a pesos colombianos, serán determinadas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Los costos adicionales al precio, generados por estudio de crédito, seguros, transporte o cualquier otra erogación a cargo del consumidor, deberá ser informada adecuadamente, especificando el motivo y el valor de los mismos. En el evento de que aparezcan dos (2) o más precios, que existan tachaduras o enmendaduras, el consumidor sólo estará obligado al pago del precio más bajo de los que aparezcan indicados, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con la presente ley.

Cuando el producto esté sujeto a control directo de precios por parte del Gobierno Nacional, el fijado por este será el precio máximo al consumidor y deberá ser informado por el productor en el cuerpo mismo del producto, sin perjuicio del menor valor que el proveedor pueda establecer.

Parágrafo 1°. Los organismos o autoridades encargados de establecer o fijar precios de bienes o servicios ordenarán la publicación de las disposiciones respectivas en el Diario Oficial y al menos en dos (2) diarios de amplia circulación nacional. Los proveedores y productores tendrán dos (2) días a

debe ser “defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general”.

Esta excepción que se cita en el párrafo de la mencionada norma no se encontró demostrada en el presente asunto, pues por el contrario, la superintendencia acusada halló una relación de complementariedad entre el acuerdo de precios de las empresas instaladoras y el sistema tendiente a limitar la libre competencia económica implementado por la alcaldía [REDACTED]

Este sistema que limitó la libre competencia económica, se derivó en cuanto al municipio demandante en que incurrió en la prohibición de desplegar conductas tendientes a limitar la libre competencia al “consentir y auspiciar la celebración de un acuerdo de precios” y con ello se configuró la causal para determinar el “acuerdo contrario a la libre competencia”.

De modo que a través de dicho acuerdo anticompetitivo se garantizó que la “competencia por precios y condiciones de comercialización estuviera prácticamente eliminada en detrimento del bienestar de los consumidores”, pues “del simple objeto del acuerdo se desprende que fijar los precios de manera artificial y consensuada entre competidores restringe la competencia en precios en el mercado”.

A su vez, lo relativo a la determinación del monto de la sanción correspondió a los criterios de gravedad, participación y efectos en el mercado, conforme lo autoriza el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que establece:

ARTÍCULO 25. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS JURÍDICAS. El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada

partir de la publicación en el Diario Oficial, para adecuar todos sus precios a lo ordenado por la autoridad.

Parágrafo 2º. La Superintendencia de Industria y Comercio determinará las condiciones mínimas bajo las cuales operará la información pública de precios de los productos que se ofrezcan a través de cualquier medio electrónico, dependiendo de la naturaleza de este.

infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

PARÁGRAFO. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.

Por lo expuesto, no se configura la falsa motivación (expedición irregular) invocada por la parte demandante frente al acto sancionatorio, pues en este se explicaron los motivos por los cuales procedía la multa que se impuso a la entidad demandante, la cual observó los criterios mencionados en la citada norma.

En el caso concreto, se encuentra que, la multa se fijó siguiendo los criterios del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, basada en documentos y actuaciones que demostraron el acuerdo restrictivo de la competencia. En tal sentido, la SIC aplicó los criterios legales de gravedad, beneficio, participación, para graduar la sanción.

En efecto, en la resolución sancionatoria se indicó lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el acuerdo de precios, que fue incentivado y auspiciado por la [REDACTED], generó una restricción importante a que los habitantes del municipio de [REDACTED] contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que, por un lado, el 93% de los usuarios correspondieron a hogares de estratos 1, 2 y 3, y que por otro lado, el

Expediente 25000-23-41-000-2019-00827-00

Demandante: [REDACTED]

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Asunto: Sentencia

acuerdo implicó que las alternativas que tenían dichos consumidores, si hubiesen querido no pagar el precio artificial, implicaban renunciar al esquema de financiamiento que ofrecían los cartelistas, a través de su convenio con [REDACTED] y por último, que dicho servicio resulta esencial para el acceso a un servicio público como el gas natural.

En este punto es importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado debe intervenir para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos, en los cuales se incluyen los servicios públicos domiciliarios. Lo anterior se ve truncado si los consumidores no pueden acceder al servicio de gas natural, o deben hacerlo a precios artificiales, por la existencia de un acuerdo de precios en el mercado conexo de construcción e instalación de redes internas, más aún cuando dicho acuerdo fue promocionado y reforzado por una autoridad local como la [REDACTED]

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta de los cartelistas se afectó el 98,5% del mercado de construcción e instalación de redes internas en La Mesa – Cundinamarca. Adicionalmente, de las cuatro (4) empresas que estuvieron fuera del acuerdo de precios, ninguna de ellas contó con una participación superior al 0,6% durante 2013.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que la [REDACTED] tuvo un rol definitivo tanto en la celebración como en la ejecución del acuerdo anticompetitivo acá investigado, toda vez que participó directamente en el acuerdo entre las empresas instaladoras investigadas al comprometerse a castigar a quien se desviara de lo acordado en virtud del cartel, al paso que influyó preponderantemente con su conducta en la decisión de los usuarios de las empresas cartelizadas frente a sus competidores.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que la [REDACTED] no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada A [REDACTED] se le impondrá una multa de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$277.340.910,00) equivalentes a TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (355 SMLMV).

La anterior sanción equivale al 0,36% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Por lo anterior, se observa que, la entidad demandante restringió la libre competencia porque generó una restricción importante que llevó a que los habitantes del municipio de [REDACTED] contrataran los servicios de instalación de redes internas para el suministro de gas natural con precios resultantes de la libre competencia entre las empresas proveedoras. Lo anterior, resulta grave por lo siguiente:

Con tal acuerdo los usuarios que resultaron afectados: 93% pertenecían a estratos 1, 2 y 3 que hacen parte de la población más vulnerable y, las alternativas eran limitadas puesto que si se quería evitar el precio artificial, se debía renunciar al esquema de financiación de [REDACTED], lo cual hacía imposible acceder al servicio público esencial. Por tanto, el impacto generado fue grave y generalizado en el mercado local y los consumidores más vulnerables.

Adicionalmente, se precisa que la alcaldía de [REDACTED] tuvo un rol definitivo pues participó directamente en el acuerdo, se comprometió a sancionar a quien desviara el cartel y además influyó en la decisión de los consumidores para que se acogieran a las empresas cartelizadas; de modo que, la demandante tuvo una participación activa y determinante en dicho acuerdo anticompetitivo.

Finalmente, tampoco se observaron atenuantes en el comportamiento procesal de la demandante y la graduación de la sanción se aplicó de acuerdo a la proporción del impacto, dimensión y grado de participación, sin llegar a los topes máximos.

Por lo que, este cargo no prospera.

2.2.4. Cuarto cargo: Desviación de poder

La entidad demandante consideró que la superintendencia acusada usó sus potestades con fines distintos a los legales, con lo cual generó una arbitrariedad e inseguridad jurídica. Además, porque sancionó indebidamente a la alcaldía demandante en lugar de sancionar a los verdaderos responsables (exalcalde y secretario). Por lo que, las resoluciones demandadas no contaron con el soporte fáctico y probatorio, lo cual demostró la intención de sancionarla injustamente.

La SIC se opuso a tal cargo, al considerar que, no existe la desviación de poder. Señaló que se encuentra facultada para imponer las sanciones por violaciones al régimen de protección de la competencia, sin distinción de su naturaleza jurídica, en virtud del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y que además, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 prohíbe acuerdos que limiten la libre competencia, sin distinción del sujeto. En ese orden, destacó que los entes territoriales también son agentes del mercado y que la voluntad de la alcaldía se materializó a través de su alcalde y secretario de obras, quienes implementaron el acuerdo anticompetitivo. Por lo que, señaló que la sanción no fue arbitraria, sino consecuencia de la comprobación de la conducta anticompetitiva, sin que ello configure la causal de nulidad alegada.

Para resolver, se considera:

La causal por desviación de poder ocurre cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que les ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto.

Así lo ha considerado el Consejo de Estado¹⁷, al señalar que "...se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente."

Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa -como por ejemplo, la satisfacción del interés general, la búsqueda del bien común, el mejoramiento del servicio público-, como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce.

Asimismo, la aludida corporación ha considerado que usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza.

¹⁷ Sección Primera. Sentencia del 7 de junio de 2012, expediente 66001-23-31- 000-1998-00645-01.

Por tanto, para establecerla debe examinar en las intimidades del acto, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario.

En el caso concreto, no se observa que en los actos administrativos demandados, ni en el procedimiento adelantado por la superintendencia acusada se persiguiera una finalidad extraña a la norma.

Al respecto, lo que se encuentra es que la sanción por multa que se le impuso a la entidad territorial demandante, se efectuó bajo las facultades legales otorgada la superintendencia cuestionada para la protección de la libre competencia en el mercado.

De modo que, lo que se encontró demostrado en la investigación adelantada por la entidad demandada, fue que la responsabilidad de la alcaldía actora se derivó de los actos ejecutados por sus funcionarios en representación del ente territorial, lo que corresponde a una responsabilidad institucional que debe atribuirse al ente correspondiente, sin perjuicio de las sanciones personales a que haya lugar.

Por tanto, no se evidencia un ánimo persecutorio ni la utilización indebida de la potestad sancionatoria de la superintendencia demandada, la SIC, sino que, por el contrario, la multa impuesta obedeció a la verificación probatoria de la conducta anticompetitiva que se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico.

Por lo que, este cargo tampoco prospera.

En consecuencia, como ninguno de los cargos prosperó, se denegarán las pretensiones de la demanda.

3) De la condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no hay lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte vencida en el proceso.

Expediente 25000-23-41-000-2019-00827-00
Demandante: [REDACTED]
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1°) Deniéganse las pretensiones de la demanda.

2°) Abstiénese de condenar en costas.

3°) Devuélvase a la parte actora el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

4°) Notifíquese esta providencia en los términos establecidos en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

5°) Ejecutoriada esta providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN
Magistrado
Firmado electrónicamente

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado
Firmado electrónicamente

Expediente 25000-23-41-000-2019-00827-00
Demandante: Alcaldía de La Mesa (Cundinamarca)
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Asunto: Sentencia

Constancia. La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma SAMAI, en consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta de conformidad con el artículo 186 de la Ley 1437 de 2011.