

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 6

Bogotá, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO:	11001-33-41-045-2017-00112-00
DEMANDANTES:	ALVARO DE JESUS LOPEZ MORENO
DEMANDADOS:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede el Despacho a resolver lo que en derecho corresponda dentro del proceso de la referencia, previos los siguientes

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

El señor Álvaro de Jesús López Moreno, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, previos los trámites de un proceso ordinario, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante la -SIC:

“PRETENSIONES.

(...)

1. Pretensiones Principales:

Como pretensiones principales pido señor juez que se acceda a las siguientes:

Primera principal: Que se declare la nulidad del artículo sexto de la resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se declaró que Álvaro de Jesús López Moreno, incurrió 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, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Segunda principal: Que se declare la nulidad del artículo decimo de la resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se declaró que Álvaro de Jesús López Moreno, incurrió 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, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 de la Ley 155 de 1959.

Tercera principal: Se declare la nulidad del artículo séptimo numeral 7.6 de agosto de 2016, la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se declaró que Álvaro de Jesús López Moreno, una multa por valor de \$ 6.894.550, equivalente a 10 SMLMV, confirmado 90560 del 29 de diciembre de 2016.

Cuarta principal: Se declare la nulidad del artículo décimo primero numeral 11.6 de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se impuso a Álvaro de Jesús López Moreno, una impuso (sic) una multa por valor de \$ 1.378.910, equivalente a 2 SMLMV, confirmado 90560 del 29 de diciembre de 2016.

Quinta principal: Como consecuencia de las anteriores peticiones, que se restablezca el derecho a Álvaro de Jesús López Moreno en el sentido de:

5.1 Ordenar devolver los montos de la sanción de \$ 6.894.550 y \$ 1.378.910, ajustadas según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA.

5.2 Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a devolver el monto pagado por Álvaro de Jesús López Moreno, como consecuencia del retraso en la devolución de los montos pagados como sanción.

5.3 Ordenar al Superintendente de Industria y Comercio que, a su costa, publique un aviso con las mismas condiciones en las que ordenó la sanción (artículo 17 de la resolución 54403 de 2016) a Álvaro de Jesús López Moreno, con el siguiente texto o el que el honorable Tribunal estime pertinente para restablecer su buen nombre:

“mediante resolución 54403 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, impuso una sanción a Eugenio Castro Carvajal, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 de decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009.

Sexta principal: Que, ante la inasistencia injustificada de la entidad demandada a la audiencia de conciliación, se apliquen las consecuencias jurídicas establecidas en el artículo 22 y el párrafo 1 del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010.

2. Peticiones subsidiarias

En subsidio de las peticiones principales, pido 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 en el sentido de ordenar devolver a Álvaro de Jesús López Moreno, el monto

de las sanciones de \$ 6.894.550 y \$ 1.378.910, ajustadas según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA.

2. HECHOS

Del escrito de demanda y los documentos aportados con ella, se desprenden las siguientes situaciones fácticas:

1º.- Mediante Resolución No. 7897 de 27 de febrero de 2015, la Delegatura Para la Protección de la Competencia de la -SIC inició una investigación en contra de las sociedades Carvajal Educación S.A. (en adelante “Carvajal”), Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante “Kimberly”) y, Scribe Colombia S.A.S. (en adelante “Scribe”) con el propósito de determinar si estas sociedades infringieron las disposiciones contenidas en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, es decir, acuerdos restrictivos de la libre competencia mediante la fijación directa o indirecta de precios, y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 relativo a la prohibición de conductas que afecten la libre competencia en los mercados. En el mismo acto administrativo se abrió investigación y se elevó pliego de cargos en contra de varias personas naturales, entre ellas, al señor Álvaro de Jesús López Moreno, quien se desempeñaba como gerente comercial de la línea económica de Carvajal.

2º - Surtida la etapa probatoria, la SIC profirió la Resolución No. 54403 del 18 de agosto de 2016, a través de la cual declaró infractoras a las sociedades investigadas por violación de lo dispuesto en numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al propio tiempo que declaró responsable, entre otras personas naturales, al señor Álvaro de Jesús López Moreno, por infracción del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por lo cual le impuso una multa por valor de seis millones ochocientos noventa y cuatro mil quinientos cincuenta pesos m/cte. (\$6.894.550), equivalentes a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. También lo declaró responsable de haber vulnerado el contenido del numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, conducta por la cual le impuso una sanción de multa por valor de un millón trescientos setenta y ocho

mil novecientos diez pesos m/cte. (\$ 1.378.910), equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3- Dentro del término legal, el señor Álvaro de Jesús López Moreno, entre otros, presentó recurso de reposición en contra del acto administrativo sancionatorio, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 90560 del 29 de diciembre de 2016, confirmando íntegramente el acto inicial.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En su escrito de demanda, la parte actora consideró como infringidas las siguientes normas jurídicas:

- Constitución Política, artículo 29.
- Ley 1437 de 2011, artículos 3.4 y 137.
- Ley 1564 de 2012, artículo 164 y 167
- Decreto 2153 de 1992, artículo 52
- Decreto 1074 de 2015, artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2

En virtud de la anterior acusación de normas jurídicas, la parte demandante expuso el concepto de su violación en los siguientes cargos:

Primer cargo – falsa motivación

El apoderado de la parte actora manifestó que el Superintendente Delegado para la Competencia, en las investigaciones por carteles empresariales eliminó la presunción de inocencia de los investigados, en la medida que les dio total credibilidad a las manifestaciones efectuadas por los delatores sin tener en cuenta las demás pruebas allegadas a la actuación administrativa, desconociendo con ello lo preceptuado en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012.

Respecto de la reunión con D'VINNI, en la cual, según lo dicho por la señora Ángela Zapata, estuvo presente el señor López Moreno, el demandante no discute que la misma se haya efectuado, sino el valor probatorio que le confirió la SIC a los temas tratados en ella. Indicó, además, que no resulta creíble la versión de la señora Zapata si se tiene en cuenta que en sus declaraciones no

precisa las fechas de las reuniones en las que alude participó el aquí demandante, en soporte de lo cual transcribió apartes de la declaración rendida por ella ante la SIC.

Segundo cargo– violación del debido proceso.

En esta censura, la parte actora recabó en el principio de la carga de prueba y su indivisibilidad con el debido proceso, reclamando que dichas garantías se debieron haber observado en el proceso sancionatorio seguido por la SIC en contra de la empresa Carvajal. En apoyo de su tesis citó jurisprudencia del H. Consejo de Estado respecto de la interpretación, contenido y alcance de la garantía comprendida en el artículo 29 de la Constitución Política.

En el caso concreto, censura la interpretación que le dio la SIC a la asistencia del señor López Moreno a unas reuniones, puesto que, en su sentir, de ello no se puede inferir que este haya colaborado, facilitado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

Resaltó, que la responsabilidad de las personas naturales es distinta a la de las personas jurídicas y se debe abordar a partir de su comportamiento, puesto que la prueba que incrimina a uno y otro no puede ser la misma.

Finalmente, indicó que no existe claridad en la imputación jurídica, como quiera que se le atribuyó la comisión de varias conductas enmarcadas en varios verbos rectores, los cuales considera excluyentes entre sí.

4. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal dispuesta para ello, el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio defendió la actuación administrativa. Para el efecto, realizó una introducción sobre la importancia de la libre competencia para la economía nacional y la grave afectación que genera para el interés general los acuerdos anticompetitivos, todo ello a la luz del artículo 333 de la Constitución Política.

En cuanto a las conductas anticompetitivas sustento de las sanciones, manifestó que dentro del proceso administrativo se encontró probada la existencia de un cartel conformado por Carvajal y Kimberly y luego Carvajal y Scribe, que afectó el mercado de cuadernos. Lo cual fue reconocido por dos de las tres empresas investigadas.

Puntualmente, frente a Álvaro de Jesús López Moreno, en su condición de gerente comercial nacional de la línea económica de Carvajal S.A., consideró que su participación no surge de hechos aislados, sino que estos deben articularse con los demás sucesos probados que evidencian la existencia del cartel, de conformidad con la sana crítica y las reglas de la experiencia, como elementos esenciales de la apreciación probatoria en conjunto.

Resaltó, que contrario a lo manifestado en la oposición al informe motivado, en el interrogatorio de parte efectuado el 4 de abril de 2015, el señor Moreno López aceptó que si se había reunido con funcionarios de Escribe en el Club de Ejecutivos de Cali. Sumado a ello, la SIC argumentó que, como prueba de la responsabilidad del demandante en las conductas anticompetitivas, obra dentro del expediente el correo electrónico del 13 de septiembre de 2011 dirigido a Carlos Augusto Soto Cardona en cuyo texto se extrae que averiguaba sobre el rol a desempeñar en una reunión próxima a esa fecha, sumado a la asistencia probada a las reuniones llevadas a cabo entre Carvajal y Escribe los años 2012 y 2013.

Finalmente, la SIC se opuso a la argumentación de la demandante referida a la violación del debido proceso como consecuencia no haber efectuado en la resolución de apertura de la investigación una imputación jurídica clara, frente a lo que argumentó que en la Resolución No.7897 del 27 de febrero de 2015 se formuló pliego de cargos en contra de Carvajal S.A., y otras, por la supuesta infracción del artículo 46 y numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, acotando que idéntica imputación se realizó en contra de las personas naturales sujeto de investigación, entre ellas, el señor Álvaro de Jesús López Moreno.

ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 14 de junio de 2017 (fl. 260), con auto del 12 de julio de 2017 se admitió la demanda y se ordenó notificar a las partes, (fol. 262 y 263 del expediente).

La providencia mencionada se notificó por correo electrónico el 15 de agosto de 2017 a la entidad demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, al Ministerio Público y a la parte actora (fl. 266 a 270 del expediente).

El 19 de octubre de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio, contestó la demanda con oposición a las pretensiones de esta (folios 279 a 301 del expediente).

El 23 de marzo de 2018, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que se agotaron las etapas correspondientes, en el siguiente orden: i) saneamiento del proceso, en donde se advirtió que no se observaba irregularidad procesal alguna que afectara lo actuado, frente a lo cual las partes estuvieron de acuerdo; ii) fijación del litigio, de donde se hizo referencia a los hechos y cargos expuestos por las partes y se definieron los problemas jurídicos a resolver; iii) de conciliación, que se dio por agotada por falta de ánimo conciliatorio; v) medidas cautelares, en la que no hubo lugar a decretar ninguna; y iv) decreto de pruebas, aquí se incorporaron los documentos aportados por las partes, se negó por extemporánea la prueba documental referida a que se oficiara a la SIC para que allegara dos expedientes administrativos distintos al que concita este proceso y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de pruebas (fls. 310 a 313 del expediente).

El 24 de mayo de 2018 (fls. 463 y vuelto del expediente) se recaudaron las pruebas decretadas, se declaró cerrado el periodo probatorio y se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

De esta oportunidad procesal hicieron uso los apoderados de las dos partes en controversia, reiterando en lo esencial los argumentos esgrimidos en el escrito de demanda y su contestación. Sin embargo, la parte actora ahondó en la presunta vulneración del derecho de defensa, en la medida que, según dice, la SIC invirtió la carga de la prueba y le transfirió al investigado la obligación de demostrar que su participación en algunas reuniones no tenía un fin anticompetitivo. En esa misma línea, resaltó que las pruebas no fueron valoradas en su conjunto y solamente se les otorgó credibilidad a las manifestaciones de los delatores, sin detenerse a valorar siquiera una posible duda razonable en beneficio de los intereses del señor López Moreno. Al propio tiempo que cuestionó la presunta falta de congruencia entre el informe motivado, el acto de apertura de la investigación y el acto sancionatorio.

De otra parte, recabó en la falta de prueba acerca de la existencia de un cartel empresarial dedicado a la realización de acuerdos anticompetitivos, a la par que desestimó que dichas prácticas se hayan prolongado por espacio de 14 años. Cuestionó también, la veracidad de las declaraciones de Ángela Zapata y Juan Enrique Restrepo, pues en su criterio, contienen serias contradicciones que les restan credibilidad.

En síntesis, construyó una argumentación tendiente a desestimar que las reuniones en las que participó el señor López Moreno hayan tenido como finalidad disciplinar de manera concertada entre las empresas concernidas en la investigación administrativa, los precios de los cuadernos para escritura en la forma en que lo atribuyó la SIC en los actos demandados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público no rindió concepto dentro de este asunto.

6. PRUEBAS RELEVANTES

- Copia de la Resolución No. 54403 del 18 de agosto de 2016 por medio de la cual se impusieron unas sanciones por infracción al régimen de protección de la

competencia, dentro de las cual se sancionó a las empresas Carvajal, Kimberly y Scribe, juntos con unas personas naturales que hacían parte de estas sociedades, entre ellos, el señor Álvaro de Jesús López Moreno (fls. 32 a 166 del expediente).

- Copia de la Resolución No. 90560 del 29 de diciembre de 2016, por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 54403 del 18 de agosto de 2016 confirmándola de manera integral. (fl.33 del expediente administrativo).

- Copia del recibo de caja No. 17-005954 por medio del cual el señor Álvaro de Jesús López Moreno consignó en favor de la SIC el valor de la multa impuesta (fl. 27 a 29 del expediente).

- Copia de los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos demandados obrantes en 1 disco duro de 1TB S/N67B1T9SST3FB y 1 CD, que fueron allegados por la SIC.

7. CONSIDERACIONES

Revisado el proceso se encuentra que no se da causal alguna que pueda dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido y se procede a decidir sobre el fondo del asunto litigado, lo que se hará en primera instancia.

8. PROBLEMA JURÍDICO

Se ocupará el Despacho de establecer si son nulas o no las Resoluciones Nos. (i) 54403 del 18 de agosto de 2016; y (iii) 90560 del 29 de diciembre de 2016, proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio y; establecer, a título de restablecimiento del derecho, si hay o no lugar a ordenar la devolución del monto pagado por el actor por concepto de la multa impuesta y, si hay lugar o no a que la SIC publique un aviso de conformidad con el contenido inserto en el numeral 5.3 de la demanda.

Con base en los hechos narrados, las pruebas allegadas y las normas aplicables, deberá el despacho resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿Profirió, la Superintendencia de Industria y Comercio las resoluciones demandadas con falsa motivación?
- ¿Expidió, la Entidad demandada los actos acusados de nulidad con desconocimiento del debido proceso?

9. CASO CONCRETO

De conformidad con la fijación del litigio efectuada en desarrollo de la audiencia inicial, se tiene que en la presente controversia se debe determinar si los actos administrativos acusados se estructuran las siguientes censuras: (i) falsa motivación por inadecuada valoración probatoria (ii) violación al derecho al debido proceso por falta de valoración probatoria e indebida imputación de la conducta

De la lectura de los dos cargos propuestos, para el Despacho es claro que lo que el actor censura es la valoración probatoria efectuada por parte de la SIC para atribuirle responsabilidad por la realización de conductas que atentan contra la libre competencia, o, dicho en otras palabras, por haber hecho parte del llamado “cartel de los cuadernos” para escritura conformado entre Carvajal, Escribe y Kimberly. Por ello, tales reparos se resolverán de manera conjunta por contener un mismo eje temático y argumentativo.

9.1. TESIS DEL DESPACHO.

El Despacho negará las pretensiones de la demanda en tanto que de las pruebas allegadas al expediente se evidencia que los actos administrativos objeto de demanda, fueron debidamente motivados y fueron expedidos con apego a la garantía del debido proceso, con base en el análisis conjunto de todos los medios de prueba allegados a la actuación administrativa, de conformidad con las reglas de valoración probatorias propias de la demostración de esta clase de conductas y con arreglo a los criterios fijados por el H. Consejo de Estado en procesos de cartelización.

10. PREMISAS FÁCTICAS RELEVANTES.

Dentro del plenario se cuenta con las siguientes premisas fácticas relevantes:

- El señor Álvaro de Jesús López Moreno estuvo vinculado a la empresa Carvajal desde el año 1994 ocupando en los últimos años el cargo de Gerente Comercial Nacional de la Línea Económica. En desempeño de su cargo participó en una reunión con la Empresa Kimberly en el año 2006, en la que se discutieron temas atinentes a los precios de los cuadernos pertenecientes al segmento Premium, así como el comportamiento en el mercado de la empresa D'VINNI. Aspectos que se demostraron con la declaración de la señora Ángela Piedad Zapata Delgado rendida el 14 de julio de 2015.
- Mediante Resolución N° 7897 de 27 de febrero de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio formuló cargos contra el señor Álvaro de Jesús López Moreno, entre otros, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas anticompetitivas imputadas a la empresa Carvajal Educación S.A.S. (documento en formato PDF contenido en el disco externo con los antecedentes administrativos)
- Mediante Informe Motivado, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia recomendó declarar responsables a 14 personas naturales vinculadas a la empresa Carvajal, entre ellas, al señor Álvaro de Jesús López Moreno, (documento en formato PDF contenido en el disco externo con los antecedentes administrativos)
- La Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución N° 54403 de 18 de agosto de 2016, consideró que el señor Álvaro de Jesús López Moreno, entre otros, había participado en conductas anticompetitivas, lo que encontró probado del contenido de unos correos electrónicos y del testimonio de la señora Ángela Piedad Zapata Delgado en su condición de Gerente Comercial de Escribe y del señor Silvio Alberto Castro, Gerente General de Escribe.

- Por medio de la Resolución N° 90560 de 29 de diciembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió los recursos de reposición contra la decisión anterior, confirmando lo decidido para el señor (documento en formato PDF contenido en el disco externo con los antecedentes administrativos).

11. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA LIBRE COMPETENCIA, SOBRE LAS CONDUCTAS QUE INFRINGEN DICHO REGIMEN Y LA FORMA DE PROBARLAS

El artículo 333 de la constitución política, dispuso lo siguiente:

“ARTICULO 333. 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.” (Resaltado fuera de texto)

Respecto del concepto de libre competencia, la Corte Constitucional, en la sentencia C-032 de 2017, expresó:

“La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de

personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.” (Resaltado fuera de texto)

En esa misma providencia, el Alto Tribunal señaló que la libre competencia comprende los siguientes elementos: *“(i)la posibilidad de concurrir al mercado,(ii)la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y(iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.”*

En ese contexto, puede entenderse que la libre competencia pre supone que existen varias empresas intentando conquistar un mercado de bienes y servicios, para lo cual, buscarán ofrecer las mejores condiciones a fin de captar la atención de los consumidores, quienes, a su vez, están en libertad de escoger la mejor opción entre el abanico de posibilidades que tienen a su alcance.

En contraste con lo anterior, se incurre en infracciones a la libre competencia cuando esas empresas, como actores dominantes en el mercado, deciden llegar a acuerdos sobre las condiciones y ventajas comerciales, limitando la oferta e impidiendo, total o parcialmente, que los consumidores puedan optar por diferentes opciones del mercado, dicha circunstancia se traduce en una práctica restrictiva de la competencia que en últimas afecta a los consumidores de los bienes y servicios ofertados, en una clara oposición de los postulados del artículo 333 constitucional.

Es por lo anterior, que este tipo de prácticas se encuentren proscritas en el ordenamiento jurídico¹ colombiano, como lo señaló el Consejo de Estado en providencia de 9 de agosto de 2018², así:

“Bajo tal marco, es muy importante señalar que se ha establecido un marco jurídico para la salvaguarda de la libre competencia en los diferentes mercados, estableciendo, por ejemplo, prohibiciones genéricas, la vigilancia especial de algunas empresas, las facilidades de intervención del Estado y la obligación que tienen algunas empresas de rendir informes a la SIC, de los cuales puede decirse actualmente que las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan, entre otros aspectos, lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales³.”

Así mismo, es pertinente señalar que el proceso administrativo sancionatorio, cuando se trata de prácticas restrictivas de la competencia asociada a acuerdos entre empresas, presenta particularidades que surgen de la naturaleza misma de la conducta que deben ser observadas antes de entrar a resolver los cargos de nulidad.

En principio, debe tenerse en cuenta que este tipo de infracciones no son realizadas por una sola persona, en efecto, los acuerdos empresariales, implican la participación no solo de dos o más personas jurídicas, sino, además, de los empleados de estas que son quienes realizan dicha concertación, en la medida que, si bien una empresa constituye una persona jurídica, ficción que la hace sujeto de derechos y deberes; lo cierto es que materialmente actúa por conducto

¹ Al respecto se resaltan la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, cuyas normas pertinentes serán citadas posteriormente.

² Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00334-01; Actor: Cementos Argos S.A. y Jose Alberto Vélez Cadavid; C.P. Rocío Araujo Oñate.

³ Esta posición se instituye actualmente en virtud de los parámetros del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, posterior a los hechos que son objeto de análisis en el presente caso pero en consonancia con los parámetros del marco de la ley 155 de 1959. El nuevo texto es el siguiente: > Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

de las personas naturales que en ella laboran, quienes son las que toman las decisiones y realizan los pactos irregulares.

En ese orden de ideas, una conducta cartelista constituye un todo en el que participan las empresas y se compone de las conductas particulares de aquellos sujetos con poder de decisión que participaron en los acuerdos anticompetitivos, sin que se puedan desligar estos últimos de la actividad ilícita de la empresa.

Con todo lo expuesto, se tiene que en el presente caso la Superintendencia de Industria y Comercio pudo corroborar, a partir de la delación realizada por empresarios de las sociedades Kimberly y Scribe, que desde el 2001 y hasta el 2014, la empresa Carvajal Educación celebró acuerdos anticompetitivos con dichas sociedades, hallazgo que no fue censurado en por la parte actora en la demanda. Por lo tanto, es claro que la infracción es una sola que perduró durante casi tres lustros, dentro de los cuales los empleados sancionados, a juicio del ente de control, tuvieron distintos momentos de intervención y grados de participación, sin que ello quiera decir que los directivos de las empresas involucradas que hubieren trabajado durante dicho lapso deban ser considerados culpables de facto; empero, sí constituye un punto de partida para demostrar a través de prueba indiciaria, la responsabilidad que les quepa por su participación, colaboración o tolerancia en esa actividad ilícita.

A efectos de lo anterior, las pruebas de las actividades individuales de los directivos sancionados, deben estudiarse en conjunto con los hechos probados respecto de la actividad de las empresas, con el propósito de efectuar una valoración integral y evitar de esta manera caer en interpretaciones de los hechos como si fueran conductas aisladas de los particulares sin relación alguna con la actividad de la sociedad a la cual se encontraban vinculados.

En torno a ello, el H. Consejo de Estado ha manifestado que este tipo de conductas cartelistas se prueban mediante indicios, así lo dejó sentado en la providencia de 19 de julio de 2018⁴, al señalar:

“Frente a la valoración de las pruebas que se encuentran en un proceso como el aquí adelantado, la Superintendencia en la Resolución 46111 de 2011 afirmó: “las pruebas arriba citadas deben ser interpretadas como la muestra de una

⁴ Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00690-01; Actor: SALUDCOOP Y OTROS; Carlos Enrique Moreno Rubio

cadena de acciones que en su conjunto componen la infracción acusada.”, de manera que las pruebas deben valorarse en su conjunto, para encontrar la prueba de la conducta investigada.

Lo anterior ya que como lo ha dicho esta Sección en oportunidades anteriores: “la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia”⁵.

Así las cosas, de la valoración de todos los medios probatorios en su conjunto se encontró que las demandantes le entregaron información desagregada y confidencial a ACEMI, la cual posteriormente fue recirculada entre las EPS agremiadas, razón por la cual fueron objeto de las sanciones impuestas en los actos demandados.”

En efecto, las conductas anticompetitivas por acuerdos entre empresas, suelen sustentarse en pactos no escritos en los que es difícil determinar puntualmente qué persona (natural) lo propuso y el grado exacto de participación en su cumplimiento.

En ese escenario, la prueba indiciaria constituye una herramienta de especial importancia para la entidad que ejerce las funciones de control y vigilancia en estos casos, por cuanto le permite partir de unos hechos ciertos (comunicaciones, encuentros, reuniones, correos electrónicos) y relacionando dichos sucesos particulares con el marco general de la conducta de las empresas, inferir la responsabilidad del sujeto en la práctica anticompetitiva.

11.1 ANALIS CONJUNTO DE LOS CARGOS DE FALSA MOTIVACIÓN Y VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO

Como se dejó sentado en el acápite del caso concreto, se resolverán de manera conjunta los dos cargos de los que se duele el actor respecto del procedimiento administrativo sancionatorio que culminó con la sanción que por esta vía se

⁵ Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, expediente 25000-23-24-000-2010-00291-01. M.P. Alberto Yepes

controvierte, en la medida que en lo esencial cuestiona la valoración probatoria efectuada por la SIC y la imputación jurídica efectuada en el pliego de cargos.

Bajo ese panorama, el Despacho recuerda que la falsa motivación a la que se refiere el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, entraña el control de los motivos o circunstancias de hecho y de derecho que tuvo en cuenta la administración para adoptar la respectiva decisión. La misma se configura, (i) en los eventos en los que la realidad no concuerda con los supuestos que se dieron por probados, bien porque no existieron o se valoraron de manera equivocada, (ii) porque se pasaron por alto circunstancias que estaban demostradas y que de haber sido apreciadas el asunto se habría definido de una manera diferente, o (iii) las reglas de derecho consideradas no hacen parte del ordenamiento jurídico o no existen en la forma en la que las consideró la administración⁶.

Ahora bien, en lo que al debido proceso se refiere, dicha garantía está plasmada en el artículo 29 de la Carta Política⁷, que propugna porque todas las actuaciones judiciales y administrativas se adelanten con respeto del derecho de audiencia y defensa, lo que implica para las autoridades el deber de proceder de conformidad con las competencias legalmente otorgadas, conforme a leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, permitiendo a los investigados la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión.

En lo que tiene que ver con las conductas que infringen la libre competencia, el artículo 4º numeral 16 del Decreto 2153 de 1992 contempla que son posibles de ser sancionados quienes desplieguen comportamientos de ejecución, autorización, facilitación, colaboración o tolerancia, frente a conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia. Dentro de tales conductas

⁶ Frente a la falsa motivación, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia del 12 de octubre de 2011, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, dentro del proceso con radicado No. 68001-23-31-000-2008-00066-01, indicó lo siguiente: *"La falsa motivación, como causal de anulación de los actos administrativos, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición"*.

⁷ **"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)"**. (Negrilla fuera del texto)

restrictivas de la libre competencia se encuentran la contemplada en el numeral 1º del Decreto 2153 de 1992, así:

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

En complemento de la norma transcrita, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, dispone:

“ARTÍCULO 1º.Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. ***El nuevo texto es el siguiente:*** 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. (...)

De las normas en cita, queda claro que el Decreto 2153 de 1992 contiene una prohibición expresa respecto de la existencia de acuerdos cuyo objeto sea fijar de manera directa o indirecta precios, a su vez, la Ley 155 de 1959 impone una prohibición general respecto de cualquier convenio que pueda limitar la producción, abastecimiento, distribución, consumo de materias primas, productos, entre otras.

Aterrizando en las inconformidades planteadas por el apoderado de la parte actora, se tiene que, sus cuestionamientos están dirigidos a la actividad probatoria desplegada por la SIC, puesto que, en su criterio, con las pruebas allegadas al expediente no se logra derruir la presunción de inocencia de la que goza el investigado. Sumado a ello, expuso, que la aquí demandada dio por ciertas las versiones ofrecidas por los delatores, sin efectuar valoración de las

pruebas que en su defensa aportó el señor Álvaro de Jesús López Moreno, ni realizar un valoración conjunta e integral del material probatorio obrante en la actuación administrativa, proceder que considera violatorio del artículo 176 de la Ley 1564 de 2012.

En este punto es importante poner de presente que la parte actora no discute la realización de las reuniones con los grupos D'AVINNI y Scribe, sino que, su argumento está direccionado en demeritar la versión ofrecida por la señora Ángela Zapata respecto de la asistencia y participación del señor López Moreno, restando credibilidad a lo depuesto por ella, bajo el argumento de haber incurrido en varias imprecisiones y, que, además, en esa reunión no se llegó a ningún tipo de acuerdo. Igualmente reparó en la interpretación que la SIC le dio a la declaración del señor Fernando Rincón Velasco y a los correos electrónicos cruzados entre ellos, pues en su sentir, la reunión celebrada a finales de año 2011 no tuvo por objeto unificar el precio de los cuadernos del segmento premium. sumado a ello, resaltó que todos los empleados de Carvajal negaron haber participado en reuniones con Escribe para llegar a acuerdos de precios.

En complemento con lo anterior, el apoderado del actor adujo que se le vulneró el derecho de defensa al señor López Moreno, en la medida que la SIC dedujo que de su simple participación en unas reuniones había incurrido en prácticas relativas a la violación de normas de la protección de la competencia.

Como se puede apreciar, la parte actora no desconoce la existencia de los correos electrónicos ni la participación del señor López Moreno en las reuniones con personal del grupo Scribe, sino que su línea argumentativa se encamina a intentar desvirtuar el alcance probatorio que la SIC les confirió en la investigación. Frente a ello afirma que las reuniones fueron de corte social y que tanto los encuentros como los mensajes cursados tenían propósitos diferentes a la realización de pactos contrarios a la libre competencia.

En atención a los censuras alegadas por la parte actora, a juicio del Despacho, el asunto se contrae a una discusión eminentemente probatoria, en la medida que lo que se discute es la interpretación efectuada por la SIC al conjunto de pruebas que fueron allegadas a la actuación, bajo el argumento que solamente se tuvieron en cuenta algunas que apoyaban la tesis de la administración y se

dejaron de valorar otras que propugnaban por la demostración tanto de la no configuración de acuerdos anticompetitivos, como de la no participación del señor López Moreno en los supuestos actos de colusión.

Lo primero que se debe poner de presente, es que la SIC, con base en las pruebas obrantes en el expediente administrativo sancionatorio, pudo determinar la existencia de un cartel empresarial dentro la industria de los cuadernos para escritura, que no solo afectó el mercado colombiano, sino que tuvo alcances internacionales en países como México, Perú, Ecuador y Venezuela. Dicho cartel, estuvo conformado inicialmente por las sociedades Kimberly y Carvajal, entre los años 2001 a 2011, y Scribe y Carvajal entre el 2011 al 2014.

En este punto, resulta pertinente resaltar que las sociedades Kimberly y Scribe se acogieron al programa de beneficios por colaboración establecido en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, dentro del cual confesaron su participación en prácticas restrictivas de la libre competencia relacionadas con acuerdos anticompetitivos a los que llegaron con la sociedad Carvajal durante más de 10 años. En desarrollo de dicho programa los empleados de esas dos compañías aportaron correos electrónicos, documentos y conversaciones que determinaban el entramado de colusión que se había formado para disciplinar los precios del mercado de los cuadernos. En ese sentido, los delatores se reafirmaron en sus dichos en las ratificaciones de declaración que rindieron ante la SIC, en las que ofrecieron información precisa acerca de la forma y el funcionamiento de los anómalos acuerdos.

Como prueba fundamental del inicio de la cartelización, obra en el expediente un correo de fecha 21 de agosto de 2011 (fl. 51 vuelto) del señor Germán Varela, para esa época gerente comercial de Bico Internacional, dirigido a Gladys Regalado, del grupo Carvajal, misiva de la cual la SIC tuvo por probado el inicio de una serie de pactos entre empresas que se supone debían competir de conformidad de las reglas del mercado, pero que se coludieron en su propio beneficio. En el citado correo, luego de hacer referencia a una reunión sostenida días anteriores en la ciudad de Guayaquil (Ecuador) con el presidente de la sociedad Papelesa, textualmente se consignó: *“le mencioné que estamos ad portas de oficializar la lista de precios y condiciones para la temporada A-2002 y que consideramos oportuno tener una reunión con él esta semana en Bogotá o*

Cali, reunión esta con la participación de Uds. y las personas de Kimberly con el objeto básico de conocernos y acordar: - Precios netos a febrero de 2002 – Descuentos financieros – Prácticas comerciales (devoluciones, bonificaciones, etc.); adicionalmente, en dicho mensaje de datos se precisó (...) Le solicito el favor a Gladys Helena de contactar a Juan Enrique Restrepo de Kimberly para que este (sic) disponible para mañana, sujeto a mi confirmación”.

Para este Despacho, es clara la intención contenida este correo electrónico, que tal como lo determinó la SIC, no es otra distinta que efectuar una reunión entre competidores de un mismo mercado para llegar a unos acuerdos en cuanto a precios y descuentos, lo que por sí solo constituye un actuar contrario a las normas de la libre competencia económica. Luego, no es errada la conclusión a la que llegó la SIC en los actos administrativos demandados en cuanto a que los acuerdos anticompetitivos se gestaron desde el año 2001.

Aunado a este correo, dentro de la actuación administrativa se recibieron varias declaraciones de personas vinculadas con las empresas Kimberly y Scribe, entre las que resalta la rendida en el 26 de enero de 2015, por el señor Juan Enrique Restrepo Gaviria, en su condición de gerente de ventas de Kimberly (fl. 52), en la que reconoce haber participado a finales de diciembre de 2001 con varios directivos de la sociedad Carvajal en una reunión en la ciudad de Cali, en la que se efectuó un acuerdo en un sector de la línea de cuadernos económicos e iniciar un ciclo de reuniones de conformidad con las temporadas escolares.

Posteriormente, el 5 de febrero de 2002 Juan Enrique Restrepo, gerente comercial de Kimberly (fl. 52 vuelto), le envió un correo al presidente de esa misma compañía, en el que le manifestaba su intención de reunirse con las directivas de Bico y Norma, empresas pertenecientes al grupo Carvajal, para analizar el mercado de los cuadernos y optimizar su manejo. En este correo se deja claro que se han adelantado conversaciones con los señores Germán Varela, gerente comercial de Bico y los gerentes de norma y otros altos directivos de Bico, precisando que tal encuentro se realizaría el 14 de febrero de 2002 en el hotel los Girasoles de la ciudad de Cali (Valle del Cauca).

En cuanto al inicio de la fijación indirecta de precios entre las compañías coludidas, se cuenta con el correo electrónico remitido el 18 de febrero de 2002

por German Varela Villegas, gerente de mercadeo de Carvajal, dirigido a otros funcionarios de la misma compañía, en el cual textualmente indicó; *“De la reunión de las personas de Kimberly de la pasada semana quedó como objetivo principal el promover el aumento de precios en Venezuela, Colombia y Ecuador”* (fl. 53 vuelto). En el mismo sentido obran otros correos electrónicos de 25 de febrero de 2002 y 29 de agosto de ese mismo año (fls. 54 y vuelto) en los que se reafirman los acuerdos entre el grupo Carvajal y Kimberly para bajar el precio de los cuadernos.

Aparte de esa serie de correos, que indudablemente dan cuenta del inicio de unos acuerdos anticompetitivos, el señor Julián Enrique Restrepo, en su condición de gerente de ventas de Kimberly, en diligencia del 27 de mayo de 2015, cuyo extracto obra a folio 55 y vuelto del cuaderno 1, se ratificó en el hecho de que, a partir de la reunión de febrero de 2002, se continuaron efectuando ese tipo de encuentros de manera periódica de acuerdo con las temporadas escolares. Estas atestaciones fueron ratificadas por la señora Ángela Piedad Zapata Delgado, gerente comercial de Scribe, quien incluso afirmó que en una de esas reuniones se tomó la determinación de invitar a la empresa D´vini, para hacerlos partícipes de los acuerdos, información que también fue confirmada por la versión del señor Silvio Alberto Castro, quien en declaración rendida el 17 de junio de 2015, cuyo extracto obra a folio 56 vuelto, reconoció que entre Norma y Kimberly se venían adelantando reuniones, e incluso reconoció que al entrar al mercado D´vini se convocó al grupo Carvajal para que le contaran la forma de trabajar ese sector del mercado, es decir, el de los cuadernos por marcas.

En conclusión, para este Despacho queda claro, con base en las pruebas hasta aquí referidas, que la empresa Carvajal, de manera activa participó en acuerdos que tenían por objeto fijar políticas concertadas entre compañías competidoras en aras de afectar el libre desarrollo del mercado de los cuadernos, prácticas restrictivas que están prohibidas y que por ende son merecedoras de reproche.

Ahora bien, en cuanto a la apreciación de estas pruebas, para el Despacho no cabe duda que analizadas de manera conjunta conducen a determinar un designio unívoco de las empresas coludidas para lograr afectar el mercado por medio de acuerdos restrictivos de competencia. Además, bajo la óptica de la lógica y la sana crítica, no se observa interés distinto de los miembros de Kimberly

y Scribe de colaborar con las autoridades en el esclarecimiento de unos hechos reprochables, sin que se evidencie en sus declaraciones ánimo mendaz o torticero dirigido a afectar a la sociedad Carvajal; pues, por el contrario, las atestaciones de los declarantes coinciden con la información recolectada en las pruebas documentales, lo que conlleva que sean merecedoras de total credibilidad, siendo demostrativas del acuerdo ilegal de no competencia leal entre las empresas desde el 2001 hasta el 2014, en la forma que lo halló probado la SIC.

Teniendo clara la existencia del cartel empresarial, se efectuará el estudio de las conductas por las cuales fue sancionado el señor Álvaro de Jesús López, partiendo del correo electrónico del 13 de septiembre de 2011, el cual fue enviado por el actor en su condición de Gerente Comercial Nacional de la Línea Económica del Carvajal al señor Carlos Augusto Soto Cardona. En este mensaje electrónico se consignó lo siguiente: *“Carlos por favor me informas cual es la recomendación para esta reunión, cual es mi papel? Que debo decir, que no debo decir.”* En el asunto del mensaje claramente se lee *“reunioncon (sic) Scribe”*

Del contenido de ese correo, queda claro que el señor Álvaro de Jesús López Moreno asistía a reuniones con personas de la marca Scribe que para esa época era uno de sus competidores en el mercado de los cuadernos. Además de ello, también queda en evidencia que pedía instrucciones al entonces Gerente Comercial de Carvajal acerca de lo que debía y no debía decir en esa reunión, aspecto que desde luego hace emerger que el objeto de esta no era social sino eminentemente comercial.

En apoyo de lo anterior, dentro del expediente administrativo se cuenta con la declaración del señor Fernando Rincón de Velasco, director de Marketing para México y Centro América, quien en versión rendida el 3 de julio de 2015, indagado por la finalidad de las reuniones efectuadas con el grupo Carvajal manifestó: *“sí, el acuerdo fue precisamente no entrar en una guerra de precios, no competir en promociones de descuentos o de productos sin costo (...)”*. Sumado a ello, el señor Rincón de Velasco aceptó haber venido a Colombia en septiembre de 2011 para sostener una reunión con personas del grupo Carvajal, fecha que coincide con la del correo electrónico arriba referenciado en el cual el señor López Moreno solicitaba instrucciones acerca de lo que debía decir en una reunión con Scribe.

Otra prueba que demuestra el conocimiento y la participación en este tipo de reuniones por parte del señor Álvaro de Jesús López Moreno, lo constituye la declaración rendida por la señora Ángela Piedad Zapata Delgado, quien, en declaración del 14 de julio de 2015, afirmó que el aquí demandante asistió a una reunión con Kimberly en el año 2006, encuentro que tuvo por objeto, según la deponente, discutir temas del segmento Premium y el comportamiento en el mercado de D'VINNI. La deponente recuerda con claridad la asistencia del señor López Moreno a este encuentro, por cuanto indicó que fue su jefe cuando trabajaban en la empresa El Cid. La señora Zapata Delgado también da cuenta de otra reunión en la que participó el actor con el Grupo Scribe, en la que se acordó fijar una lista de precios que posteriormente fue enviada entre las partes vía fax.

Lo anterior, derruye el argumento que ha esbozado la parte actora acerca de la intención de los correos y la finalidad de las reuniones con algunos de sus competidores, como quiera que lo que se puede deducir es una sistematicidad de parte de Carvajal de fijar precios por segmentos de mercado que por supuesto afectan la libre competencia. Con todo ello, es dable establecer que el señor López Moreno sí sabía del comportamiento contrario a derecho que se venía gestando por parte de, por lo menos, Carvajal y Scribe, con el ánimo de influir negativamente en la libre competencia del mercado de los cuadernos en Colombia.

Uno de los argumentos de la parte actora es la supuesta falta de valoración integral de las pruebas que fueron adosadas a la actuación administrativa, en especial, de las declaraciones vertidas por las personas pertenecientes al grupo Carvajal como el rendido por la señora Gladys Helena Regalado. Frente a la veracidad de esta declaración, el Despacho concuerda con lo consignado por la SIC en los actos demandados, en la medida que sus manifestaciones no son acordes con las demás pruebas allegadas a la actuación, notándose un interés particular, que analizado desde la óptica de la sana crítica y la experiencia resulta normal, en aras de proteger los intereses de la empresa para la cual labora y los suyos propios, pero que de ninguna manera puede ser avalado ni otorgársele credibilidad para desvirtuar las pruebas documentales y las declaraciones que dan cuenta de la existencia del cartel empresarial.

En punto de la demostración del a existencia de un cartel empresarial, el Despacho recuerda lo señalado por el Consejo de Estado en providencia de 21 de junio de 2018⁸, así:

*“En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar **la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia.***

Esta metodología dio origen a la doctrina de las “prácticas conscientemente paralelas”, que tiene dos elementos fundamentales: (i) La ocurrencia de una conducta paralela; y (ii) la demostración del elemento consciente.

(...)

*En consonancia con lo anterior, para probar la existencia de casos de paralelismo consciente **es necesario demostrar, además del paralelismo, unos factores adicionales que no son otra cosa que indicios de la existencia de un acuerdo entre las compañías investigadas.***

*Estos indicios pueden ser **comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia.** Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc.” (Resaltado fuera de texto)*

En ese contexto, no es necesario que exista una prueba directa que de manera contundente demuestre la participación del señor López Moreno en las prácticas

⁸ Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00305-02; Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO; C.P. Alberto Yepes Barreiro

anticompetitivas, sino que, su compromiso se puede deducir del conjunto de pruebas y evidencias, que estudiadas en conjunto conducen a establecer que en efecto al aquí demandante sabía de las prácticas contrarias a la libre competencia desarrolladas por Carvajal, pues las reglas de la experiencia llevan a concluir que es normal que en esta clase de actuaciones se hable en clave y se intente eliminar cualquier rastro que pueda conllevar a la demostración de la existencia de la cartelización.

Ahora bien, en cuanto al reparo de la parte actora de la presunta negativa de la SIC para recibir el testimonio de las personas que prestaban sus servicios al grupo Carvajal, el Despacho concluye que no le asiste razón, si se tiene en cuenta que esas personas no podían ser tenidas como testigos, por cuanto eran parte de la investigación y, por tanto, su versión dentro del proceso se debía surtir bajo las reglas establecidas para la declaración de parte, como en efecto se hizo. Al respecto pertinente resulta recordar que el testimonio es aquella manifestación rendida por un tercio ajeno a los hechos pero que de alguna manera tuvo conocimiento del asunto debatido. A contrario sensu, en el *sub lite*, es claro que los empleados de la sociedad Carvajal no podían ser tenidos como testigos, como quiera que también estaban siendo objeto de investigación por los hechos de cartelización que finalmente conllevó a la expedición de los actos que por este medio de controvierten.

Así las cosas, se tiene que entre 2011 y 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio encontró probadas prácticas restrictivas de la libre competencia entre Carvajal y Scribe, conclusión del acto administrativo que no fue discutida en la demanda, sumado a que el señor Álvaro de Jesús López Moreno era consiente desde, por lo menos el año 2006 de dicho comportamiento por parte del grupo Carvajal, como ya se explicó.

Igualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio, cuenta con el testimonio del director general del grupo Scribe México, que señaló que en las reuniones que se celebraban, sí se llegaban a acuerdos⁹.

⁹ Íbidem 20 y 28, puntualmente al ser cuestionado el señor Báez sobre el objeto de las reuniones, manifestó: “Que yo tenga entendido sí se llegaban a acuerdos, a veces los acuerdos sí se cumplían, a veces no se cumplían”

Otra prueba contundente acerca del conocimiento directo y la participación del señor López Moreno en los acuerdos anticompetitivos, es la declaración rendida el 17 de junio de 2015, por la señora María Virginia Cabal Escobar, en su condición de gerente de mercadeo de Scribe, quien, respecto de una reunión efectuada en junio de 2013, manifestó: “Por parte de Scribe estuvimos Ángela Zapata, Silvio Castro y yo. Y por parte de Norma estuvo Jairo Nel Hernández, María Aleida Osorio, Álvaro López (...). El objetivo de esa reunión era definir los precios para salir a la temporada B-2013” (fl. 68), de cuyo contexto no queda duda acerca de la intención de los allí partícipes de llegar a unos acuerdos anticompetitivos para la temporada escolar del año 2013 en el calendario B.

En ese orden de ideas, considera el Despacho que la Superintendencia de Industria y Comercio no solo contaba con suficientes indicios y evidencias, sino con señalamientos directos de personas que participaron en distintas etapas de los acuerdos colusorios, que daban cuenta de la activa participación desde el año 2006 del señor López Moreno en esa organización.

Con todo ello, y contrario a lo manifestado por la parte actora, existen suficientes razones para considerar que la reunión de septiembre de 2011 no se limitó a un evento social, sino que hacía parte de las diferentes acciones desplegadas para restringir la libre competencia que se venía desarrollando entre Carvajal y Scribe para la fecha de los hechos.

A su vez, frente al reparo del demandante según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio está proscribiendo el derecho de reunión, el Despacho desestimaré de plano esta afirmación, por cuanto es evidente que el ente de control no sancionó al actor por el solo hecho de encontrarse con otras personas, sino porque dicho evento se realizó entre directivos de empresas competidoras, dentro de un contexto de prácticas anticompetitivas, que se sustentaba en acuerdos cuyo fin era concertar condiciones para el mercado.

En cuanto a la imputación de cargos, para el Despacho es claro que desde el inicio de la investigación se le atribuyó al señor López Moreno su presunta responsabilidad por haber infringido el contenido del numeral 1º del artículo 47 Decreto 2153 de 1992, por haber tolerado, facilitado o ejecutado prácticas restrictivas de la competencia en su condición de directivo del grupo Carvajal,

luego los señalamientos de su presunto compromiso de responsabilidad en la organización estaban definidos de manera diáfana desde el principio de la investigación, y era respecto de esas precisas conductas que debía ejercer su defensa, por lo que el argumento atinente a la vulneración de la garantía constitucional no cuenta con vocación de prosperidad. Además, el tipo sancionatorio contiene tres verbos rectores, alternativos, no necesariamente concurrentes, razón por la cual basta la demostración de una sola de las conductas descritas como prohibidas por las normas de competencia, para que se pueda sancionar al infractor, sin que sea necesaria la estructuración de todas ellas.

En este punto, el demandante citó algunas decisiones del H. Consejo de Estado en las cuales se analizó la garantía del debido proceso y la forma en la que en ciertas circunstancias se pone de manifiesto su desconocimiento por parte de las autoridades administrativas; sin embargo, en el caso concreto, tal y como se ha venido analizado a lo largo de esta providencia, esta garantía le fue respetada al señor López Moreno desde el inicio de la actuación administrativa, como quiera que se le informaron cuales eran la presuntas conductas por las cuales se le vinculaba al proceso administrativo sancionatorio. Sumado a que en desarrollo del proceso contó con todas las oportunidades para desvirtuar esos señalamientos y para aportar pruebas en favor de su tesis, sin que las mismas tuvieran la entidad suficiente para contrarrestar las pruebas que obraban en su contra, consistentes básicamente en correos electrónicos y declaraciones que daban cuenta de su participación en reuniones en las que se disciplinó el precio de los cuadernos para escritura.

En anuencia con lo anterior, lo que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha determinado en cuanto a la garantía contenida en el artículo 29 de la Constitución Política, es que a los administrados se les deben respetar las formas propias de cada procedimiento, permitiendo que puedan conocer las imputaciones que en su contra se efectúan y que puedan defenderse de las mismas de manera activa aportando los medios probatorios que consideren; lo que de ninguna manera implica que se le deban conceder la razón en todos los casos, en la medida que, precisamente la valoración probatoria consiste en determinar cuáles medios de convicción le proporcionan mayor certeza al juzgador, ejercicio hermenéutico propio de todos los procesos de tipo sancionatorio. Cosa distinta, sería cuando

de manera arbitraria se le impide al investigado conocer los hechos que se le imputan, o cuando, sin razón valedera se le niega el decreto y práctica de pruebas oportuna y legalmente pedidas, situación que en el caso bajo examen no se presentó.

Cabe aclarar que el aquí demandante no ostentaba un cargo cualquiera dentro del grupo Carvajal, sino que se desempeñaba como Gerente General de uno de los segmentos de esa empresa en el mercado de los cuadernos y desde esa posición participaba de las decisiones de la empresa, entre ellas las que tenían por objeto fijar de manera artificial los precios de los cuadernos en el mercado, de lo que es indudable la responsabilidad en los hechos por los cuales la SIC lo sancionó con la imposición de la multa que por este medio se controvierte.

Finalmente, referente a la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala Transitoria, el 27 de noviembre de 2018, que fue allegada por la parte actora el 19 de febrero de 2019 (fls. 479 a 498), considera el Despacho que las razones esgrimidas por esa corporación para declarar la nulidad de una sanción impuesta a una funcionaria de una EPS dentro de un proceso de colusión, lo fue por no haber encontrado ningún tipo de prueba de la que se pudiera determinar, por lo menos, la tolerancia de la señora en los acuerdos anticompetitivos, aunado a que la allí investigada era la suplente de un cargo directivo, cuya función se activaba solamente en los eventos en los que el titular no podía ejercer su función. Situación muy distinta, a la que se presenta con el señor López Moreno, de quien si existen evidencias serias y señalamientos directos de su participación en los acuerdos entre competidores del mercado de los cuadernos para escritura. Por ello, la referida sentencia no constituye, en modo alguno, una postura adoptada por ese Tribunal en cuanto las sanciones que la SIC les ha impuesto a las personas naturales que ejecutan o toleran las acciones colusorias.

Puestas las cosas en ese estado, es evidente que los actos demandados fueron motivados de conformidad con los hechos probados en desarrollo de la actuación administrativa, y son el reflejo del actuar contrario de derecho en cuanto a normas de libre competencia por parte de las empresas comprometidas y de las personas que las representaban, entre ellos la desplegada por el señor Álvaro de Jesús López Moreno.

Por lo anterior, los cargos de falsa motivación y de violación del debido proceso no tienen méritos para prosperar.

Corolario de todo lo expuesto, como la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados, se impone denegar las pretensiones de la demanda.

12.COSTAS

En criterio de este operador judicial, para el *sub-lite* procede la condena en costas de manera objetiva tal como lo disponen los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011, y el numeral 1º del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

Lo anterior, concretado en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, en providencia de siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso con radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14)¹¹. reiterada en la providencia de 18 de enero de 2018, dentro del proceso con radicación No. 44001233300020149003501 (15752016), en la cual, se acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, entre ellos que la parte resultara vencida en el juicio.

Así las cosas, se condenará entonces en costas a la parte demandante en virtud de lo establecido por las normas antes citadas y la jurisprudencia expuesta, por haber resultado vencida. Se fija el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, en la suma equivalente al 1% de las pretensiones indicadas en la demanda, según lo establecido por el numeral 1 literal a. del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA-16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

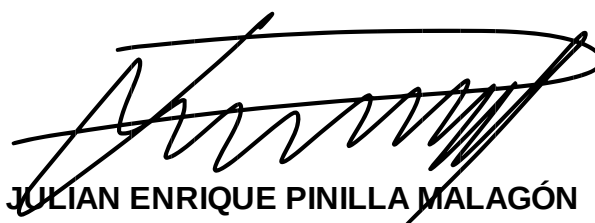
RESUELVE

PRIMERO. - NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos esbozados en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO. - CONDÉNASE en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada. **LIQUÍDENSE** por Secretaría. **FIJASE** el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, en la suma equivalente al 1% de las pretensiones indicadas en la demanda, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JULIAN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN
JUEZ

Firmado Por:

JULIAN ENRIQUE PINILLA MALAGON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 45 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

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:

26218d87136aae330de2a429a4f991f56bb4d39684af5c390dac22abe0c9ac30

Documento generado en 30/06/2020 12:40:50 PM