



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Expediente: 11001-33-34-002-2017-00145-00
Demandante: María Elisama Puentes Cañón
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Tema : Libertad de competencia económica cuadernos escolares

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 María Elisama Puentes Cañón en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio

I ANTECEDENTES

1. Pretensiones

“ Como peticiones principales pido señor juez se acceda a las siguientes:

Primera Principal: Se declare la nulidad del artículo décimo de la resolución 54403 de 2016 del Superintendente de Industria y Comercio, mediante el cual se declaró que María Elisama Puentes Cañón, incurrió en la responsabilidad prevista en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo de la ley 1340 de 2005, en relación con lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Segunda Principal: Se declare la nulidad del artículo séptimo, numeral 11.8, de la resolución 54403 de 2016 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se impuso a María Elisama Puentes Cañón, una multa por valor de \$10.341.825, equivalente a 15 SMMLV, confirmado 90560 del 29 de diciembre de 2015.

Tercera Principal: Como consecuencia de las peticiones Primera y Segunda Principales, se restablezca el derecho a María Elisama Puentes Cañón en el sentido de:

3.1 Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado de la sanción, de \$10:341 825 (numeral 11.8, de la resolución 54403 de 2016 del Superintendente de Industria y Comercio)

3.2 Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar las sumas señaladas debidamente ajustada según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA, aplicada desde la fecha del pago de la sanción y hasta el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago:

3.3 Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor del Demandante los intereses de mora que correspondan, a partir de la fecha en que se deba hacer el pago (día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago) según lo pedido en el punto 3.1 anterior y hasta que efectivamente se haga el pago.

3.5 Ordenar al Superintendente de Industria y Comercio que, a su costa, publique un aviso con las mismas condiciones en que ordenó la publicación de la sanción¹ (artículo 17 de la resolución 54403 de 2016) a María Elisama Puentes Cañón, con el siguiente texto o el que ese honorable Tribunal estime pertinente para restablecer el buen nombre

Mediante resolución 54403 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso una sanción a María Elisama Puentes Cañón, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia proferida el resolución 54403 de 2016 y restableció el derecho a Eugenio Castro, en el sentido de declaró la nulidad de la

2 Peticiones Subsidiarias

En subsidio de las peticiones principales, pido que se acceda a las siguientes:

Se decrete la nulidad de las resoluciones 54403 del 19 de septiembre de 2016 y 90560 del 29 de diciembre de 2016, como consecuencia de ello, se restablezca el derecho a en el sentido de ordenar devolver a María Elisama Puentes Cañón, el monto de las sanciones de \$10.341.825, ajustadas según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA.

2. Hechos

La actora consideró que los actos enjuiciados habrían sido expedidos con falsa motivación, dado que, afirmó, la autoridad accionada habría aplicado e interpretado indebidamente la norma que tipificaría la conducta por la que fue sancionada, esto es, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, dado que, el intercambio de información debía considerarse solo como un indicio de un comportamiento restrictivo de la competencia.

Adujo, que la demandada había determinado que la actora incurrió en el comportamiento sancionado, porque había asistido a comités en donde hubo intercambio de información; sin embargo, a juicio de la demandante, de dicha conducta, no se podría concluir la existencia de un acto anticompetitivo.

Dijo, que la accionada, habría considerado que la norma aplicable sería el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y para establecer su transgresión, había seguido los parámetros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE, siendo que Colombia no pertenecería a dicha Organización.

Afirmó, que aunque en el informe motivado, la Superintendencia accionada había tomado como sustento, un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, a su juicio, este no sería equiparable al de la actora, puesto que la información que se había compartido en los comités a los que asistió, no era sobre el comportamiento de los clientes durante una determinada temporada escolar, ni sobre su historial crediticio, pues en éstos solo se “*revisaba apenas unos datos ilustrativos sobre su comportamiento reciente*”.

Explicó, que, en mayor medida, en los comités los asistentes se dedicaban a la realización de actividades lúdicas y de integración.

Sostuvo, que el comité de crédito no fue escenario para ninguna práctica restrictiva, pues a pesar de que la demandada había encontrado que Carvajal y Scribe habrían desarrollado una política conjunta en la que se compartió información financiera y crediticia de sus clientes, para concluir que dicho comportamiento iba en contravía de la libre competencia, lo cierto sería que, de los elementos probatorios, no se podría arribar a esas conclusiones.

Alegó, que la reunión del comité tenida en cuenta por parte de la Superintendencia no correspondió al mercado de los cuadernos, sino, a un comité financiero, por cuanto se ocupaba del comportamiento financiero de los clientes, específicamente, el de financiación de capital de trabajo. Y dijo, que para llegar a tal conclusión, debía revisarse la información que se compartía, para corroborar que los datos no refieren a elementos para escritura, sino, que versaba sobre aspectos relativos a financiación.

Agregó, que, aunque la autoridad demandada habría concluido que la información era usada para seleccionar a los clientes buenos y malos, tal afirmación carecería de validez. En tal sentido, precisó, que de la información podría concluirse que: (i) el número de clientes que se llevaban a los comités era ínfimo respecto al número de clientes de las compañías; (ii) la información compartida era insuficiente para tomar decisiones financieras; (iii) en los comités no se discutía sobre la situación de ningún cliente; (iv) cada empresa tenía sus propios comités, instancias y procedimientos en los que sí tomabas decisiones financieras crediticias y de carteras.

Anotó, que las reuniones del comité se hacían cada 3 o 4 meses. Por lo tanto, esa periodicidad no sería idónea para valorar créditos, agregó, que en cada reunión no se llevaban más de 3 clientes.

Finalmente, indicó, que la demandada había sancionado a la señora María Elisama por haber “*colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado*” una conducta restrictiva de la competencia, siendo que esos verbos serían excluyentes entre sí, por lo tanto, la Superintendencia no había establecido cuál es el verbo concreto en el que había incurrido la actora.

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.

Contradijo que los actos enjuiciados hubieran omitido realizar una exposición de hechos y cargos para formular la vinculación de la actora. Ya que precisó que en la Resolución No. 54403 de 18 de agosto de 2016, se habrían señalado los hechos que habrían dado origen a la actuación administrativa, los cargos en contra de los investigados y las pruebas que los fundamentan.

Así, indicó, que la actuación administrativa se inició por la conducta contenida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Y que la actora habría conocido los hechos por los que habría sido investigada.

Resaltó, que el cargo que se le habría formulado a la actora consistía en “... *haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las presuntas conductas anticompetitivas imputadas a este agente de mercado*”.

Adujo, que las pruebas y hechos que dieron origen a la formulación de cargos serían: (i) el esquema de funcionamiento del cartel, (ii) violación a lo dispuesto en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y (iii) violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992.

Dijo, que se encontraría demostrado que la información expuesta en los comités de crédito solo fue compartida entre las sociedades participantes de los mismos, sin que fuera revelada a otras empresas.

Sostuvo, que el demandante confundiría el contenido, con la naturaleza de la información, “*pues pretende indicar que a pesar de analizar la potencialidad del intercambio de información entre dos agentes de un mercado específico, el de los cuadernos, debería definirse como mercado “el financiero” y como productos “los servicios de financiación*”.

Agregó que, aunque la parte actora consideraría que la información que se exponía en los comités de crédito era ínfima e insuficiente para tomar alguna decisión financiera, lo cierto sería que el hecho de intercambiar información sensible, como el historial financieros de los clientes, con independencia de que sean datos de todos o solo algunos, constituía un comportamiento no esperado en un escenario de libre competencia.

Anotó, que los datos compartidos facilitaban una decisión financiera conjunta y permitió el conocimiento por parte de la competencia, de estrategias de plazo y condiciones financieras de pago que sostenían con los clientes.

Precisó, que atendiendo al cargo ocupado por la señora María Elisama Puentes, se le exigía un mayor deber de diligencia y de actuar y un deber de impedir una práctica anticompetitiva.

Finalmente, indicó, que de las pruebas obrantes se podría establecer que la actora habría colaborado, ejecutado y autorizado la conducta restrictiva de la competencia, llevada a cabo por Carvajal, Kimberly y Scribe desde el 2001.

4. Actuación procesal

Mediante providencia del 7 de julio 2017, el Despacho admitió la demanda y ordenó las notificaciones correspondientes (fol. 264 del expediente).

El 5 de febrero de 2018, la Superintendencia de Industria y Comercio, contestó la demanda (fols 281 a 292 del expediente).

El 23 de agosto de 2018, 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. 312 a 315 del expediente).

5.- Alegatos de conclusión

Tanto la parte demandante (fols. 321 a 436 del expediente) como demandada (fols. 437 a 441 del expediente) presentaron escrito de alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y en 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 la señora María Elisama Puentes Cañón 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 23 de agosto de 2018, las cuestiones a resolver, en el asunto de la referencia, se concretan en las siguientes:

4.1 ¿La Superintendencia de Industria y Comercio interpretó en forma errónea, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, toda vez que, no habría considerado que el intercambio de información por parte de los competidores, no constituye por sí mismo una conducta anticompetitiva?

4.2. ¿La entidad demandada, aplicó en indebida forma el artículo 1" de la Ley 155 de 1959, por cuanto, fundamentó su interpretación en los parámetros fijados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, lo cual, no era procedente para el caso de la demandante?

4.3. ¿La Superintendencia de Industria y Comercio no demostró los supuestos fácticos y jurídicos de la sanción impuesta, en atención a que, en los comités de crédito a los que asistió presuntamente la demandante, no se trataron temas relacionados con el mercado de los cuadernos?

4.4. ¿Se probó por parte de la entidad demandada, la infracción administrativa endilgada a la señora María Elisana Puentes Cañón, en razón a que, presuntamente, el mercado objeto de estudio en los comités de crédito era el financiero y no el de los cuadernos Adicionalmente, en atención a que las muestras discutidas no habrían contenido información concluyente y significativa para ser considerada la base de un acuerdo anticompetitivo?

4.5. ¿Incurrió, la Superintendencia de Industria y Comercio, en violación al debido proceso, por cuanto, no precisó el verbo rector de la conducta imputada a la demandante?

2.2. Fundamentos jurídicos

2.2.1. Acuerdos anticompetitivos

Toda vez que el asunto gira en torno a la imposición de sanción a la señora María Elisama Puentes Cañón 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, ha de tenerse en cuenta que 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

De manera preliminar, deberá aclarar este Despacho, que por razones de índole metodológico se empezará por analizar los cargos 4.3 y 4.4 de manera conjunta, atendiendo a que aquellos se sirven de similares argumentos; posteriormente se resolverán los demás cargos en el orden que fueron planteados en la audiencia inicial.

3.1 ¿La Superintendencia de Industria y Comercio no demostró los supuestos fácticos y jurídicos de la sanción impuesta, en atención a que, en los comités de crédito a los que asistió presuntamente la demandante, no se trataron temas relacionados con el mercado de los cuadernos?

¿Se probó por parte de la entidad demandada, la infracción administrativa endilgada a la señora María Elisama Puentes Cañón, en razón a que, presuntamente, el mercado objeto de estudio en los comités de crédito era el financiero y no el de los cuadernos Adicionalmente, en atención a que las muestras discutidas no habrían contenido información concluyente y significativa para ser considerada la base de un acuerdo anticompetitivo?

Inicialmente, se precisa que, revisado la Resolución No. 54403 de 2016, se desprende, que la investigación administrativa inició con ocasión de los siguientes hechos:

(...) CARVAJAL y KIMBERLY, entre 2001 y 2011; y CARVAJAL y SCRIBE, entre 2011 y 2014, presuntamente, habrían incurrido en cartel empresarial en el mercado de producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia, fijando directamente los precios de los cuadernos mediante la determinación de precios de salida y de porcentajes de incremento de los precios correspondientes, así como que habrían fijado indirectamente

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.

tales precios a través de la concertación sobre aspectos relacionados con la concesión de descuentos, según los canales de comercialización³.

Aunado a ello, se advierte que, en el acto administrativo sancionatorio⁴, la entidad demandada, estimó:

“(…) En el presente caso, a través de diversos medios probatorios obrantes en el expediente (correos electrónicos, declaraciones, testimonios, documentos, manifestaciones, etc.), el Despacho encontró que las compañías investigadas CARVAJAL y SCRIBE desarrollaron una política conjunta financiera y de crédito, a través de la realización de los denominados Comités de Crédito, en los que también participaron otras empresas pertenecientes al sector de los útiles escolares, y se compartió información relacionada con el comportamiento financiero y crediticio de sus clientes en determinadas temporadas.

En ese contexto, se advierte, que la señora María Puentes Cañón, según la resolución sancionatoria fue gerente de la empresa BICO internacional de Carvajal, desde mayo de 2004 a agosto de 2011. Luego, desde agosto de 2011, hasta la fecha en la que se expidió el referido acto sancionatorio – 18 de agosto de 2016-, se desempeñó como gerente nacional de crédito⁵.

Aunado a ello, se precisa que, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la señora Puentes Cañón había facilitado la materialización de una práctica restrictiva de la competencia, habida cuenta que había participado en algunos “comités de crédito”, llevados a cabo entre algunas empresas del sector paplero, en donde se intercambiaba información crediticia de sus clientes, situación que permitía que las compañías pudieran prever las situaciones de riesgo en el mercado.

En ese tenor, se destaca que la demandada le impuso una sanción a la actora, al considerar que habría “colaborado, facilitado, ejecutado, tolerado y autorizado” la práctica restrictiva de la competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que prevé:

“(…) 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 demandada estimó, que la señora Puentes Cañón habría incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que establece:

³ Folios 39 a 173 del expediente

⁴ *Ibidem*

⁵ Resolución sancionatoria obrante en el expediente

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

Precisado lo anterior, y con miras a resolver el cargo propuesto, es pertinente acudir a las pruebas obrantes en el plenario:

- El 26 de septiembre de 2011, la señora María Puentes Cañón, desde su correo corporativo (María.Puentes@carvajal.com), envió correo electrónico al señor Hernán Castañeda - Separador del Negocio y Puesta en marcha del Negocio y Operaciones en México de SCRIBE -, con asunto: "REUNIÓN CUADERNOS" y con archivos adjuntos denominados: "PAUTAS COMITÉ DE CARTERA SECTOR PAPELERO", en donde señaló:

"Hola Hernán cordial saludo,

*Te adjunto los lineamientos **del comité de crédito del sector papelerero en el cual solo participan las personas del área de crédito de las empresas.***

Te agradezco que una vez revisados los lineamientos me manifiestes tus inquietudes para revisarlas y definir si asistes⁶. (Se destaca)

- El 7 de diciembre de 2012, la señora Angela Zapata - Gerente Comercial de SCRIBE – envió correo al señor Hernán Castañeda - Separador del Negocio y Puesta en marcha del Negocio y Operaciones en México de SCRIBE, con asunto: "DESCUENTOS FINANCIEROS CARVAJAL" en donde señaló:

"Hola Hernán

*Te cuento que ayer hablé con la jefe de Crédito y cartera de Carvajal, **María Elisama Puentes** y le pregunté por los descuentos financieros para temporada B. Me confirmó las siguientes condiciones*

Mes anticipado 1

Semana anticipada, 0,25%

*Lo que hace Carvajal es entregar a **TODOS** los clientes una tabla con los datos financieros por semana (desde Julio 1 a Sept 20) y con algunos clientes negocia algunas condiciones diferentes dependiendo de los montos a recaudar⁷ (Se destaca)*

⁶ folio 5653 del archivo denominado "Informe Motivado" adjunto en el disco duro obrante a folio 280

⁷ folio 5561 del archivo denominado "Informe Motivado" adjunto en el disco duro obrante a folio 280

- El 7 de octubre de 2013, la señora María Quinche -perteneciente al departamento de crédito y cartera de Carvajal- a través de su correo corporativo (maria.quinche@carvajal.com), envió, entre otros, a la señora Cecilia Toro - Coordinadora de crédito y cartera de Scribe-, correo electrónico, en donde señaló como asunto “*comité papelero Carvajal educación octubre 17/2013*” y anotó:

Buenas tardes:

De acuerdo con la programación de las reuniones del Comité Papelero, este mes le corresponde a Carvajal Educación y se llevará a cabo el 17 en nuestras instalaciones, por los cual anexo el cuadro para que se sirvan colocar los clientes que deseen reportar para revisión. (...)

- El 11 de octubre de 2013, en respuesta al correo antes referido, la señora Cecilia Toro, Coordinadora de Crédito y Cartera de Scribe, a través de su correo corporativo (cecilia.toro@scribe.com.co), envió correo a la señora María Quinche, -perteneciente al departamento de crédito y cartera de Carvajal:

"María Victoria buenos días.

Le envió el reporte. A la espera de la aprobación de la Gerencia para participar en el comité hoy le estaré confirmado si asistiré o no",

Adicionalmente, se observa que, el correo antes citado, contiene como adjunto un archivo denominado: “*comité crédito Carvajal educación octubre 17 2013*” en el que se evidencia, entre otras, la siguiente información:

NOMBRE CLIENTE	CIUDAD	EMPRESA QUE REPORTA	Cupo	Cartera Normal corriente (...)	Plazo (Días)	Comentarios
ALMACENES LA 14 SA	CALI	FABER-CASTELL SCRIBE COLOMBIA S.A.S.	2932	420	90	Ok cancelo temporada escolar al cierre de Nov- 13, cliente de permanente seguimiento de cobro

CARLOS GUERRA SANCHEZ	CALI	CARVAJAL EDUCACION S.A.S.	1200	1229	90	Nos paga con financieros PP y/o el vencimiento de sus facturas, tuvo un aumento considerable de cupo gracias a los pagos puntales que registro durante los 2 últimos años, sin embargo, en sus indicadores financieros se observa un endeudamiento año, queremos conocer el comportamiento de pago en sus empresas a manera de chequeo
EL PAPELERO SAS	CALI	CARVAJAL EDUCACION S.A.S.	1318	250	90	Cliente que ha pagado sobre el vencimiento de facturas, sin embargo, dado su alto endeudamiento registrado en balances, quiero saber cómo es el comportamiento de pago a hoy en sus Empresas?

Tomado de "Informe motivado", fl. 5656

- El 17 de marzo de 2014, la señora Cecilia Toro, coordinadora de Crédito y Cartera de Scribe, le manifestó a Erika Tapiero, Gerente Financiera de Scribe:

*Quiero compartirle que estuve en el comité de crédito el día 13 de marzo-2014. Nos reunimos **Carvajal**, Stanford, Tesa, Tecnoquímicas, Faber Castell y Legis.*

***Se discutieron 32 clientes** que manejábamos en común y me encontré que a la competencia los clientes les pagan bien y con nosotros tienen moras muy representativas. De esta muestra de 32 tomé 5 clientes como ejemplo:*

Candum (Bucaramanga)

Libardo Garcia (Montería)

Ofiexpress (Bogotá)

Papelería Cúcuta (Medellín)

Todo en Artes de Medellín.

Pregunté a todo el comité que me dijeran realmente qué hacían ellos para aplicarlo a nuestra empresa y me confirmaron lo siguiente: En cada temporada ellos firman un convenio con cada uno de los clientes sin excepción donde les explican claramente la temporada de que fecha a fecha va, cual es la fecha de vencimiento, si no pagan a la fecha de vencimiento les informan que les cobran intereses de mora, reciben devoluciones pero solo de lo que está estipulado por cada cliente, les aclaran en el convenio que por ningún motivo los pagos los deben supeditar a las devoluciones (les hacen un estimado de devolución mientras sale la nota para poder agilizar el proceso de pago). **Carvajal me va a compartir el documento que ellos utilizan** que se lo estaré compartiendo una vez me lo envíen María Victoria me informa que hoy en la tarde o mañana me lo enviará⁸. (...) . (Se destaca)

- El 18 de marzo de 2014, la señora Cecilia Toro,- Coordinadora de Crédito y cartera de Scribe, le envió, a Ángela Zapata, Gerente comercial de Scribe, el siguiente correo:

“Quiero confirmarle que nosotros en el comité no solamente evaluamos temporadas puntuales **nosotros evaluamos todo el historial de los clientes** y cuando yo envié la cartera para evaluar en el comité se envió con corte a febrero 28-2014.

De los clientes anexos quiero comentarle que PAPELERIA CUCUTA Presenta varias transferencias de mercancías en el mes de marzo por valor de 8.433.799, las devoluciones y el rebate el cliente ya se las había descontado en febrero y quedaron incluidas en el reporte. Actualmente a pesar que ya le tramitaron las notas de devoluciones y se descontó el rebate nos debe 15.757.000

LIBARDO GARCIA pago el 14 de marzo de 2014 y a la competencia le pago anticipado

OFIEXPRESS se le vendió en marzo-2013 efectivamente, pero en el comité tenemos que discutir el historial y a nosotros nos pagó a 60 días y la competencia bien

TODO EN ARTES: Pago bien a la competencia(Carvajal) y a nosotros nos debe 88 millones y lo proyectado por el cliente es cancelarnos 10 millones semanales.

CANDUM. temporadas anteriores pago bien a la competencia, y a Scribe le pagó las temporadas anteriores en promedio a 90 días aún nos debe 20 millones de la temporada A 2013

La idea es compartir con ustedes lo que se discute en los comités de crédito y cartera y buscar la mejor manera de hacer las cosas⁹.

⁸ Folio 5659 del archivo denominado “Informe Motivado” adjunto en el disco duro obrante a folio 280

⁹ Folio 5660 del archivo denominado “Informe Motivado” adjunto en el disco duro obrante a folio 280

Así, de los correos antes relacionados puede colegirse los siguientes hechos: (i) La señora María Elisama Puentes conocía sobre la existencia de las sesiones del comité de crédito del sector papelerero; (ii) La precitada participaba en los mencionados comités, tal como se desprende del correo electrónico en el que afirmó: “*Te adjunto los lineamientos del comité de crédito del sector papelerero en el cual solo participan las personas del área de crédito de las empresas*”; Y (iii) tales reuniones se habrían realizado desde el 2011 y hasta, al menos, el año 2014.

Precisado lo anterior, es menester esclarecer cuáles eran los temas que se trataban en los comités de créditos antes referidos, con miras a determinar si la información allí compartida evidencia una práctica restrictiva de la competencia.

Con ese propósito, y de las pruebas antes relacionadas, se observa que, los denominados “comités de crédito”, eran reuniones en donde se citaban a determinadas empresas del sector papelerero y se exponía información puntual de los clientes de las empresas Carvajal y Scribe, entre otras.

Es así como se advierte que se compartía información de los clientes, tal como: nombre, ciudad, cupo, plazo, y se hacían comentarios referentes al seguimiento de cobro, aumentos de cupo; como también, anotaciones acerca del endeudamiento y comportamiento de pago. Así mismo, se realizaban comparativos entre las empresas competidoras, con miras a saber, respecto a los clientes, a cuál de las empresas sí se le había pagado y frente a cuál se presentaba endeudamiento.

Aunado a ello, del material probatorio del plenario, se colige que la señora María Elisama sostenía conversaciones con empleados de Scribe en los que compartía información atinente a estrategias para realizar descuentos financieros¹⁰.

De lo anterior, se infiere que, el intercambio de toda la información financiera tenía la potencialidad de permitir que, las empresas concededoras de la misma pudieran prever el comportamiento del mercado, en tanto revisar el historial crediticio de los clientes, les permitía discriminar a los que incurrían en mora. Por lo que podían, de manera anticipada, evaluar la asignación de créditos y cupos; situación que limitaba el riesgo al que se sometían las compañías.

De esa manera, es claro que la empresa Carvajal tenía la potestad de escoger a los clientes que les eran más favorables, situación que conllevaba a que pudiera anticipar la forma de tratarlos en aras de generar una certidumbre financiera, y que la empresa tuvieran la posibilidad coordinar el mercado.

Aunado a ello, es diáfano que, dado que la información se compartía únicamente en los “comités de crédito” y que a estos solo asistían determinadas empresas, la información no era pública, lo que impedía que otras empresas tuvieran acceso a ella y compitieran en condiciones de igualdad ante el riesgo crediticio que asumían.

Así las cosas, resulta válido inferir que la señora María Elisama era la gerente nacional de crédito de Carvajal, y que conocía no solo de la existencia de los comités de crédito, sino también de la naturaleza de la información que se compartía en los mismos. De ahí que incurriera en un acto restrictivo de la libre competencia, al facilitar dichas prácticas.

Dilucidado lo anterior, es claro que el argumento de la parte actora referente a que las “muestras discutidas” no tendrían información concluyente y significativa para ser considerada base de un acuerdo anticompetitivo pierde fuerza, pues como se observó, de las pruebas obrantes, puede advertirse que existía un flujo de

¹⁰ folio 5561 del archivo denominado “Informe Motivado” adjunto en el disco duro obrante a folio 280

información entre Carvajal y Scribe, en donde se analizaba el comportamiento crediticio de los clientes, con miras a anticipar una respuesta coordinada que permitía que las mencionadas empresas limitaran su riesgo en el mercado.

De otro lado, y en lo atinente a la tesis de la actora según la cual el mercado objeto de estudio de los comités de crédito era el financiero y no el de los cuadernos, debe decirse, como bien fue advertido en precedencia, que la demandada determinó que la señora Elisama Puentes Cañón incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y tolerado la práctica restrictiva de la competencia desarrollada por las empresas Carbajal, Kimberly y Scribe, prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En ese razonamiento, basta con que se haya corroborado dicha práctica restrictiva por intercambio de información financiera para adjudicarle responsabilidad a la actora, de ahí que sea irrelevante analizar y especificar si los clientes cuya información era puesta en conocimiento de los comités de crédito pertenecía al mercado de los cuadernos. En ese contexto, los cargos analizados carecen de vocación de prosperidad.

3.2 ¿La Superintendencia de Industria y Comercio interpretó en forma errónea, el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, toda vez que, no habría considerado que el intercambio de información por parte de los competidores, no constituye por sí mismo una conducta anticompetitiva?

Consideró, el demandante, que la Superintendencia de Industria y Comercio habría realizado una interpretación errónea del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, habida cuenta que, el intercambio de información realizado en el comité de crédito, por parte de los competidores, no podría ser considerado por sí mismo una conducta anticompetitiva, sino, solo un indicio de la misma.

Al respecto, debe indicarse que la referida norma, regula:

“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”. (Se destaca)*

A su vez, el artículo 47, numeral 1°, del Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”, prevé:

“ARTÍCULO 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: 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto*

determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. (Se destaca)

Igualmente, el artículo 45, numeral 1, del citado Decreto regula

*“ARTÍCULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones: 1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, **concertación, práctica** concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas*

En ese contexto, se resalta, que la señora Puentes Cañón fue sancionada porque, siendo Gerente Nacional de Crédito de Carvajal, participó en los comités de crédito en los que fue compartida información sobre “*el comportamiento de pago de los clientes morosos y riesgosos*”. Así mismo, se probó, que compartió con sus competidores información respecto a los descuentos financieros de la empresa Carvajal, por lo que se dedujo, colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró una práctica restrictiva de la competencia

En atención a lo dispuesto, es claro que, si bien el intercambio de información, *per sé*, no puede ser considerado una conducta anticompetitiva, tal razonamiento cambia si se tiene en cuenta la calidad de la información que fue compartida.

En efecto, tal como tuvo lugar de indicarse en precedencia, dicha calidad, para el caso concreto, obedece a información de contenido financiero que pretendía hacer un estudio del historial crediticio de los clientes, situación que, a la postre, permitiría determinar las condiciones en las que se otorgaban créditos y cupos. De ahí que, tal comportamiento no pudiera considerarse solo como un indicio contra la libre competencia, sino también como la evidencia de una práctica anticompetitiva.

Por tanto, el presente cargo se niega.

3.3. ¿La entidad demandada, aplicó en indebida forma el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, por cuanto, fundamentó su interpretación en los parámetros fijados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, lo cual, no era procedente para el caso de la demandante?

Inicialmente, se advierte que, la parte censora consideró que la accionada, habría estimado que la norma aplicable al caso concreto sería el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y para establecer su transgresión había seguido los parámetros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE, siendo que, para ese entonces, Colombia no era miembro de la aludida Organización.

En ese tenor, y para resolver lo pertinente, se debe acudir a la resolución sancionatoria, en la que se advierte que, en el acápite de “*consideraciones generales*”, la Superintendencia adujo:

“La economía social de mercado es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le

atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

(...)

Se desprende de las normas constitucionales citadas, que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, productores en los distintos mercados que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica además de ser un derecho subjetivo individual, constituye además un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

Al respecto indicó la Corte lo siguiente:

"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.

(...)

De acuerdo con la OCDE:

"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo" (...)

En efecto, la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. (...) (Se resalta).

En ese contexto, es claro que, la entidad accionada, en las consideraciones que soportan el acto, explicó, que el ordenamiento jurídico colombiano protegía la libre competencia económica como un derecho colectivo, por corresponder a un principio rector de la economía "*que involucra reglas de comportamiento de los agentes económicos*".

Así mismo, para explicar la importancia de dicho derecho se refirió a lo establecido en la "*Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia*" de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos -OCDE.

No obstante, se advierte que, el aparte concerniente a la OCDE que fue citado, no tiene el alcance dado por el censor. Como quiera que solo fue inserto como un planteamiento retórico para enfatizar en la importancia de la libertad de competencia económica. No así de este se dedujo alguna premisa sobre la cual se edificara la sanción propiamente dicha. En tal sentido, tal cita fue inocua.

Aunado a ello, este no se consolidó como el único fundamento de las consideraciones, pues puede evidenciarse que la Superintendencia demandada también acudió a lo establecido en la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Igualmente, se observa que, aunque la parte actora estimó que, con miras a establecer la transgresión del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la demandada se habría ceñido a lo establecido por la OCDE, lo cierto es, que para adjudicar la responsabilidad de la señora Puentes Cañón, la autoridad accionada realizó un análisis del acervo probatorio que daba cuenta de su participación en una conducta anticompetitiva, por lo que dicho argumento no puede ser aceptado por este Despacho.

Así las cosas, el cargo deberá negarse.

3.4 ¿Incurrió, la Superintendencia de Industria y Comercio, en violación al debido proceso, por cuanto, no precisó el verbo rector de la conducta imputada a la demandante?

Para empezar, debe precisarse que, la parte censora consideró que la Superintendencia accionada habría sancionado a la señora María Elisama por haber "*colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado*" una conducta anticompetitiva, sin que hubiera especificado puntualmente cuál era el verbo rector de la conducta, siendo que estos serían excluyentes entre sí.

Así las cosas y revisado el acto sancionatorio, se desprende que en este se estableció:

(...) En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que MARÍA ELISAMA PUENTES CAÑÓN incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1990 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado, tolerado y autorizado la práctica restrictiva de la competencia desarrollada por

CARVAJAL KIMBERLY y SCRIBE prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) (...) ¹¹

De lo esbozado en precedencia, es claro que, la demandada adjudicó en conjunto los verbos rectores en los que consideró, incurrió la demandante, con sujeción a lo regulado en la Ley 1340 de 2009, que prevé:

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. (Se destaca)

Así las cosas y de la revisión de la norma antes citada, se advierte que ésta exige que el responsable haya incurrido en cualquiera de las conductas esbozadas, o en todas ellas, dado que conforman una conjunción copulativa. En tal sentido, y contrario a lo considerado por la parte actora, los verbos rectores antes señalados pueden no solo entenderse en un sentido excluyente e individualizado, sino, también incluyente, dado que, dentro de la infracción a las conductas propias a la protección de la libre competencia, en su desarrollo pueden haber varias simultáneamente, esto es, colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y tolerar.

De manera que, la autoridad demandada bien podía atribuir en un solo conjunto todas ellas, por estar ligadas y tener interdependencia. Más aun, cuando se encuentra demostrado que la actora, debido al cargo que ejerció en la empresa Carvajal, como gerente nacional de crédito, pudo incurrir en todas esas actuaciones, mismas que derivaron en prácticas anticompetitivas del mercado financiero del sector papelerero.

En tales condiciones, se colige que el presente cargo no tiene vocación de prosperidad.

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 de la señora María Elisama Puentes Cañón, la presunción de legalidad que acompaña a los artículos enjuiciados de la Resolución No. 54403 de 2016, expedida 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

¹¹ Folio 126 reverso del expediente

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,

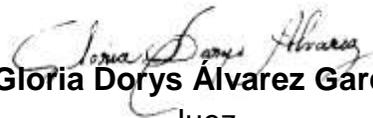
FALLA

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.

NOTIFÍQUESE¹² Y CÚMPLASE


Gloria Dorys Álvarez García
Juez

Firmado Por:

Gloria Dorys Alvarez Garcia

Juez

002

Juzgado Administrativo

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:

520488b644450d2e13f733200259fd8ab95b84073a1ab6e5077f1fda3ee03064

Documento generado en 27/08/2021 10:42:15 AM

Expediente No. 11001-33-34-002-2017-00145-00
Demandante: María Elisama Puentes Cañón
Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio
Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Sentencia

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