

Síntesis del caso: La sociedad Carvajal Educación SAS, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende la nulidad de los actos administrativos emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de los cuales se les declaró responsables de llevar a cabo prácticas comerciales restrictivas que infringieron la normativa relacionada con la libre competencia y se les impuso multa, por considerar que la demandada incurrió en la violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica, al debido proceso; la violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 por la caducidad de la facultad sancionatoria; falsa motivación y, violación al debido proceso respecto de los acuerdos de los precios y para no realizar activaciones en puntos de venta.

MEDIO DE CONTROL – Nulidad y restablecimiento del derecho / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO – Concepto – Valoración probatoria / LIBRE COMPETENCIA ECONÓMICA – Prácticas económicas restrictivas / ACUERDO ANTICOMPETITIVO – Concepto / ACUERDO COLUSORIO – Caducidad de la facultad sancionatoria / FALSA MOTIVACIÓN – Como causal de nulidad del acto administrativo / ACUERDO CONTRARIO A LA LIBRE COMPETENCIA - Prueba

Problema Jurídico: *“Determinar si con la expedición de los actos administrativos demandados la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 4° del artículo 3°, artículo 74 y 137 de la Ley 1437 de 2011; los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso; el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2 del Decreto 1074 de 2015 modificado por el Decreto 1523 de 2015, por cuanto al expedir los actos demandados la citada entidad incurrió en: a) Violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica, al debido proceso, por cuanto no se demostró que hubieren acuerdos y que se hubieren cumplido y que hubieran producido efectos dentro de los trece años y no existe una sola cifra en la resolución sancionatoria que demuestre la existencia de los acuerdos. b) Violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC respecto de los supuestos acuerdos entre Carvajal y Kimberly. c) Falsa motivación: respecto de las estrategias concertadas de comercialización entre Carvajal y Scribe, en relación con el acuerdo para la no venta de cuadernos en consignación, frente al acuerdo entre Carvajal y Scribe para la no recolección de unidades sueltas y la no refacturación de productos, así como para no entregar obsequios al consumidor final; en la determinación del acuerdo sobre el número de promotores por punto de venta; en no comprar espacios adicionales sobre la concertación de las estrategias financieras y de crédito; sobre la no venta de cuadernos “Ecoplus” de Scribe y “Expresarte”, respecto de la estimación teórica del daño potencial del cartel empresarial, a que el acuerdo para la fijación de precios se cumplió y tuvo un impacto en el mercado colombiano; d) Falsa motivación y violación al debido proceso respecto de los acuerdos de los precios y para no realizar activaciones en puntos de venta.”*

Tesis: *“(…) 4.1. Violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica y al debido proceso*

(…)

De conformidad con el artículo 1° de la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

(...)

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

(...)

En ese orden, la Corte Constitucional (en sentencia C-616 de 2001. Anota relatoría) ha considerado que, la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

(...)

De la revisión del contenido del acto acusado, se observa que, la SIC no solo analizó las pruebas sobre las cuales recalca la parte demandante, sino que, bajo la sana crítica estudió el material probatorio entre los cuales se encuentran dichas probanzas, así como la confesión de Kimberly y Scribe, donde se estableció la forma consensuada que los cartelistas empresariales fijaron de manera directa e indirecta los precios de los cuadernos de los segmentos premium, intermedio y económico, distorsionando gravemente el mercado, pues *“...una de las principales variables de competencia (el precio) dejó de ser un factor relevante para los agentes económicos involucrados en el cartel empresarial.”*

(...)

De modo que, la Sala no observa una valoración probatorias o estimación de las probanzas que desconociera el debido proceso o que se alejara de los principios de la sana crítica y libre apreciación, de formalidad y legitimad de la prueba, pues no solo se fundamentó en diversos medios de prueba directa (como los testimonios, documentos físicos y electrónicos, entre otros) sino, en la confesión de dos de las tres empresas sobre las cuales recayó la investigación administrativa por parte de la superintendencia demandada frente a las prácticas anticompetitivas reprochadas.

(...)

En efecto, son múltiples los elementos probatorios que acreditan la existencia de un “cartel empresarial” entre Carvajal y Kimberly y, con Scribe. (...)

(...)

4.2. Violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC respecto de los supuestos acuerdos entre Carvajal y Kimberly

(...)

De la revisión del acto acusado, se encuentra que el cartel empresarial fue uno solo en su ejecución, esto, pues si bien Scribe adquirió en 2011 la línea de cuadernos de Kimberly, el cartel continuó siendo el mismo, entre 2001 y 2011, con la participación de Carvajal y Kimberly, y posteriormente, pero sin solución de continuidad, entre 2011 y 2014, con la de Carvajal y Scribe.

Por tanto, se observa que, la práctica restrictiva reprochada se adelantó al menos desde 2001 y hasta 2014, independientemente de que las empresas vinculadas con Carvajal hubiesen variado.

Tal circunstancia corrobora la continuidad de la participación de la empresa demandante, pues precisamente del material probatorio recaudado por la SIC, en especial de las confesiones y delación de dos de las tres empresas participantes, la entidad demandada tuvo por acreditado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el cartel empresarial, que dieron cuenta de que no hubo solución de continuidad en la conducta acusada, la cual continuó ejecutando Carvajal al menos hasta 2014.

(...)

Por tanto, la conducta reprochada fue continua, aunque se diera inicialmente entre Carvajal y Kimberly y, luego entre la primera y Scribe, pues se trató de un mismo cartel empresarial que siempre tuvo como eje a la sociedad demandante, independientemente que la unidad del negocio lo ejerciera con las otras dos empresas en distintos periodos.

En consecuencia, no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, en atención a que se encontró demostrado que el cartel empresarial evitó que por más de trece años (2001 a 2014) los precios fueran el resultado de la libre competencia entre los agentes de mercado, generando condiciones adversas de manera ininterrumpida y continuada, cartel en el que Carvajal participó permanentemente y como co-cartelistas tuvo a Kimberly y Scribe.

(...)

4.3. Falsa motivación:

(...)

En lo atinente, la Sala observa que, tal argumento no se encuentra demostrado en el plenario, pues, por el contrario, en la investigación administrativa adelantada por la SIC se pudo determinar que, en efecto, entre los años 2001 y 2014 existió un acuerdo anticompetitivo para la fijación directa e indirecta de los precios de los cuadernos, en los que participó Carvajal y Kimberly (del 2001 al 2011) y, Carvajal y Scribe (del 2011 al 2014).

(...)

Así las cosas, se advierte que, los motivos que fundamentaron el acto administrativo acusado son ciertos y corresponden a las circunstancias de hecho y de derecho que sustentaron la decisión acusada, basados en pruebas directas e indirectas, tales como correos electrónicos, reuniones, declaraciones, entre otros, los cuales dieron cuenta de la existencia de los acuerdos entre las empresas involucradas en contravía de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. (...)"

Nota de relatoría: **1)** Frente al debido proceso en los procedimientos adelantados ante la administración, consultar sentencias de la Corte Constitucional C-467 de 1995 y C-025 de 2009 y del Consejo de Estado del 10 de marzo de 2011, Exp. 15666, C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth. **2)** Frente al derecho de defensa como componente del debido proceso, consultar sentencia del Consejo de Estado del 28 de noviembre de 2002, Exp. 14040, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque. **3)** Frente al derecho de la libre competencia, consultar sentencia de la Corte constitucional C-1125 de 2008. **4)** Frente a las prácticas restrictivas a la libre competencia, consultar sentencia del Consejo de Estado de 5 de diciembre de 2019, Exp. 25000-23-24-000-2012-00790-00, C.P., Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. **5)** Frente a la libertad de competencia económica y su alcance, consultar sentencia de la Corte Constitucional C-616 de 2001. **6)** Frente al principio de solidaridad social, consultar sentencia de la Corte Constitucional T-533 de 1992. **7)** Frente a la falsa motivación del acto administrativo como causal de nulidad, consultar sentencias del Consejo de Estado del 7 de junio de 2012, Exp. 11001-0324-000-2006-00348-00, C.P. Dr. Marco Antonio

Velilla Moreno (E), del 26 de junio de 2008, Exp. 68001-23-15-000-2001-01916-01 (0606-07), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y del 23 de junio de 2011, Exp. 11001-03-27-000-2006-00032-00 (16090), C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. **8)** Frente a los acuerdos contrarios a la libre competencia y su prueba, consultar sentencias del Consejo de Estado del 23 de enero de 2003, Exp. 25000-23-24-000-2000-00665-01 (7909), C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola y del 30 de noviembre de 2006, Exp. 25000-23-24-000-2002-00678-01, C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. **9)** Frente al régimen de protección de la competencia, consultar sentencia del Consejo de Estado del 21 de junio de 2018, Exp. 25000-23-24-000-2010-00305-02, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. **10)** Frente a la falsa motivación y su configuración, consultar sentencia del Consejo de Estado del 14 de abril de 2016, Exp. 25000-23-24-000-2008-00265-01, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

Fuente formal: CN artículos 29, 333; Ley 155/1959 artículo 1; Decreto 2153/1992 artículos 47, 45, 49, 44; Ley 1340/2009 artículo 14, 27; Decreto 2896/2010; CPACA artículo 188; Ley 2080/2021 artículo 47

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Magistrado ponente: ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Radicación: 25000-23-41-000-2017-00898-00
Parte demandante: CARVAJAL EDUCACIÓN SAS
Parte demandada: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto: SENTENCIA, PRIMERA INSTANCIA

Tema: Deniega pretensiones

Decide la sala la demanda presentada por Carvajal Educación SAS, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho regulado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en contra la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones:

La parte actora solicitó en el escrito de la demanda que se declare la nulidad por los siguientes motivos:

Peticiones Principales:

Primera Principal: Declarar la nulidad del artículo primero de la **resolución 54403 de 2016**, en el cual se determinó que Carvajal

Educación S.A.S infringió lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Segunda Principal: Declarar la nulidad del artículo segundo de la resolución 54403 de 2016, en el cual se determinó que Carvajal Educación S.A.S., infringió el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Tercera Principal: Declarar la nulidad del número 4.1 del artículo cuarto de la resolución 54403 de 2016, mediante el cual se impuso a Carvajal Educación S.A.S, multa por valor de \$12.410.190.000, equivalentes a 18.000 SMMLV, por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Cuarta Principal: Declarar la nulidad del número 5.1 del artículo quinto de la resolución 54403 de 2016, mediante el cual se impuso a Carvajal Educación S.A.S, multa por valor de \$2.413.092.500, equivalentes a 3.500 SMMLV, por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Quinta Principal: Declarar la nulidad del artículo décimo séptimo de la resolución 54403 de 2016, mediante el cual se ordenó a las personas naturales y jurídicas sancionadas la publicación de un aviso en un diario de circulación nacional.

Sexta Principal: Declarar la nulidad del artículo décimo octavo de la resolución 54403 de 2016, mediante el cual se negó la solicitud de decaimiento por pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 99262 de 2015 y del informe motivado.

Séptima Principal: Ordenar, a modo de reparación del derecho, que la Superintendencia de Industria y Comercio:

7.1 Reintegre a Carvajal Educación S.A.S el dinero pagado en virtud de lo previsto en el número 4.1 del artículo cuarto de la resolución 54403 de 2016.

7.2 Pague a favor de Carvajal Educación S.A.S los intereses corrientes que corresponda, sobre las sumas pagadas y de que se ocupa el número anterior, desde la fecha del pago respectivo y hasta que quede en firme la sentencia, a modo de actualización del valor.

7.3 Pague a favor de Carvajal Educación S.A.S los intereses moratorios que corresponda, sobre las sumas que se ordene reintegrar de que se ocupa el número 7.1 anterior y su actualización, número 7.2 desde que la sentencia quede en firme y hasta que efectivamente se haga el pago.

Octava Principal: Ordenar, a modo de reparación del derecho, que la Superintendencia de Industria y Comercio:

8.1 Reintegre a Carvajal Educación S.A.S. el dinero pagado en virtud de lo previsto en el número 5.1 del artículo quinto de la resolución 54403 de 2016.

8.2 Pague a favor de Carvajal Educación S.A.S. los intereses corrientes que corresponda, sobre las sumas pagadas y de que se ocupa el número anterior, desde la fecha del pago respectivo y hasta que quede en firme la sentencia, a modo de actualización del valor.

8.3 Pague a favor de Carvajal Educación S.A.S. los intereses moratorios que corresponda, sobre las sumas que se ordene reintegrar de que se ocupa el número 8.1 anterior y su actualización, número 8.2 desde que la sentencia quede en firme y hasta que efectivamente se haga el pago.

Novena Principal: Ordene la publicación de un aviso informándole a la opinión pública la parte resolutive de la Sentencia mediante la cual se decreten las nulidades que se piden, en las mismas condiciones en que Carvajal Educación S.A.S hizo lo propio en cumplimiento de lo ordenado en el artículo décimo séptimo de la resolución 54403 de 2016 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Décima Principal: Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del artículo 1 de la resolución 90560 de 2016 en cuanto confirmó la resolución 54403 de 2016, ambas proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Décimo Primera Principal: Se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho que correspondan.

Peticiones subsidiarias:

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

Primera Subsidiaria: En subsidio de la petición Primera Principal que se declare:

1.1 (s) Que la infracción al numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, no fue por un solo acuerdo de precios continuado, desde 2001 hasta 2014.

1.2 (s) Como consecuencia de la pretensión 1.1 (s) declare que se trató de 2 acuerdos, uno entre Carvajal Educación S.A.S. y

Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (sic) hasta 2011 y otro entre Carvajal Educación y Scribe S.A.S., desde 2011 hasta 2014.

Segunda Subsidiaria: En subsidio de la petición Primera Principal:

2.1(s) Como consecuencia de la petición primera subsidiaria, se decrete la nulidad parcial del artículo primero de la **resolución 54403 de 2016** en lo que hace al supuesto acuerdo entre Carvajal Educación S.A.S., y Colombiana Kimberly Colpapel S.A., hasta 2011.

2.2(s) Como consecuencia de la petición primera subsidiaria, se decrete la nulidad parcial del artículo primero de la resolución 54403 de 2016 en lo que hace al supuesto acuerdo entre Carvajal Educación y Scribe S.A.S., desde 2011 hasta 2014.

Tercera Subsidiaria: (En subsidio de la petición Tercera Principal): Se decrete la nulidad parcial del artículo cuarto de la resolución 54403 de 2016 en lo que corresponda, según lo pedido en las Peticiones Subsidiarias Primera y Segunda.

Cuarta Subsidiaria (en subsidio de la Séptima Principal): ordenar, a modo de reparación del derecho, que la Superintendencia de Industria y Comercio:

4.1(s) Reintegre a Carvajal Educación S.A.S la parte proporcional de lo pagado en virtud de lo previsto en el número 4.1 del artículo cuarto de la resolución 54403 de 2016.

4.2(s) Pague a favor de Carvajal Educación SAS los intereses corrientes que corresponda, sobre las sumas pagadas y de que se ocupa el número anterior, desde la fecha del pago respectivo y hasta que quede en firme la sentencia, a modo de actualización del valor.

4.3 (s) Pague a favor de Carvajal Educación SAS los intereses moratorios que corresponda, sobre las sumas que se ordene reintegrar de que se ocupa el número 4.1 (s) anterior y su actualización, número 4.2 (s) desde que la sentencia quede en firme y hasta que efectivamente se haga el pago.

Quinta Subsidiaria (en subsidio de la petición Segunda Principal): Se declare la nulidad parcial del artículo segundo de la prenombrada resolución, en lo que corresponda a cada una o todas de las siguientes conductas, señaladas por la Superintendencia de Industria y Comercio, con las cuales Carvajal Educación S.A.S supuestamente infringió el artículo 1 de la ley 155 de 1959:

(i) Haber acordado no vender productos en consignación;

- (ii) Haber acordado no admitir devoluciones de cuadernos en unidades sueltas;
- (iii) Haber acordado no refacturar las mercancías
- (iv) Haber acordado no entregar obsequios a consumidores;
- (v) Haber acordado reducir el número de impulsadoras
- (vi) Haber acordado disminuir su inversión en compra de espacios adicionales en cadenas de comercialización;
- (vii) Haber acordado estrategias financieras y de crédito, mediante el intercambio de información sensible en el marco de los denominados comités de crédito; y
- (viii) Haber acordado una restricción de abastecimiento y distribución de los cuadernos.

Sexta Subsidiaria (en subsidio de la petición Cuarta Principal): Se decreta la nulidad parcial del artículo cuarto de la resolución 54403 de 2016 en lo que corresponda, según lo pedido en la Petición Quinta Subsidiaria.

Séptima Subsidiaria (en subsidio de la petición Octava Principal): Ordenar, a modo de reparación del derecho, que la Superintendencia de Industria y Comercio:

7.1(s) Reintegre a Carvajal Educación SAS la parte proporcional de lo pagado en virtud de lo previsto en el número 5.1 del artículo quinto, en lo que corresponda a todas o algunas de las conductas con las cuales Carvajal Educación habría infringido el artículo 1 de la ley 155 de 1959 según se individualizan en la petición Cuarta Subsidiaria anterior.

7.2(s) Pague a favor de Carvajal Educación SAS los intereses corrientes que corresponda, sobre las sumas pagadas y de que se ocupa el número anterior, desde la fecha del pago respectivo y hasta que quede en firme la sentencia, a modo de actualización del valor.

7.3 (s) Pague a favor de Carvajal Educación SAS los intereses moratorios que corresponda, sobre las sumas que se ordene reintegrar de que se ocupa el número 7.1 (s) anterior y su actualización, número 7.2 (s) desde que la sentencia quede en firme y hasta que efectivamente se haga el pago.

Peticiones en defecto:

En defecto de las peticiones subsidiarias solicito que se acceda a las siguientes peticiones en defecto:

Primera en defecto: Declarar la nulidad del número 4.1 del artículo cuarto de la **resolución 54403 de 2016**, mediante el cual se impuso a Carvajal Educación S.A.S, multa por valor de \$12.410.190.000,

equivalentes a 18.000 SMMLV, por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y que se reduzca sustancialmente el valor de la multa, ordenando la devolución de la diferencia actualizada a valor constante.

Segunda por defecto: Declarar la nulidad del número 5.1 del artículo quinto de la resolución 54403 de 2016, mediante el cual se impuso a Carvajal Educación S.A.S, multa por valor de \$2.413.093.500, equivalentes a 3.500 SMMLV, por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y que se reduzca sustancialmente el valor de la multa, ordenando la devolución de la diferencia actualizada a valor constante.

2. Hechos:

La parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

Sostuvo que mediante Resolución 7897 de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio inició una investigación administrativa y formuló pliego de cargos contra Carvajal Educación SAS (Carvajal), Colombiana Kimberly Colpapel (en adelante Kimberly) y Scribe Colombia SAS (Scribe), por la presunta infracción a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y los artículos 46 y 47 del mencionado decreto. Asimismo se abrió investigación contra personas naturales vinculadas a dichas empresas.

Manifestó que el 8 de abril de 2016, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe motivado en el que recomendó declarar administrativamente responsables y sancionar a Carvajal, Kimberly y Scribe, por incurrir en la conducta descrita en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y declarar administrativamente responsables y sancionar a las personas naturales, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado esas conductas.

Adujo que, la SIC con la **Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016**, “[p]or la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras

determinaciones”, declaró que Carvajal y las otras empresas: i) violaron la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, ii) violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por lo que, se le impuso una multa pecuniaria.

Sostuvo que, según la SIC, existió un cartel empresarial continuo durante 14 años, desde 2001 hasta 2014 entre Carvajal y Kimberly, en un primer momento, desde 2001 y hasta antes de 2011; y entre Carvajal y Scribe en un segundo momento, después de 2011 hasta 2014. Durante este lapso, según la SIC Carvajal y Kimberly realizaron un acuerdo anticompetitivo para la fijación de precios de cuadernos para la escritura, el cual fue continuado con la empresa Scribe.

Precisó que con la **Resolución 90560 del 29 de diciembre de 2016**, la SIC, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo sancionatorio, confirmó íntegramente lo decidido mediante Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016.

3. Normas violadas y concepto de la violación

3.1. La parte demandante, para sustentar sus pretensiones adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas:

El artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 4° del artículo 3°, artículo 74 y 137 de la Ley 1437 de 2011; los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso; el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2 del Decreto 1074 de 2015 modificado por el Decreto 1523 de 2015.

3.2. La parte demandante planteó con la demanda los siguientes motivos de censura:

Sostuvo que, Kimberly, en 2011, le vendió a Scribe Colombia la línea de negocio de cuadernos. La sociedad compradora es una empresa mexicana diferente a Kimberly y que no tiene ninguna relación accionaria con ésta. A pesar de ello, como se consigna en

el hecho anterior, la SIC entendió que existió un solo acuerdo continuado de precios desde 2011 hasta 2014.

Mencionó que, la facultad sancionatoria caducó respecto de los hechos relacionados con el primer acuerdo entre Carvajal y Kimberly, esto es desde 2001 y hasta antes de 2011.

Refirió que, la SIC determinó que los acuerdos contrarios a la libre competencia fueron continuados, desde 2001 hasta 2014. Sin embargo, para llegar a esa conclusión, el ente sancionador debió demostrar cuáles fueron los hechos y los respectivos respaldos probatorios de cada acuerdo o acuerdos que se habrían realizado en cada uno de los años, lo cual no existe.

Agregó que, la SIC sólo le dio credibilidad a los testimonios y algunos correos electrónicos presentados por Kimberly y Scribe y las personas investigadas de esas 2 empresas, quienes eran beneficiarios del programa de beneficios por delación y no los contrastó con los testimonios y pruebas de Carvajal y de las personas investigadas de esta empresa. Al obrar de esa manera, la SIC dejó de lado la sana crítica y la valoración objetiva y ecuánime del acervo probatorio.

Manifestó que, desestimó sin contrastarla ni controvertirla, la evidencia económica aportada como prueba y los testimonios de expertos, que demuestran que no existen indicios de la existencia de acuerdos en el mercado o que de los estados financieros de Carvajal Educación se pueda evidenciar que hubo un acuerdo de precios.

Precisó que, la SIC desestimó los estudios, análisis y testimonios que evidencian que el mercado ha presentado un crecimiento de competidores, una disminución del precio de los cuadernos en términos reales y que Carvajal Educación perdió participación en el mercado en el período desde 2001 hasta 2014, lo cual es contraevidente con la existencia de acuerdos de precios.

Precisó que, en los estudios económicos aportados como prueba por Carvajal se concluye que los mercados de cuadernos son mercados

en competencia durante el período investigado y, por ende, se desvirtúa la imputación de la existencia de un mercado cartelizado.

Añadió que, la SIC no mostró ninguna prueba económica para respaldar la existencia de los acuerdos de precios que presuntamente se realizaron y no presentó pruebas de que los acuerdos se hubieran celebrado, ejecutado y cumplido durante los 13 años que afirmó.

Adujo que, la demandada no presentó pruebas respecto a que hubieran existido acuerdos continuados durante 13 años y los efectos que hubieran producido en el mercado. Solo presentó algunos testimonios y correos electrónicos descontextualizados que se acomodaron a esa versión.

Refirió que, la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta pruebas y argumentos de Carvajal que desvirtuaban los hechos investigados, incurriendo en violación al debido proceso, al derecho de defensa y en falsa motivación.

3.3. Por lo anterior, la parte demandante expuso los siguientes cargos de nulidad:

3.3.1. Violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica y al debido proceso

Para la empresa actora no se demostró que hubiere acuerdos y que se hubieran cumplido y que hubieran producido efectos dentro de los trece años y no existe una sola cifra en la resolución sancionatoria que demuestre la existencia de los acuerdos.

3.3.2. Violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC respecto de los supuestos acuerdos entre Carvajal y Kimberly.

Consideró que, si los acuerdos entre Carvajal y Kimberly fueron antes de 2011, transcurrieron más de 5 años y por tanto la facultad sancionatoria respecto de los acuerdos que se habrían dado entre esas 2 empresas se encuentra caducada.

Señaló que, los hechos y pruebas relacionadas con las conductas investigadas respecto de Carvajal y Kimberly que se encuentran plasmadas en la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016 se deben declarar nulas, puesto que los hechos deberán quedar supeditados a los ocurridos con posterioridad a 2011 y hasta 2014.

3.3.3. Falsa motivación

La parte demandante alegó la configuración de tal causal respecto de las estrategias concertadas de comercialización entre Carvajal y Scribe, en relación con el acuerdo para la no venta de cuadernos en consignación, frente al acuerdo entre Carvajal y Scribe para la no recolección de unidades sueltas y la no refacturación de productos.

Así como, lo indicado en la decisión acusada para no entregar obsequios al consumidor final; en la determinación del acuerdo sobre el número de promotores por punto de venta; en no comprar espacios adicionales sobre la concertación de las estrategias financieras y de crédito; sobre la no venta de cuadernos "Ecoplus" de Scribe y "Expresarte", respecto de la estimación teórica del daño potencial del cartel empresarial, a que el acuerdo para la fijación de precios se cumplió y tuvo un impacto en el mercado colombiano.

3.3.4. Falsa motivación y violación al debido proceso respecto de los acuerdos de los precios y para no realizar activaciones en puntos de venta

Consideró que, no existe en el expediente ninguna lista con la que pueda considerarse siquiera un indicio respecto a que a partir de ellas o por ellas mismas, se instrumentalizó un cartel de precios. En este sentido, señaló que careció de fundamento la conclusión de la SIC según la cual "...la dinámica habitual, pero no la única, consistía en que Carvajal redactaba la lista de precios que posteriormente sería entregada a Kimberly durante las reuniones que sostenían o con posterioridad ellas".¹

Mencionó que, la única conclusión a la que se puede llegar analizando toda la evidencia en su conjunto, más no de forma

¹ Resolución 90560 de 2016, páginas 49 y 50.

individual, es que los mercados de cuadernos son “mercados en competencia durante el período investigado” y, por ende, se desvirtúa la existencia de un mercado cartelizado.

4. Trámite

4.1. Admisión

4.1.1. La demanda se admitió mediante auto del 21 de junio de 2017 y se ordenó notificar a la SIC y al ministerio público. (ff. 530 a 532 c. principal)

4.2. Contestación

La Superintendencia de Industria y Comercio se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al contestar con memorial radicado el 11 de abril de 2018, en los siguientes términos:

Señaló que la SIC adoptó la decisión cuestionada para proteger, tanto la economía de mercado como los hogares y consumidores colombianos, especialmente a aquellos de escasos recursos económicos. En Colombia, 3.7 millones de hogares compran útiles escolares y más de 9.5 millones de estudiantes menores de 24 años asisten a un establecimiento educativo y son consumidores de cuadernos.

Hizo referencia a los antecedentes administrativos, así como a la decisión acusada, para destacar que, se demostró en la resolución sancionatoria que se trató de una compleja y sofisticada estructura ilegal, diseñada a lo largo de los muchos años que duró el cartel empresarial (14 años) y que tuvo como finalidad violar la libre competencia económica, en detrimento del bienestar general de los consumidores colombianos, del buen funcionamiento de los mercados y los distintos sectores de la economía, así como de la eficiencia económica.

Mencionó que, son múltiples y de diversa índole los medios de prueba que dan cuenta, tanto de la existencia de las conductas

anticompetitivas sancionadas, como de la participación del demandante.

Refirió que, se demostró la existencia del cartel empresarial para la fijación directa e indirecta de precios de los cuadernos para escritura en Colombia por más de una década, así como la ocurrencia de otras prácticas restrictivas de la competencia, no con operaciones intelectuales o con inferencias lógicas de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino incluso con la confesión de dos de las tres empresas involucradas, declaraciones de altos directivos de las compañías cartelizadas, múltiples correos electrónicos, mensajes de Whatsapp, entre otros.

Frente al cargo: violación del artículo 27 de la ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC respecto de los supuestos acuerdos entre Carvajal y Kimberly.

Señaló que, las evidencias indican que el acuerdo fue ejecutado sin solución de continuidad desde 2001 y hasta 2014, en un primer gran momento entre Kimberly y Carvajal (2001-2011) y, en un segundo momento, entre Scribe y Carvajal (2011-2014). La continuidad del acuerdo fue establecida plenamente dado que Kimberly le transfirió el 31 de agosto de 2011 al Grupo Papelero Scribe S.A. de C.V. (Grupo Papelero Scribe México) y a su sociedad en Colombia, Scribe, la totalidad de la unidad del negocio de cuadernos, incluyendo la marca Scribe y el establecimiento de comercio.

Mencionó que, en el marco de la continuidad de la operación comercial del negocio de la línea de cuadernos, el Grupo Papelero Scribe México, a través de su controlada Scribe, no solo contrató a los funcionarios de Kimberly que trabajaban en esa línea de negocio, sino que continuó con las relaciones cartelistas con Carvajal que habían iniciado en 2001 entre Kimberly y Carvajal, desarrollando las mismas prácticas anticompetitivas. Así, Scribe se convirtió en el sucesor de Kimberly en el cartel empresarial, el cual continuó ejecutando junto con Carvajal al menos hasta 2014.

Agregó que, las conductas ejecutadas por los investigados, particularmente las relacionadas por Carvajal, son de carácter

continuado al no haberse consumado en un único momento, sino que se desarrollaron a través de varios años, ininterrumpidamente desde 2001 a 2014, actos sucesivos en el tiempo, todos comprendidos dentro del acuerdo anticompetitivo para la fijación de los precios de los cuadernos para escritura en el mercado colombiano.

Indicó que, al tratarse de una conducta continuada o de tracto sucesivo, no podían analizarse como conductas aisladas, como errónea y convenientemente lo pretende hacer ver la parte demandante, para predicar de algunas de ellas, la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria. Reiteró que correspondió a una conducta continuada o de tracto sucesivo, en la que, por ministerio de la ley, el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta.

Mencionó que, en el caso analizado por la superintendencia se logró determinar que las conductas ejecutadas por Carvajal se realizaron ininterrumpidamente desde 2001 a 2014, es decir, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que, se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo.

Respecto de los cargos relacionados con la supuesta "falsa motivación"

Precisó que, de acuerdo con lo expuesto en la resolución sancionatoria, respecto de la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la SIC encontró probado dentro del trámite administrativo que entre 2001 y 2014 existió un acuerdo anticompetitivo (cartel empresarial) para la fijación directa e indirecta de los precios de los cuadernos para escritura, cuyos participantes fueron Carvajal y Kimberly (desde 2001 y hasta 2011) y Carvajal y Scribe (desde 2011 hasta 2014).

Destacó que, desde 2001 y hasta agosto de 2011, el acuerdo cartelista fue sostenido entre Carvajal y Kimberly y después de agosto de 2011, dado que Kimberly vendió su línea de cuadernos a Scribe, el cartel empresarial se desarrolló entre Carvajal y Scribe, quienes continuaron con esa práctica ilegal hasta inicios de 2014,

fecha en que se iniciaron las indagaciones preliminares de la SIC y que reposan en el expediente administrativo.

Manifestó que, dicho cartel empresarial operó como una verdadera estructura ilegal encubierta, destinada a burlar el régimen de protección de la libre competencia económica y estuvo interiorizada o incrustada en el "ADN empresarial de sus participantes", al punto de ser incentivado y premiado entre sus empleados y más altos directivos.

Adujo que, también se encontró acreditada la existencia de varias conductas anticompetitivas que vulneraron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), en particular, acuerdos relacionados con estrategias de comercialización, políticas de mercadeo, estrategias financieras y de crédito, así como la restricción conjunta del abastecimiento y distribución de los cuadernos.

Mencionó que, se demostró en la resolución sancionatoria que se trató de una compleja y sofisticada estructura ilegal, diseñada a lo largo de los muchos años que duró el cartel empresarial (14 años) y que tuvo como finalidad violar la libre competencia económica, en detrimento del bienestar general de los consumidores colombianos, del buen funcionamiento de los mercados y los distintos sectores de la economía, así como de la eficiencia económica.

Resaltó que las conclusiones en la decisión acusada, en particular aquellas relacionadas con la responsabilidad de Carvajal y de las personas naturales sancionadas por participar en el cartel empresarial de precios, fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio, utilizando las reglas de la experiencia y aplicando la sana crítica en la apreciación de las pruebas.

Hizo referencia a los múltiples correos entre las empresas, para resaltar que, el aumento de precios que pretendía realizar Carvajal por el incremento del costo del papel, no era una decisión que tomaría unilateralmente, sino que lo pretendía consultar con Kimberly. Consideró que, esto no es lo esperado de dos compañías que supuestamente estaban en franca competencia.

Mencionó que, la superintendencia demandada no cuestiona que una compañía, unilateralmente, tome la decisión de subir, bajar o no modificar sus precios como consecuencia de variaciones en el costo de una materia prima, pero lo que sí no puede considerarse normal es que un competidor le consulte a otro si resulta conveniente o no aumentar sus precios, pues eso corresponde a una conducta de funcionamiento de un cartel empresarial.

Recordó que, es el comportamiento habitual de dos cartelistas que se encuentran obligados a consultar entre ellos los aumentos de precios que van a realizar, para acudir al mercado con precios definidos conjuntamente y no romper sus acuerdos y compromisos anticompetitivos.

Precisó que, los correos electrónicos entre el personal de las empresas en cuestión deben ser analizados con las pruebas previamente reseñadas, la cuales demuestran que Carvajal y Kimberly habían iniciado una dinámica de concertación o cartelización de precios desde 2001, con lo cual no cabe duda que los correos electrónicos corresponden a una pieza más de la dinámica cartelista en que estaban inmersos Carvajal y Kimberly, pues no hay otra forma razonable ni legal de interpretarlos.

Refirió que, frente a las pruebas mencionadas en la resolución sancionatoria sobre la existencia del cartel y la participación de Carvajal en el mismo, para 2004 existe evidencia que demuestra que dicha sociedad estudió la posibilidad de incrementar los precios de los cuadernos del segmento *premium* para la temporada "A2005", para lo cual, dentro de la dinámica cartelista, manifestó la necesidad de coordinar con Kimberly para efectos de "concertar" la estrategia a seguir para implementar los incrementos de precios.

Recordó que, Carvajal y Kimberly coordinaban sus decisiones con el objeto de fijar de forma mancomunada los precios de los cuadernos de escritura en el mercado colombiano, lo cual merece legalmente reproche conforme el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Resaltó que, a pesar de la claridad y contundencia de las pruebas previamente reseñadas, los medios de convicción que demuestran la existencia del cartel empresarial y la participación de Carvajal no se limitan a las evidencias mencionadas, sino que existen muchas más.

Concluyó que, el demandante no logró demostrar que lo expresado en los actos administrativos no corresponde a la realidad, de modo que, no se ha desvirtuado que las múltiples razones que se expresan en los actos administrativos, como fuente de la sanción, no son reales, no existen o están distorsionadas.

Precisó que, la causal de nulidad por supuesta falsa motivación no está llamada a prosperar pues los antecedentes de hecho y derecho que motivaron la expedición de los actos administrativos, corresponden absolutamente a la realidad y obedecieron a la estrategia anticompetitiva desplegada por los sancionados, entre ellos Carvajal.

4.3. Audiencia

4.3.1. La audiencia inicial se celebró el 19 de septiembre de 2018.

El problema jurídico que se determinó en dicha oportunidad consistió en el siguiente: "... si con la expedición de los actos administrativos demandados la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 4º del artículo 3º, artículo 74 y 137 de la Ley 1437 de 2011; los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso; el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2 del Decreto 1074 de 2015 modificado por el Decreto 1523 de 2015..."

En la diligencia se indicó que la demandada no propuso excepciones, se resolvió sobre las pruebas documentales aportadas y se corrió traslado para alegar.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante:

La apodera de la parte demandante mediante escrito del 2 de octubre de 2018 reiteró los argumentos de la demanda inicial².

5.2. Parte demandada:

La SIC con memorial presentado el 3 de octubre de 2018 solicitó negar las pretensiones de la demanda y reiteró su defensa³.

6. Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público guardó silencio

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: **1)** Cuestión previa, **2)** problema jurídico, **3)** los actos administrativos demandados, **4)** el análisis del caso concreto y, **5)** condena en costas.

2. Problema jurídico

El problema jurídico El problema jurídico dentro de la presente acción se contrae a determinar si con la expedición de los actos administrativos demandados la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 4º del artículo 3º, artículo 74 y 137 de la Ley 1437 de 2011; los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso; el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2 del Decreto 1074 de 2015 modificado por el Decreto 1523 de 2015, por cuanto al expedir los actos demandados la citada entidad incurrió en:

a) Violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica, al debido proceso, por cuanto no se

² Ff. 671 a 673, c. ppal.

³ Ff. 754 a 803, c. ppal.

demonstró que hubieren acuerdos y que se hubieren cumplido y que hubieran producido efectos dentro de los trece años y no existe una sola cifra en la resolución sancionatoria que demuestre la existencia de los acuerdos.

b) Violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC respecto de los supuestos acuerdos entre Carvajal y Kimberly.

c) Falsa motivación: respecto de las estrategias concertadas de comercialización entre Carvajal y Scribe, en relación con el acuerdo para la no venta de cuadernos en consignación, frente al acuerdo entre Carvajal y Scribe para la no recolección de unidades sueltas y la no refacturación de productos, así como para no entregar obsequios al consumidor final; en la determinación del acuerdo sobre el número de promotores por punto de venta; en no comprar espacios adicionales sobre la concertación de las estrategias financieras y de crédito; sobre la no venta de cuadernos "Ecoplus" de Scribe y "Expresarte", respecto de la estimación teórica del daño potencial del cartel empresarial, a que el acuerdo para la fijación de precios se cumplió y tuvo un impacto en el mercado colombiano;

d) Falsa motivación y violación al debido proceso respecto de los acuerdos de los precios y para no realizar activaciones en puntos de venta.

3. Actos administrativos acusados

3.1. Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones

En este acto se resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., identificada con NIT 800.099.903-3; COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A. identificada con NIT. 860.015.753-3 y SCRIBE COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 900.442.933-8, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en numeral 1 del artículo 47 del

Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., identificada con NIT 800.099.903-3; COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A. identificada con NIT. 860.015.753-3 y SCRIBE COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 900.442.933-8, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A, identificada con NIT. 860.015.753-3 y SCRIBE COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 900.442.933-8, cumplieron con el Programa de Beneficios por Colaboración y, en consecuencia, se les concederá la exoneración en el pago de la multa a que hubiere lugar, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER a las sociedades responsables de violar la libre competencia por haber actuado en contravención de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, las siguientes multas:

4.1. A CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., identificada con NIT 800099903-3, multa de DOCE MIL CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO NOVENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$12.410.190.000.00) equivalentes a DIECIOCHO MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (18.000 SMMLV)

4.2. A COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., identificada con NIT. 860.015.753-3, multa de VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 24.820.380.000.00) equivalentes a TREINTA Y SEIS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (36.000 SMMLV).

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, EXONERAR a COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., identificada con NIT. 860.015.753-3, del pago del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta, en su condición de primera delatora.

4.3. A SCRIBE COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 900.442.933-8, multa de NUEVE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS SETENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 9.652.370.000.00) equivalentes a CATORCE MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (14.000 SMMLV)

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, EXONERAR a SCRIBE COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 900.442.933-8, del pago del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta, en su condición de primera delatora.

ARTÍCULO QUINTO: IMPONER a las sociedades responsables de violar la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, las siguientes multas:

5.1. A CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., identificada con NIT 800.099.903-3, multa de DOS MIL CUATROCIENTOS TRECE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 2.413.092.500.0o) equivalentes a TRES MIL QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (3.500 SMMLV)

5.2. A COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., identificada con NIT. 860.015.753-3, multa de CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTISÉIS MILLONES CIENTO OCHENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 4.826.185.000.0o) equivalentes a SIETE MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (7.000 SMMLV).

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, EXONERAR a COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., identificada con NIT. 860.015.753-3, del pago del ciento por ciento (100%) de la multa impuesta, en su condición de primera delatora.

5.3. A SCRIBE COLOMBIA S.A.S., identificada con NIT 900.442.933-8, multa de DOS MIL SESENTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.068.365.000.oo) equivalentes a TRES MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (3.000 SMMLV), por la infracción del artículo 1 de Ley 155 de 1959.

Como consecuencia del cumplimiento del Programa de Beneficios por Colaboración, EXONERAR a SCRIBE COLOMBIA S.A.S...

3.2. Resolución 90560 del 29 de diciembre de 2016, la SIC, al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo sancionatorio, confirmó íntegramente lo decidido mediante Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016. En este acto, se indicó:

5.2.5. Análisis del Despacho sobre el estándar probatorio exigido por CARVAJAL

Pese a la infinidad de pruebas que sirvieron de sustento para demostrar el cartel empresarial, reseñadas con suficiencia en la Resolución Sancionatoria y en el presente acto administrativo, para CARVAJAL el cartel empresarial no fue demostrado, dado que en su concepto era necesario acreditar la existencia de las veintiséis (26) reuniones que se debieron realizar, las veintiséis (26) listas de precios que se debieron intercambiar y la

confirmación de lo acordado a través de un documento auténtico. De igual forma, planteó que la Superintendencia de Industria y Comercio no logró acreditar año a año la existencia del acuerdo anticompetitivo, en particular, el periodo entre 2002 y 2007. Finalmente, indicó que no existen pruebas del cumplimiento del acuerdo cartelista.

Varias consideraciones merecen los argumentos de CARVAJAL. En primer lugar, el planteamiento del recurrente desconoce el principio de la sana crítica en la valoración probatoria que rige en materia civil y en este tipo de actuaciones administrativas, pretendiendo implementar una suerte de estándar probatorio o sistema de tarifa legal sin ningún fundamento jurídico, únicamente su parecer o seguramente, lo que considera le conviene. En segundo lugar, el cartel empresarial fue demostrado con suficiencia, en tanto se acreditó que CARVAJAL y KIMBERLY, entre 2001 y 2011; y CARVAJAL y SCRIBE, entre 2011 y 2014, pactaron consistentemente los precios de los cuadernos para escritura y definieron conjuntamente estrategias anticompetitivas en el mercado colombiano durante más de 14 años. Todo lo anterior fue acreditado mediante pruebas testimoniales y documentales, así como la propia confesión hecha por KIMBERLY y SCRIBE. Finalmente, en tercer lugar, CARVAJAL parte, nuevamente, de premisas falsas al indicar que no existieron pruebas sobre el cartel empresarial entre 2002 y 2007 y que el Despacho afirmó que existieron 26 reuniones y 26 listas de precios. Nada de eso es cierto.

Sobre lo anteriormente expuesto vale la pena realizar las siguientes precisiones. Tanto en el acto administrativo recurrido, como en el presente que resuelve los recursos de reposición interpuestos por algunos sancionados, la Superintendencia de Industria y Comercio ha expuesto y analizado de manera ordenada y coherente, todos los elementos probatorios que le llevaron a concluir, sin ninguna duda, la existencia de una serie de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en la modalidad de cartel empresarial.

...

Ahora bien, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, en la presente actuación administrativa se encontraron pruebas por las que se vincula a cada persona natural que constituyen evidencias directas o indiciarias de la existencia de la conducta anticompetitiva por parte de los investigados, y de la participación de las personas naturales en las mismas (bien sea por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas sancionadas), de conformidad con la valoración general y en conjunto que efectuó el Despacho del material probatorio obrante en el expediente, así como lo expuesto en relación con el principio de congruencia, siendo el objetivo de la investigación encontrar pruebas y hechos que determinen cuáles son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas.

Por lo demás, se advierte que el investigado toleró las prácticas anticompetitivas ya que, en su calidad de Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL, estaba en la obligación de evitar que en la compañía se produjeran las conductas ilegales, y no solo las permitió, sino que posibilitó su realización y conoció de ellas desde el primer día.

Para el siguiente análisis del caso concreto se tendrán en cuenta las pruebas documentales aportadas y decretadas en el presente proceso.

4. Análisis del caso concreto:

La parte demandante pretende la nulidad de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016 por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones, la cual fue confirmada, proferida por la SIC pues se desconocieron el artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el numeral 4º del artículo 3º, artículo 74 y 137 de la Ley 1437 de 2011; los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso; el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2 del Decreto 1074 de 2015 modificado por el Decreto 1523 de 2015.

Esto, pues a juicio de la parte actora, la superintendencia demandada incurrió en la violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica, al debido proceso; la violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 por la caducidad de la facultad sancionatoria; falsa motivación y, violación al debido proceso respecto de los acuerdos de los precios y para no realizar activaciones en puntos de venta.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la sociedad demandante. Esto, principalmente, al considerar que se determinó que las conductas ejecutadas por Carvajal, se realizaron ininterrumpidamente desde 2001 a 2014, por tanto, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, no se consumaron en un único momento o de forma instantánea, sino que, se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo.

Agregó que tampoco se configuró la presunta falsa motivación, ya que los antecedentes de hecho y derecho que motivaron la expedición de los actos administrativos corresponden absolutamente a la realidad y obedecieron a la estrategia anticompetitiva desplegada por Carvajal, entre otros.

Conforme con lo anterior, se procederá con el siguiente análisis frente a cada cargo en mención:

4.1. Violación al principio de la carga de la prueba, a la presunción de inocencia, a la sana crítica y al debido proceso

La parte demandante señaló que no se demostró que hubiere acuerdos y que se hubieren cumplido y que hubieran producido efectos dentro de los trece años y no existe una sola cifra en la resolución sancionatoria que demuestre la existencia de los acuerdos.

Por su parte, para la SIC se demostró probatoriamente tanto de la existencia de las conductas anticompetitivas sancionadas, como de la participación del demandante, de manera continuada o de tracto sucesivo. Esto, pues se acreditó la existencia del cartel empresarial para la fijación directa e indirecta de precios de los cuadernos para escritura en Colombia por más de una década, así como la ocurrencia de otras prácticas restrictivas de la competencia, las cuales se encontraron probadas no con operaciones intelectuales o con inferencias lógicas de la superintendencia, sino con la confesión de dos de las tres empresas involucradas, las declaraciones de altos directivos de las compañías cartelizadas, múltiples correos electrónicos, entre otros.

Para resolver, se considera:

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

La Corte Constitucional ha enfatizado de manera especial, que cuando se trata de procedimientos adelantados ante la administración pública, se debe garantizar real y efectivamente, que quien participe en el mismo debe tener la oportunidad de ejercer su defensa, presentar y solicitar pruebas, con la plena observancia de las formas propias establecidas⁴.

Así las cosas, el debido proceso es el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo principal es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso o procedimiento, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y se le garantice el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia⁵.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha precisado que la observancia del debido proceso en las actuaciones administrativas es relevante en la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material⁶ y, ha expresado que tal garantía tiene como parte sustancial el derecho de defensa, de tal forma, que el derecho de defensa resulta quebrantado, si al afectado con una decisión administrativa no se le permite ser oído, ni contradecir las pruebas aducidas en su contra⁷.

En relación con la libre competencia como derecho económico, la Constitución Política de la República de Colombia consagra lo siguiente:

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.

⁴ Sentencia C-467 de 1995.

⁵ Sentencia C-025 de 2009.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 15666, magistrado Danilo Rojas Betancourth.

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

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.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-1125 de 2008 precisó lo siguiente:

Desde esta perspectiva se explica entonces la pluralidad de intereses protegidos por el derecho constitucional de la libre competencia económica, cuyo mantenimiento exige del Estado la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: (i) la libertad de acceso al mercado y la multiplicidad de empresarios, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades; (ii) la libertad de los agentes competidores para ofrecer los bienes y servicios producidos con las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas; y (iii) la libertad de los consumidores o usuarios para elegir el producto que más le convenga según sus intereses y para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

Este contenido constitucionalmente protegido está presente “no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa, pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada” ...

Dichos elementos constitutivos de la libertad de concurrencia económica dan lugar a un andamiaje jurídico que cristaliza en dos vertientes normativas, por un lado la legislación dirigida a reprimir la competencia desleal, la cual mediante la limitación de la autonomía de la voluntad de los agentes del mercado protege los derechos económicos subjetivos de los empresarios; la segunda, la legislación antitrust, elimina las barreras que puedan constituir una afrenta a la competencia como tal y contra el interés público que ella salvaguarda, contra los derechos de los consumidores y su bienestar.

Ahora bien, al igual que las restantes libertades económica, la libre competencia está sujeta a la regulación estatal, empero el legislador sólo puede limitar su alcance y contenido “cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta” ...

De conformidad con el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

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

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

"ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE

COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

...

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

...

Por lo que, de conformidad con las normas transcritas, para determinar que efectivamente se configura la conducta anticompetitiva y contraria a la libre competencia resulta necesaria

la existencia de un acuerdo entendido como "... todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas" (numeral 1º del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), lo que implica la voluntad o consenso de las partes de llevar una conducta contraria a la libre competencia.

Para ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ ha recordado que existen cinco formas de acuerdo previstas por el legislador, a saber: 1) el contrato; 2) convenio; 3) concertación; 4) práctica concertada y; 5) prácticas conscientemente paralelas. La segunda parte de la definición dada por la citada norma indica que requiere una pluralidad de empresas.

El decreto en mención también contempla en su artículo 49 como excepciones, que para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 *ibidem*⁹, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

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

De modo que, un acuerdo anticompetitivo corresponde a aquel acuerdo, contrato o práctica concertada o conscientemente

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00790-01. Actor: CONSTRUCTORA MP. S.A., M.L INGENIEROS S.A Y OTROS. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC. Tema: LIBRE COMPETENCIA. ACUERDOS COLUSORIOS. LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO NO DECRETÓ UN NUEVO EXAMEN PERICIAL Y REALIZÓ UNA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS OPORTUNAMENTE DECRETADAS Y PRACTICADAS DURANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. LA PUBLICACIÓN EN EL BOLETÍN OFICIAL CON FINES INFORMATIVOS NO AFECTA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL BUEN NOMBRE Y A LA HONRA.

⁹ ARTICULO 44. AMBITOS FUNCIONAL. La Superintendencia de Industria y Comercio continuará ejerciendo las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas consagradas en la Ley 155 de 1959 y disposiciones complementarias, para lo cual podrá imponer las medidas correspondientes cuando se produzcan actos o acuerdos contrarios a la libre competencia o que constituyan abuso de la posición dominante.

paralela, sea de manera bilateral o plurilateral con la finalidad de vulnerar las reglas de la libre competencia.

En ese orden, la Corte Constitucional¹⁰ ha considerado que, la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

Así, dicha corporación sostuvo que la libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas¹¹. Asimismo, consideró:

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes¹² han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

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

¹⁰ Sentencia C-616 de 2001.

¹¹ T-533 de 1992 de la Corte Constitucional. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Juan Jorge Almonacid Sierra y Nelson Gerardo Garcia Lozada, Derecho de la Competencia, legis, Bogotá, 1998, pág 40.

En el presente asunto, se observa que, la SIC mediante Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016 declaró responsables y sancionó a Carvajal Educación SAS, Colombiana Kimberly Colpapel SA y Scribe Colombia SAS, por haber actuado en contravención del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios), así como del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) en el mercado de producción, distribución y comercialización de los cuadernos para escritura en Colombia.

De igual manera, se observa que, las empresas Kimberly y Scribe se vincularon en su momento al Programa de Beneficios por Colaboración, en la referida resolución sancionatoria, se declaró que dichas sociedades cumplieron con los deberes que adquirieron como participantes en el referido Programa de Beneficios por Colaboración y, por consiguiente, se les concedió el beneficio pactado con la Superintendencia de Industria y Comercio, consistente en la exoneración total (100%) del pago de la multa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 2896 de 2010 y en el Acuerdo de Colaboración celebrado con la superintendencia en mención.

De igual manera, se precisa que, la entidad demandante formuló recurso de reposición en contra del acto principal sancionatorio, recurso en el que insistió en la mayoría de los argumentos que planteó en sus observaciones al informe motivado, que valga indicar, no fueron acogidos por la SIC en la resolución sancionatoria pues se basaron en *"valoraciones sesgadas, aisladas o individuales de algunas de las pruebas que obran en el expediente, que desconocían la integridad y convergencia de los múltiples elementos probatorios que demuestran la existencia del cartel empresarial aquí sancionado, en todas las modalidades en que fue acreditado."*

Por lo que, la SIC al resolver dicho recurso, analizó los diferentes argumentos planteados por Carvajal, previo a advertir que como se trataban de los mismos argumentos de defensa, debía reiterar muchos de los planteamientos expuestos en la resolución sancionatoria, que no fueron desvirtuados.

En ese orden, se advierte que, la superintendencia demandada: i) estudió los argumentos tendientes a demostrar que no existió ningún cartel empresarial y que por consiguiente, Carvajal no incurrió en conductas anticompetitivas en el mercado de cuadernos para escritura en el mercado colombiano; ii) posteriormente, analizó los argumentos relacionados con la presunta violación del debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia de Carvajal, iii) abordó los argumentos descritos en el "anexo" del recurso sobre la caracterización del mercado y, iv) finalmente, se refirió de forma concreta a la dosificación de la sanción impuesta a dicha sociedad.

Por tanto, se observa que en la resolución sancionatoria se indicó que se encontraba demostrado que, entre 2001 y 2014, Kimberly, Scribe y Carvajal conformaron un cartel empresarial para la fijación directa e indirecta de los precios de los cuadernos para escritura en Colombia y que, la defensa de Carvajal en su recurso de reposición se estructuró fundamentalmente en desconocer la existencia del cartel empresarial que fue demostrado, para lo cual se concentró en intentar refutar, individualmente, ciertas pruebas y afirmar que no se valoraron las que, en su concepto, demostraban que nunca existió un cartel empresarial en el mercado de cuadernos para escritura en Colombia.

Por lo expuesto, la Sala observa que, los cuestionamientos respecto de la configuración de la conducta que dio origen a la sanción ya fueron objeto de pronunciamiento por parte de la superintendencia demandada, la cual encontró acreditados los presupuestos de las distintas etapas del cartel empresarial, estudio que incluyó la valoración integral de las pruebas aportados, incluso de aquellas que según esta sociedad descartan la existencia del cartel empresarial. En lo particular, se observa que, en el acto que resolvió el recurso de reposición se indicó lo siguiente:

Así las cosas, resulta inverosímil plantear, como lo hace CARVAJAL, que KIMBERLY y SCRIBE se imaginaron pertenecer a un cartel empresarial de fijación de precios y de políticas anticompetitivas, y que además de imaginarlo, lo confesaron ante la Autoridad de Competencia comprometiendo su responsabilidad en diferentes ámbitos. Y si esto no fuera poco, la defensa de CARVAJAL pretende hacer creer que las múltiples pruebas que reposan en el expediente y que dan cuenta del cartel, lo que

realmente demuestran es que existía un mercado en abierta competencia entre CARVAJAL, KIMBERLY y SCRIBE y que el Despacho interpretó las pruebas (decenas y decenas) de forma acomodada para dar vida a un cartel empresarial que nunca existió. Es decir, y citando las palabras de la doctrina y la jurisprudencia, no hay "higiene mental" en la tesis de CARVAJAL, según la cual, KIMBERLY y SCRIBE jugaron a inventarse un bochornoso cartel empresarial en el mercado de cuadernos para escritura en Colombia y que, por ende, el cartel empresarial solo existió en la imaginación de estas empresas y de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En este contexto, y pese a que los elementos de convicción que demuestran la existencia del cartel empresarial y la responsabilidad de CARVAJAL están descritos de manera suficiente y rigurosa en la Resolución Sancionatoria, a continuación, se hará referencia a las principales pruebas que demuestran la conducta cartelista, haciendo especial mención a aquellas pruebas que en opinión de CARVAJAL no demuestran la existencia del cartel o, en todo caso, considera que se les dio un alcance errado.

5.2.3. Múltiples elementos probatorios demuestran la existencia del cartel empresarial de precios entre 2001 y 2014 y la participación de CARVAJAL en el mismo

...

A su vez, la SIC al resolver las motivaciones del recurso de reposición formulado por Carvajal, sostuvo lo siguiente:

Varias consideraciones merecen los argumentos de CARVAJAL. En primer lugar, el planteamiento del recurrente desconoce el principio de la sana crítica en la valoración probatoria que rige en materia civil y en este tipo de actuaciones administrativas, pretendiendo implementar una suerte de estándar seguramente, lo que considera le conviene. En segundo lugar, el cartel empresarial fue demostrado con suficiencia, en tanto se acreditó que CARVAJAL y KIMBERLY, entre 2001 y 2011; y CARVAJAL y SCRIBE, entre 2011 y 2014, pactaron consistentemente los precios de los cuadernos para escritura y definieron conjuntamente estrategias anticompetitivas en el mercado colombiano durante más de 14 años. Todo lo anterior fue acreditado mediante pruebas testimoniales y documentales, así como la propia confesión hecha por KIMBERLY y SCRIBE. Finalmente, en tercer lugar, CARVAJAL parte, nuevamente, de premisas falsas al indicar que no existieron pruebas sobre el cartel empresarial entre 2002 y 2007 y que el Despacho afirmó que existieron 26 reuniones y 26 listas de precios. Nada de eso es cierto.

Sobre lo anteriormente expuesto vale la pena realizar las siguientes precisiones. Tanto en el acto administrativo recurrido, como en el presente que resuelve los recursos de reposición interpuestos por algunos de los

sancionados, la Superintendencia de Industria y Comercio ha expuesto y analizado de manera ordenada y coherente, todos los elementos probatorios que le llevaron a concluir, sin ninguna duda, la existencia de una serie de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en la modalidad de cartel empresarial.

De la revisión del contenido del acto acusado, se observa que, la SIC no solo analizó las pruebas sobre las cuales recalca la parte demandante, sino que, bajo la sana crítica estudió el material probatorio entre los cuales se encuentran dichas probanzas, así como la confesión de Kimberly y Scribe, donde se estableció la forma consensuada que los cartelistas empresariales fijaron de manera directa e indirecta los precios de los cuadernos de los segmentos *premium*, intermedio y económico, distorsionando gravemente el mercado, pues *"...una de las principales variables de competencia (el precio) dejó de ser un factor relevante para los agentes económicos involucrados en el cartel empresarial."*

A su vez, la entidad demandada sostuvo que, en cuanto a los testigos de oídas que declararon en la investigación y frente a los cuales Carvajal alegó su falta de eficacia probatoria al no constarles directamente los hechos sobre los cuales depusieron, ningún reproche válido se encontró, pues consideró que estos, los testimonios de oídas debían ser valorados como todos los medios de prueba que obran en el expediente. Sobre el particular, recordó que la doctrina indica lo siguiente:

No deben desecharse en forma absoluta los testimonios de oídas, porque no siempre es o de la percepción directa del juez mediante las inspecciones judiciales o de documentos emanados de las partes; puede suceder que falten estos medios, sin duda preferibles, y entonces puede ser útil recurrir a aquellos testimonios...

De modo que, la Sala no observa una valoración probatorias o estimación de las probanzas que desconociera el debido proceso o que se alejara de los principios de la sana crítica y libre apreciación, de formalidad y legitimad de la prueba, pues no solo se fundamentó en diversos medios de prueba directa (como los testimonios, documentos físicos y electrónicos, entre otros) sino, en la confesión de dos de las tres empresas sobre las cuales recayó la investigación administrativa por parte de la superintendencia demandada frente a las prácticas anticompetitivas reprochadas.

Ahora, en relación con el argumento según el cual la sociedad demandante señala la falta de acreditación de las 12 reuniones que debieron celebrarse entre las empresas cartelizadas para el periodo comprendido entre 2002 y 2007, la Sala encuentra razonado que la SIC considerara un argumento sustentado en un "estándar probatorio" que es inexistente en la ley, según el cual si no se prueba la existencia de las 12 reuniones, qué se discutió y cuáles fueron los acuerdos, la autoridad de competencia no estaba en capacidad de encontrar responsabilidades.

Al respecto, se reitera que la entidad demandada no podía basar su investigación y decisión sancionatoria únicamente en dichas pruebas, pues bajo el principio de la sana crítica debía valorar en conjunto todas aquellas que legal y oportunamente fueron aportadas a la investigación administrativa, como en efecto lo hizo.

Además, se encuentra que, la sociedad demandante no logró demostrar que si bien las reuniones celebradas entre Carvajal y Kimberly, en un primer momento, y posteriormente entre Carvajal y Scribe, fueron un escenario ideal de concertación de acuerdos anticompetitivos, la evidencia obrante en el expediente daba cuenta que existió otro tipo de comunicación entre las empresas cartelistas para convenir y ejecutar los acuerdos anticompetitivos durante dicho período.

Asimismo, para la Sala la entidad actora tampoco logró desvirtuar las motivaciones de la demandada, que dieron cuenta de que el cartel empresarial no se ejecutó únicamente a través de reuniones presenciales, sino que los acuerdos anticompetitivos se pactaron por otros medios, como, por ejemplo, correos electrónicos y *Whatsapp*.

En efecto, son múltiples los elementos probatorios que acreditan la existencia de un "cartel empresarial" entre Carvajal y Kimberly y, con Scribe. Así, del análisis de dicho material, se encuentra lo siguiente:

a) En el correo electrónico del **18 de febrero de 2002**, con el asunto denominado "Reunión pasada semana con Kimberly",

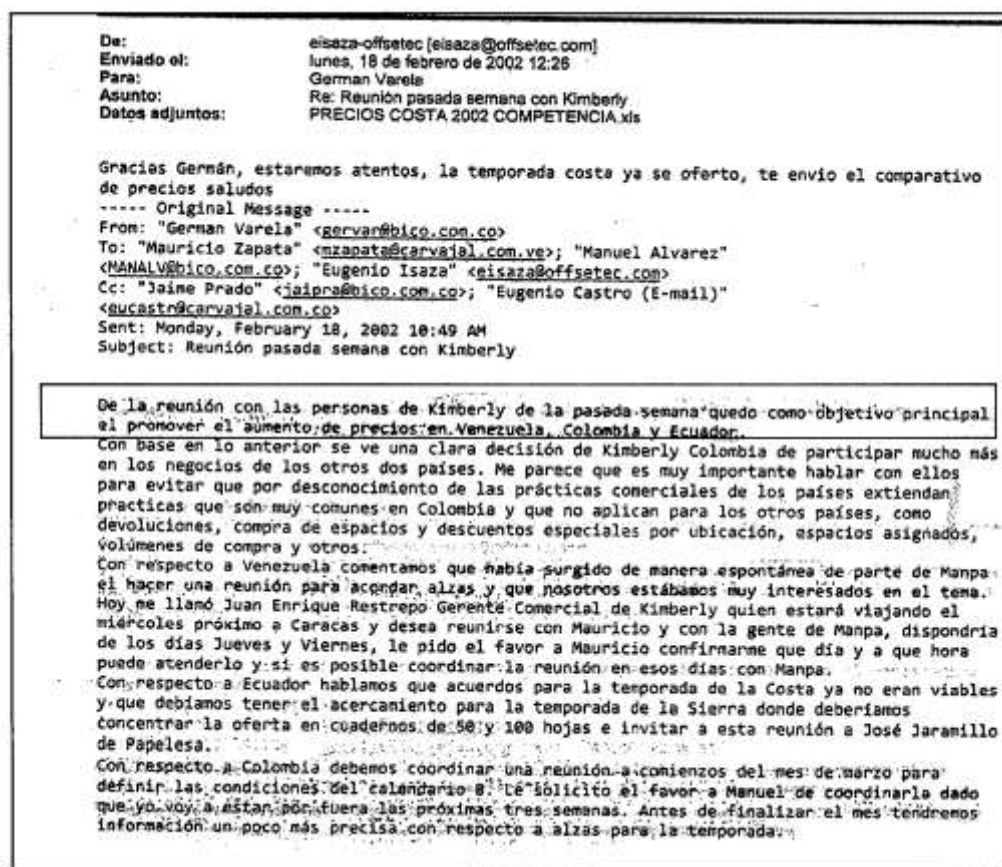
remitido por el señor Germán Varela Villegas (gerente Global de Mercadeo de Carvajal), dirigido al señor Mauricio Zapata Caicedo (director General Región Norte de Carvajal, México), Manuel Eugenio Álvarez Sinisterra (funcionario de Carvajal) y a otros, en el que se pactó un aumento de precios, se indicó:

"...De la reunión con las personas de Kimberly de la pasada semana quedo (sic) como objetivo principal el promover el aumento de precios en Venezuela, Colombia y Ecuador..."

"Con respecto a Colombia debemos coordinar una reunión a comienzos de marzo para definir las condiciones del calendario B"

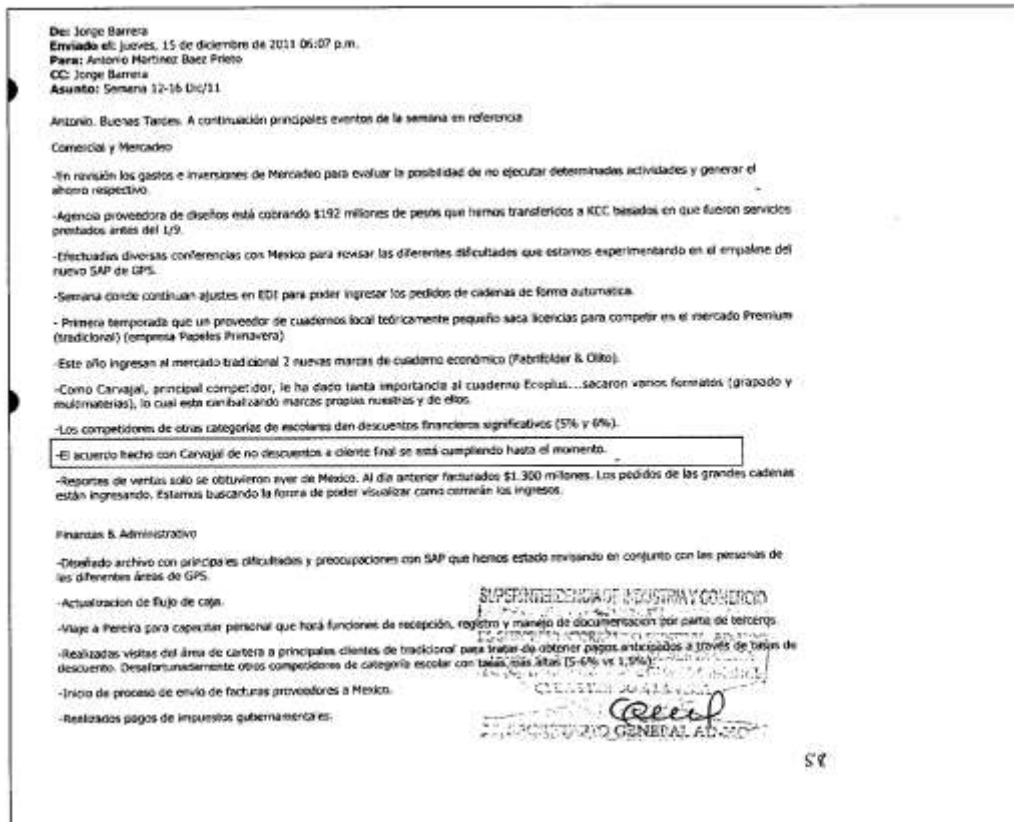
"antes de finalizar el mes tendemos información un poco más precisa con respecto a alzas para la temporada."

Así se puede observar, lo anterior en la siguiente imagen:

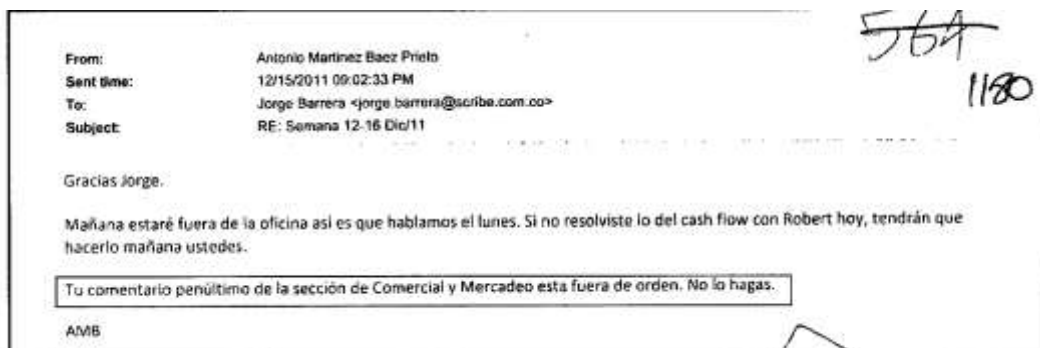


b) En el correo electrónico del 15 de diciembre de 2011, enviado por Jorge Barrera Castro (gerente General 2010-20125 Kimberly – Scribe) a Antonio Martínez Báez Prieto (director General del Grupo

papelero Scribe México) con asunto "Semana 12-16 Dic/11", en donde se señaló: "...El acuerdo con Carvajal de no descuentos a cliente final se está cumpliendo hasta el momento...". En este se indicó:



c) La respuesta del señor Antonio Martínez Báez Prieto (director General del Grupo Papelero Scribe México) se puede corroborar la existencia del acuerdo en mención, al referir que "Tu comentario penúltimo de la sección de Comercial y mercadeo está fuera de orden. No lo hagas". Así se puede observar:



d) Las declaraciones de personas naturales que participaron en la dinámica de las empresas, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

- La declaración del señor Juan Enrique Restrepo Gaviria como gerente de ventas de Kimberly, que señaló:

"DELEGATURA: ¿Recuerda usted si en algún momento se interrumpió la rutina de reunirse, si dejaron de reunirse?"

JUAN ENRIQUE RESTREPO GAVIRIA: No, básicamente como te cuento, nos reuníamos en agosto pues para hacer el balance de la temporada que venía que era temporada A y algunas nos reuníamos en abril para hablar de la B, aunque no necesariamente, a veces no había muchos cambios pues telefónicamente nos comunicamos, pues a veces la reunión de abril no se hacía pero la de agosto sí era una reunión formal porque estábamos ad portas de la temporada grande".

e) Varios mensajes por correo electrónicos sobre las listas de precios, como los siguientes:

- Correo electrónico del 18 de febrero de 2002 con asunto "Reunión pasada semana con Kimberly", remitido por el señor Germán Varela Villegas como gerente Global de Mercadeo de Carvajal, en este se indicó que el objetivo principal era "promover el aumento de precios".
- Correo electrónico del 25 de febrero de 2002, con asunto "RE: TEMPORADA CALENDARIO 'B' DEL 2002" y su respuesta, en el que se señaló:

---Mensaje original---

De: Bernardo Gomez
Enviado el: lunes, 25 de febrero de 2002 10:40
Para: César A Maldonado
CC: Manuel Alvarez; Alfonso E Chacón; Jorge Rodríguez; German Varela
Asunto: RE: TEMPORADA CALENDARIO "B" DEL 2002

Cesar, con respecto al primer punto lo que estoy haciendo es trabajar sobre el precio Base de Papelesa que son los precios que relaciono en el archivo, por lo que no creo que estos se bajen mas ya que estos son los mismos precios de la temporada pasada y como tienes información estos manejan este precio durante toda la temporada con pago a 30 días fecha pedido, por lo que considero que debemos arrancar tal como lo manifiesto.

En el punto dos que expones el objetivo es hablar en el día de mañana con propiedad con los competidores Nacionales (el Cid y Kimberly), quienes están de acuerdo que bajemos precios base para llegar a dar descuentos mas razonables a los que estamos ofreciendo en el día de hoy y con lo que que dirán los clientes que hoy les damos el 50% y mañana el 30%, lo que les interesa a ellos es el precio Neto mas no los descuentos, lo que les tenemos que decir a nuestros vendedores es que tenemos que dar a conocer al cliente es el precio neto al que le sale el producto y no el descuento, además podemos es darle a conocer a como le saldría el precio si paga con los financieros en la fechas que estoy proponiendo en la tabla de prontos pagos.

Cesar no me diste a conocer nada con respecto a la diferencia de precio existente del Andaluz con el Madison.

De: César A Maldonado *C.A.M.*
Enviado el: lunes, 25 de febrero de 2002 11:06 a. m.
Para: Bernardo Gomez *B.G.*
CC: Manuel Alvarez; Alfonso E Chacón; Jorge Rodríguez; German Varela; Carlos H Salcedo
Asunto: RE: TEMPORADA CALENDARIO "B" DEL 2002

OK. Aclaradas las inquietudes con respecto al manejo que le daremos a los nuevos descuentos.

Con respecto a Andaluz, el presupuesto quedó en que este producto se ofrecería un 13.8% por encima de Madison. Considero que debe existir una brecha de al menos 12%, teniendo en cuenta que haremos promoción a la tecnología Plástico Duracover.

Quedamos pendientes de los resultados de la reunión con El Cid y Kimberly para diseñar la lista de precios de calendario B2002.

- Correo electrónico del 29 de agosto de 2002 con asunto "Lista de Precios Calendario A-2003" remitido por el señor Alfonso Chacón (funcionario de Carvajal), en el que se indica: *"Dado el aumento de precio del papel del 15% he pensado que nuestra lista de precios para el calendario A-2003 debería tener un incremento del 12%, esto nos ayudaría a recuperar en parte la caída de contribución que tenemos en Colombia. [] por favor me dan sus comentarios al respecto"*

En respuesta de la misma fecha, el señor César Alberto Maldonado manifestó: *"De acuerdo. Además el ppto (sic) fiscal 2002 considera un aumento de precios a partir de Septiembre. De todas formas, vale la pena sondear el tema con la gente de El Cid y Kimberly."*

- Para el año 2004, se encuentra el correo electrónico del 21 de mayo de dicha anualidad, con asunto "RE: Ajuste de precios en licencias 10% por encima de las marcas propias", enviado Julián Ochoa, en el que se indicó "...creando un diferencial

entre el 10% al 15%, tal y como lo manejamos en carpetas. Para poder implementar esto es necesario concertar esta estrategia con Scribe de tal manera que haga lo mismo con Disney y otras licencias.[] Por favor nos comentas los resultados de este acercamiento.”

- A este, le siguen los siguientes mensajes:

Correo electrónico de 21 de mayo de 2004

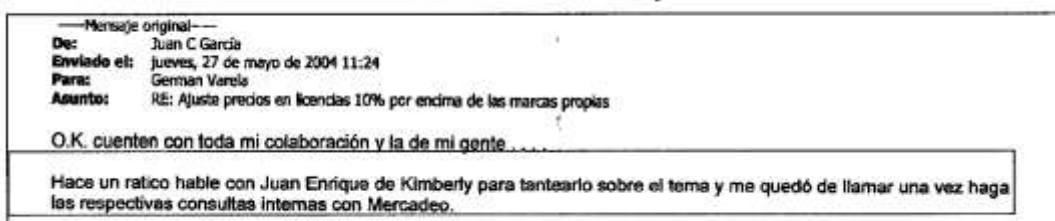
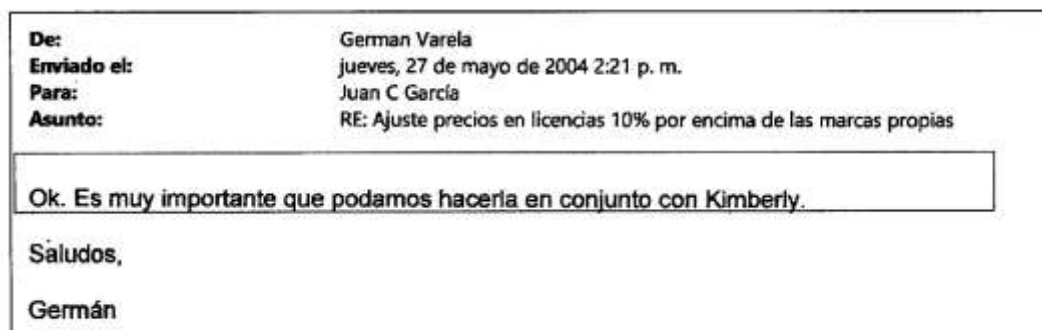


Imagen correo electrónico de 21 de mayo de 2004



En relación con lo anterior, a SIC en el acto confirmatorio, señaló:

“Tan claros son estos correos que sin contrastarlos con las demás pruebas del expediente son suficientes para demostrar que CARVAJAL se encontraba en una dinámica cartelista con KIMBERLY. No existe ninguna otra conclusión racional partiendo de la base que las personas que se cruzaron los correos se encontraban en pleno uso de sus facultades mentales. Ahora bien, un análisis en conjunto con las demás pruebas del expediente como corresponde legalmente, indican lo que se concluyó en la Resolución Sancionatoria, en cuanto a que la cadena de correos electrónicos refleja una dinámica uniforme del cartel consistente en que CARVAJAL, en primera instancia, planeaba internamente la posibilidad de aumentar los precios y, posteriormente, consultaba con KIMBERLY, su competidor, esa alternativa.”

f) La declaración de la señora Ángela Piedad Zapata Delgado, como gerente de Scribe, en la que se puede observar la postura de

Carvajal respecto de la estrategia de mercadeo de la empresa D'VINNI para el año 2005 y de cómo era factible la inclusión de cualquier otra empresa. En esta se afirmó que:

“DESPACHO: ¿Qué temas se discutieron o se hablaron en esa reunión?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Pues como te digo yo llegué a una reunión donde entendí que ya había una familiaridad, entonces básicamente era observar, no tomé mucha nota ni puse mucho cuidado, lo que sí recuerdo es que Manuel mencionó que ya había una empresa que se estaba fortaleciendo mucho que era D'VINNI, y que sería bueno pues como invitarlos o hacerlos partícipes de esto, porque estaban como dañando el mercado, eso fue como básicamente lo que recurso de esa reunión...

DESPACHO: Nos menciona que había una empresa que ya estaba cogiendo fuerza en el mercado que era D'VINNI. ¿Recuerda usted si se tomó alguna decisión respecto de esa empresa o simplemente se comentó la situación de esa empresa en el mercado?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: No. La decisión que se tomó fue invitarlos y de hecho después de esa reunión no sé cuánto tiempo después se hizo una reunión y se invitó a D'VINNI.

“DELEGATURA: ¿Recuerda usted qué temas se hablaron esa reunión?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO:...pero al fin se habló de, se le explicó a D'VINNI que ellos estaban dando muchos descuentos, nosotros dábamos descuento, pero D'VINNI estaba dando un porcentaje mucho más alto, se les dijo pues que ellos habían entrado al mercado con unas licencias, que la idea era que no dieran tanto descuentos al cliente...entonces él dijo bueno si ustedes dan un cinco yo me comprometo a dar un cinco voy a hacerles caso, voy a ser juicios y voy a dar el cinco...

g) De la declaración del señor Silvio Alberto Castro como gerente General de Scribe, se observa que para el año 2007 se realizó una reunión con D'VINNI. Aquel en su declaración indicó:

“Esta reunión era una continuidad de algo que ya venía desde antes, yo entiendo que desde tiempo atrás, no conozco el origen de cómo se dio, pero de tiempo atrás ya venían haciendo conversaciones entre NORMA y KIMBERLY de la parte de cuadernos y se dio básicamente porque el nuevo actor del mercado de producto premium, del producto de licencias que era D'VINNI estaba dando

descuentos muy altos y se convocó por parte de CARVAJAL, para que fuera a contarle a la gente de D'VINNI cómo funcionaba el mercado de cuadernos de marcas...y contándole c[ó]mo era la estructura que estábamos en las cadenas en el canal tradicional, para que él hiciera lo mismo."

h) Las confesiones de Kimberly y Scribe, con las que accedieron al Programa de Beneficios por Colaboración.

Kimberly solicitó su intención de vincularse al mencionada programa el 2 de diciembre de 2013, y se celebró el convenio de colaboración de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2896 de 2010¹³.

En esta dicha empresa sostuvo que junto a Carvajal venían manipulando los precios de varios productos en el mercado de producción, distribución y comercialización de cuaderno para escritura en Colombia a través de la fijación directa de precios por imposición de márgenes mínimos y máximos de venta y, por la fijación indirecta de precios a través de la concertación de porcentajes de descuentos dirigidos a los distintos canales de comercialización.

¹³ Por el cual se reglamenta el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009.

Artículo 1°. Objeto. El presente decreto establece las condiciones generales y la forma en la que la Superintendencia de Industria y Comercio, en desarrollo del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 podrá, en casos concretos, conceder beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia.

Las reglas contenidas en este decreto serán aplicables con igual fin por parte de otras autoridades de vigilancia y control que ejerzan esa función, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 1340 de 2009.

...

Artículo 6°. Trámite aplicable para determinar la primera solicitud de beneficios por colaboración.

1. Cuando un solicitante cumpla las condiciones indicadas en el numeral 1 del artículo 5° del presente decreto, se levantará un acta entre este y el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en la que se indicará la fecha y hora en que se recibe la solicitud y el plazo dentro del cual el solicitante se obliga a suministrar las pruebas a que se refiere el literal c) del numeral 1 del artículo 50 del presente decreto, en el caso de que no las aporte al momento del levantamiento del acta.

...

6. Si el solicitante se abstiene de suscribir el convenio de colaboración dentro del plazo que señale el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el acta suscrita con ese solicitante no se tendrá en cuenta para establecer el orden de prelación de su solicitud ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Por consiguiente, la solicitud presentada por la persona que siga según el orden cronológico de presentación, tendrá prelación para la suscripción del convenio de colaboración según las reglas del presente decreto.

En ese orden, se observa que Kimberly declaró que junto con Carvajal acordaron el precio de los cuadernos del segmento premium, a través del incremento porcentual sobre la lista de precios base para cada uno de sus clientes y/o canales de distribución y que, desde aproximadamente finales de 2001, inició contactos con Carvajal con el fin de programar una reunión con sus funcionarios, para discutir temas relacionados con el mercado de cuadernos, reunión que se llevó a cabo en el restaurante Los Girasoles (Cali) en febrero de 2002.

Por su parte, Scribe que adquirió la línea de cuadernos de Kimberly, mediante escrito del 1º de agosto de 2014 también manifestó su intención de acceder a dicho programa de beneficios, cuyo convenio de celebró con fundamento en el señalado decreto.

Para ello, aceptó la existencia de un cartel a través del cual venían manipulando los precios de varios productos en el mercado de producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia a través la fijación directa de precios por imposición de márgenes mínimos y máximos de venta y, la fijación indirecta del precio por la concertación de porcentajes de descuentos dirigidos a los distintos canales de comercialización.

De igual manera, dicha empresa sostuvo haber incurrido en prácticas de intercambio de información sensible y de concertación de los criterios constitutivos de la política de mercadeo, promoción y comercialización de los productos en cuestión, políticas financieras y de créditos y de regulación de inversiones.

Kimberly también indicó que, a partir de ese momento y hasta la venta que realizó de la línea de cuadernos al Grupo Papelero Scribe el 27 de agosto de 2011, Carvajal y Kimberly se reunieron mínimo dos veces al año para discutir los temas relacionados con las temporadas A y B del mercado de cuadernos, especialmente, lo relacionado con los precios en el segmento premium, y que en algunos casos, bastaban conversaciones telefónicas para convenir el manejo de los compromisos adquiridos para cada temporada.

Así, el recuento de las pruebas que se refirieron en el acto acusado soportó la sanción impuesta, pues la SIC luego de un análisis minucioso del material probatorio de la investigación administrativa, estableció que, en efecto, tales reuniones tenían un componente para convenir y ejecutar acuerdos restrictivos de la libre competencia y, no que simplemente se tratan de reuniones de “averiguación de mercado” o de simple intención de la necesidad de aumentar los precios.

No obstante, la sala advierte que si bien la SIC sustentó la sanción en la multiplicidad de pruebas recaudadas en la investigación administrativa respecto de los acuerdos reprochados, lo cierto es que, incurrió en apreciaciones subjetivas como la de señalar que las “...personas que se cruzaron los correos se encontraban en pleno uso de sus facultades mentales”.

En efecto, la demostración de los correos electrónicos cruzados, junto con las declaraciones y principalmente la confesión y delación de Kimberly y Scribe son pruebas irrefutables de tales acuerdo, pero la configuración de la conducta no puede derivarse de la presunción del estado mental de los actores intervinientes, máxime cuando no fue objeto de cuestionamiento alguno que aquellos no contaran con dichas facultades mentales.

De modo que, si bien de la revisión del contenido de los actos acusados, se encuentran también apreciaciones con cargas subjetivas y apreciaciones muy personales acerca de las condiciones personales de los involucrados, lo cierto es que, esto no logra desviar la finalidad de la investigación y de sus hallazgos, que dan cuenta de la realización de la conducta reprochada a Carvajal.

Por lo expuesto, este cargo no prospera pues se evidenció que se configuraron prácticas que restringieron o limitaron la libre competencia de determinar su existencia.

4.2. Violación del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC respecto de los supuestos acuerdos entre Carvajal y Kimberly

La empresa demandante consideró que: i) que la SIC encontró probados que los acuerdos de precios de los cuadernos entre Carvajal y Kimberly fueron antes de 2011; ii) los acuerdos de precios entre Carvajal y Scribe se realizaron después de 2011; iii) en 2011 no se demostró que hubieran acuerdos; iv) si en 2011 no hubo acuerdos probados, pues los de Carvajal y Scribe se dieron después de 2011, no existió continuidad alguna de los mismos; v) hubo 2 acuerdos, uno entre Carvajal y Kimberly antes de 2011 y otro entre Carvajal y Scribe después de 2011.

Por lo que, adujo que si los acuerdos entre Carvajal y Kimberly fueron antes de 2011, transcurrieron más de 5 años y por tanto la facultad sancionatoria respecto de los acuerdos que se habrían dado entre esas 2 empresas se encuentra caducada. En ese orden, a su juicio, la resolución sancionatoria de la SIC se expidió en agosto de 2016, es decir, que transcurrieron 5 años y 8 meses: 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 8 meses de 2016; por lo que los *"hechos deberán quedar supeditados a los ocurridos con posterioridad a 2011 y hasta 2014"*.

La SIC señaló que se trató de una conducta continuada o de tracto sucesivo, en la que, por ministerio de la ley el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta. Esto, pues se logró determinar que las conductas ejecutadas por Carvajal, se realizaron ininterrumpidamente desde 2001 a 2014, es decir, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo.

Para resolver, se considera:

El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, contempla lo siguiente:

ARTÍCULO 27. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de

conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

Al respecto, se observa que desde la resolución de apertura de la apertura de la investigación y la formulación de cargos 7897 del 27 de febrero de 2015 se hizo una relación de las reuniones, lugar, participantes y los temas y en la que, al final se refiere la siguiente:

Tabla No. 7. REUNIONES ADELANTADAS EN LA EJECUCIÓN DEL PRESUNTO CARTEL

No.	FECHA	LUGAR	PARTICIPANTES	EMPRESA	TEMAS
1	2001	Desconocido	Luis Fernando Palacio González	KIMBERLY	Trabajar en precios de cuadernos de temporada ¹⁹¹ .
			Funcionarios de Carvajal.	CARVAJAL	

...

No.	FECHA	LUGAR	PARTICIPANTES	EMPRESA	TEMAS
	2013	Ejecutivos de Cali.	María Virginia Cabal Escobar	SCRIBE	de discusión lo siguientes: <ul style="list-style-type: none"> Reclasificar clientes de Bogotá de conformidad a otras listas de precios. Acordar precios de los cuadernos económicos para la temporada 2013 B y se dejaba planteado lineamientos para la temporada 2014 A. Disminución de promotores en los puntos de venta. Restringir obsequios para el consumidor final (Planteado como prueba piloto)²⁰¹.
			Silvio Alberto Castro Spadaforra	SCRIBE	
			Jairo Nel Hernández Velasco	CARVAJAL	
			Francisco Javier Ramírez Prada	CARVAJAL	
			Carlos Augusto Soto Cardona	CARVAJAL	
			María Leyda Osorio Acevedo	CARVAJAL	
			Álvaro López	CARVAJAL	
12	16 de septiembre de 2013	Club de Ejecutivos de Cali.	Ángela Piedad Zapata Delgado	SCRIBE	Cambiar lista de precios del segmento "Premium" a algunos clientes - No ofrecer obsequios al consumidor final por la compra de cuadernos. ²⁰²
			Jairo Nel Hernández Velasco	CARVAJAL	
			Álvaro López	CARVAJAL	
			Francisco Javier Ramírez Prada	CARVAJAL	
			Carlos Augusto Soto Cardona	CARVAJAL	
13	Diciembre de 2013	Bogotá.	Funcionarios de Carvajal	CARVAJAL	Se discutían inicialmente sobre los clientes que tenían morosidad en los pagos. El tema central era conocer las condiciones de pago con cada una de las compañías. Las reuniones se efectuaron bajo la modalidad de "Comités de crédito y cartera" ²⁰³ .
			Cecilia Toro Gómez	SCRIBE	
			Otros funcionarios	Otras empresas de otros mercados relevantes	
14	13 de marzo de 2014	Bogotá.	Cecilia Toro Gómez	SCRIBE	Se discutían inicialmente sobre los clientes que tenían morosidad en los pagos. El tema central era conocer las condiciones de pago con cada una de las compañías. Las reuniones se efectuaron bajo la modalidad de "Comités de crédito y cartera" ²⁰⁴ .
			Funcionarios de Carvajal	CARVAJAL	
			Otros funcionarios	Otras empresas de otros mercados relevantes	

Así, se puede observar que las reuniones que dieron origen a los acuerdos cuestionados se dieron al menos hasta el 13 de marzo de 2014 entre Scribe – a la que Kimberly le vendió la línea de cuadernos- y Carvajal.

En la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, decisión sancionatoria, se señaló:

“7.14. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la caducidad

CARVAJAL sostuvo en sus observaciones al Informe Motivado, que el acuerdo de precios no fue continuado en el tiempo, en la medida en que inicialmente lo ejecutó con KIMBERLY hasta agosto de 2011, y posteriormente con SCRIBE desde agosto de 2011 hasta 2014, una vez esta última adquirió la línea de cuadernos de KIMBERLY. De esta manera, teniendo en cuenta que KIMBERLY y SCRIBE son dos personas jurídicas independientes, habrían existido dos acuerdos distintos, uno con KIMBERLY hasta 2011, que estaría caducado, y otro con SCRIBE que habría iniciado en 2011 y terminado en 2014. En este sentido, según su argumento, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de todo lo que CARVAJAL hubiere eventualmente acordado con KIMBERLY habría caducado.

Este argumento debe ser rechazado por las razones que se presentan a continuación:

En primer lugar, admitiendo en gracia de discusión que se tratase de dos acuerdos distintos como lo pretende hacer ver CARVAJAL -que no es así-, no es cierto que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto del supuesto primer acuerdo entre KIMBERLY y CARVAJAL haya caducado, pues dicho fenómeno acaecería transcurridos cinco (5) años desde que KIMBERLY vendió su línea de cuadernos a SCRIBE y dejó de participar en dicho mercado, esto es, contados cinco (5) años desde agosto de 2011, es decir, agosto de 2016, fecha límite que aún no ha llegado.

Ahora bien, tampoco puede aceptarse que CARVAJAL pretenda fraccionar su participación en el cartel investigado en antes y después de la entrada de SCRIBE al mismo, aduciendo desatinadamente que existieron dos (2) acuerdos diferentes e independientes entre ellos, lo cual, a su parecer, interrumpiría la continuidad del cartel, dividiéndolo en uno en virtud del acuerdo de CARVAJAL con KIMBERLY hasta agosto de 2011, y en otro nuevo a partir de dicha fecha y hasta 2014 entre CARVAJAL y SCRIBE.

En efecto, CARVAJAL parece olvidar que independientemente de la salida o entrada de participantes del cartel para fijar los precios de los cuadernos imputado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, su participación en el mismo fue ininterrumpida desde 2001 a 2014, tal y como lo demuestran las pruebas obrantes en el expediente y expuestas en la presente investigación. Por lo tanto, la imputación a CARVAJAL se refiere a su participación desde 2001 a 2014 en un mismo cartel empresarial, teniendo como co-cartelista a KIMBERLY y luego a SCRIBE. Así las cosas CARVAJAL es responsable de la conducta imputada con independencia del co-cartelista que haya tenido durante el tiempo de ejecución del cartel.

De acuerdo con lo anterior, para efectos de determinar la responsabilidad de CARVAJAL en la conducta investigada, debe entenderse que el cartel del que hizo parte desde 2001 a 2014 fue el mismo, independientemente de si la unidad de negocio de cuadernos en Colombia de su competidor estuvo ejecutada por KIMBERLY o por SCRIBE. En todo caso, debe tenerse en cuenta que no obstante KIMBERLY dejó de participar en el mercado de cuadernos en Colombia al vender esa línea de negocio a SCRIBE, se encuentra demostrado que las prácticas cartelistas siguieron desarrollándose entre CARVAJAL y SCRIBE de la misma manera a como lo hacían con KIMBERLY. De hecho, se acreditó que no hubo solución de continuidad del negocio, pues incluso está demostrado que hubo reunión de empalme entre las empresas respecto de la dinámica del cartel empresarial, como si se tratara del más lícito y normal de los negocios, al paso que los funcionarios de la línea de cuadernos de KIMBERLY involucrados en el desarrollo del cartel empresarial, continuaron con SCRIBE después de la venta de dicha línea de negocio a esta última.

Por último, vale la pena poner de presente que asumir que CARVAJAL hizo parte de dos carteles, como pretende hacerlo ver según lo expuesto en sus observaciones al Informe Motivado, le resultaría a dicha empresa aún más gravoso, en razón a que sería sancionada por dos carteles empresariales; por un lado, por el cartel que habría conformado con KIMBERLY-del cual se reitera que aún no ha operado la caducidad sobre el mismo-, y por el otro, por el cartel que habría conformado con SCRIBE. Pero obviamente, son las circunstancias del caso, sus particularidades y sus características las que indican que CARVAJAL desde 2001 y hasta 2014, hizo parte de un cartel empresarial para la fijación de los precios de los cuadernos para escritura en el mercado colombiano.

...

Al respecto, se precisa que la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la

Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, la cual consiste en:

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 lo particular, se observa que, la SIC encontró probado dentro del trámite administrativo que entre 2001 y 2014 existió un acuerdo anticompetitivo bajo la modalidad de cartel empresarial para la fijación directa e indirecta de los precios de los cuadernos para escritura, cuyos participantes fueron Carvajal y Kimberly: desde 2001 y hasta 2011 y Carvajal y Scribe: desde 2011 hasta 2014.

Así, la superintendencia acusada encontró que la conducta de cartelización empresarial respecto de la fijación de precios se materializó en cinco acuerdos que conllevaron a la configuración de la conducta descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos para la fijación directa e indirecta de precios), porque se incurrió en:

- i) La fijación directa de precios de los cuadernos del segmento premium;
- ii) la fijación directa de precios de salida de cuadernos de los segmentos intermedio y económico;
- iii) la fijación de una política de no descuentos al consumidor final (fijación indirecta de precios);
- iv) la reclasificación de clientes (fijación indirecta de precios); y,
- v) la fijación de un descuento máximo de cuadernos obsoletos (fijación indirecta de precios).

A su vez, la SIC encontró que durante el desarrollo del cartel los investigados incurrieron en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, en contravención de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, al haber incurrido en prohibición general que señala que *"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"*. Esto, pues se demostró que la entidad demandante incurrió en:

- i) Regulación o concertación de estrategias de comercialización;
- ii) regulación o concertación de políticas o estrategias de mercadeo;
- iii) regulación o concertación de las estrategias financieras y de crédito y;
- iv) restricción del abastecimiento y distribución de los cuadernos.

De la revisión del acto acusado, se encuentra que el cartel empresarial fue uno solo en su ejecución, esto, pues si bien Scribe adquirió en 2011 la línea de cuadernos de Kimberly, el cartel continuó siendo el mismo, entre 2001 y 2011, con la participación de Carvajal y Kimberly, y posteriormente, pero sin solución de continuidad, entre 2011 y 2014, con la de Carvajal y Scribe.

Por tanto, se observa que, la práctica restrictiva reprochada se adelantó al menos desde 2001 y hasta 2014, independientemente de que las empresas vinculadas con Carvajal hubiesen variado. Tal circunstancia corrobora la continuidad de la participación de la empresa demandante, pues precisamente del material probatorio recaudado por la SIC, en especial de las confesiones y delación de dos de las tres empresas participantes, la entidad demandada tuvo por acreditado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló el cartel empresarial, que dieron cuenta de que no hubo

solución de continuidad en la conducta acusada, la cual continuó ejecutando Carvajal al menos hasta 2014.

Al respecto, en el acto principal sancionatorio, se señaló:

7.2.3. El Programa de Beneficios por Colaboración en el caso concreto

Como ya se mencionó, en la presente investigación KIMBERLY y SCRIBE accedieron al Programa de Beneficios por Colaboración, confesando su participación en un cartel en el sector de producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia, aportando unas pruebas para la investigación, para lo cual suscribieron sendos acuerdos de colaboración con la Superintendencia de Industria y Comercio. KIMBERLY confesó su participación en un cartel empresarial con CARVAJAL (2001-2011) y SCRIBE también su participación en un cartel con CARVAJAL (2011-2014).

KIMBERLY fue el primer agente del mercado en acceder al Programa de Beneficios por Colaboración, por lo que de verificarse su colaboración en la investigación, sería acreedor de un beneficio consistente en la exoneración del 100% del pago de la multa a imponer. Por su parte, SCRIBE que fue el sucesor sin solución de continuidad de KIMBERLY dentro del cartel, al adquirir la unidad de negocio de cuadernos en Colombia que era de propiedad de esta, accedió al Programa de Beneficios por Colaboración en condición de también primer delator, por lo que de verificarse su colaboración en la investigación, sería beneficiario de la exoneración del 100% del pago de la multa a imponer.

En este contexto, a continuación se hará un recuento general de las manifestaciones que realizaron KIMBERLY y SCRIBE al momento de acceder al Programa de Beneficios por Colaboración, esto es, la declaración de su participación en el cartel, así como la dinámica del mismo y las circunstancias en que se desarrolló.

...

Colaboración de KIMBERLY (primer delator)

El primer agente en marcar su entrada al Programa de Beneficios por Colaboración fue KIMBERLY, quien mediante solicitud realizada el 2 de diciembre de 2013, manifestó su intención de vincularse al Programa de Beneficios por Colaboración.

...

Colaboración de SCRIBE (primer delator)

SCRIBE al ser el sucesor de KIMBERLY sin solución de continuidad en el negocio de cuadernos, también ostenta la condición de primer delator dentro del Programa de Beneficios por Colaboración, quien mediante solicitud realizada el 1 de agosto de 2014, manifestó su intención de vincularse al Programa de Beneficios por Colaboración.

...

Advirtió SCRIBE dentro de su solicitud, que desconocía la fecha exacta en que se dio inicio al respectivo cartel, teniendo en cuenta que dichas prácticas venían desarrollándose con anterioridad a la fecha en que SCRIBE adquirió la línea de cuadernos de KIMBERLY. Así las cosas, el Delegado para la Protección de la Competencia decidió conceder el beneficio de primer solicitante a SCRIBE, teniendo en cuenta que el acuerdo anticompetitivo comenzó durante el tiempo en que KIMBERLY era el propietario de la línea de negocios de cuadernos, y que SCRIBE fue el sucesor sin solución de continuidad de KIMBERLY dentro del cartel empresarial al adquirir la unidad de negocio de cuadernos en Colombia que era de propiedad de este, por lo que las prácticas cartelistas siguieron desarrollándose entre CARVAJAL y SCRIBE de la misma manera como lo hacían con KIMBERLY. De hecho, está demostrado, incluso, que hubo "reunión de empalme" entre las empresas respecto de la dinámica del cartel empresarial, al paso que los funcionarios de la línea de cuadernos de KIMBERLY involucrados en el desarrollo del acuerdo colusorio, continuaron con SCRIBE después de la adquisición de dicha línea de negocio a KIMBERLY.

...

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, es claro para este Despacho que el acuerdo realizado por CARVAJAL y KIMBERLY (antes de 2011), y CARVAJAL y SCRIBE (después de 2011), que acá se reprocha, versaba sobre la fijación concertada de los precios de venta de los cuadernos para escritura en los distintos canales de comercialización y otras prácticas anticompetitivas en dicho mercado.

Por tanto, se observa que, no se trató de dos acuerdos distintos en razón a la individualización de cada empresa interviniente en la conducta reprochada, pues lo que se advierte es que Kimberly vendió su línea de cuadernos a Scribe y aquella dejó de participar en el mercado, de modo que, se trató de una conducta continuada, frente a la que, no procede el fraccionamiento pretendido por la sociedad actora.

Por tanto, la conducta reprochada fue continua, aunque se diera inicialmente entre Carvajal y Kimberly y, luego entre la primera y Scribe, pues se trató de un mismo cartel empresarial que siempre

tuvo como eje a la sociedad demandante, independientemente que la unidad del negocio lo ejerciera con las otras dos empresas en distintos períodos.

En consecuencia, no se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, en atención a que se encontró demostrado que el cartel empresarial evitó que por más de trece años (2001 a 2014) los precios fueran el resultado de la libre competencia entre los agentes de mercado, generando condiciones adversas de manera ininterrumpida y continuada, cartel en el que Carvajal participó permanentemente y como co-cartelistas tuvo a Kimberly y Scribe.

En ese orden, no procede la contabilización que frente a la caducidad alega la parte demandante, pues tal criterio implica el fraccionamiento de la conducta bajo el argumento que se trató de dos acuerdos independientes en razón de la individualización de las empresas Kimberly y Scribe.

De manera que, la SIC cuando expidió la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016 y la notificó contaba con su facultad sancionatoria, pues no había operado la caducidad de que trata el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

Por lo expuesto, este cargo tampoco prospera.

4.3. Falsa motivación:

La parte demandante alegó la configuración de tal causal respecto de las estrategias concertadas de comercialización entre Carvajal y Scribe, en relación con el acuerdo para la no venta de cuadernos en consignación, frente al acuerdo entre Carvajal y Scribe para la no recolección de unidades sueltas y la no refacturación de productos.

Así como, lo indicado en la decisión acusada para no entregar obsequios al consumidor final; en la determinación del acuerdo sobre el número de promotores por punto de venta; en no comprar espacios adicionales sobre la concertación de las estrategias financieras y de crédito; sobre la no venta de cuadernos "Ecoplus" de Scribe y "Expresarte", respecto de la estimación teórica del daño

potencial del cartel empresarial, a que el acuerdo para la fijación de precios se cumplió y tuvo un impacto en el mercado colombiano.

Por su parte, la SIC sostuvo que no se configuró tal causal de nulidad puesto que, respecto de la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, ya que encontró probado dentro del trámite administrativo que entre 2001 y 2014 existió un acuerdo anticompetitivo (cartel empresarial) para la fijación directa e indirecta de los precios de los cuadernos para escritura, cuyos participantes fueron Carvajal y Kimberly (desde 2001 y hasta 2011) y Carvajal y Scribe (desde 2011 hasta 2014).

De modo que, para la SIC tales prácticas operaron como una verdadera estructura ilegal encubierta, que dio cuenta de la existencia de varias conductas anticompetitivas que vulneraron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), en particular, los acuerdos relacionados con estrategias de comercialización, políticas de mercadeo, estrategias financieras y de crédito, así como la restricción conjunta del abastecimiento y distribución de los cuadernos.

Para resolver, se considera:

En relación con la causal de nulidad por falsa motivación, la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado:

“El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto.

....

Lo anterior significa que cuando el acto administrativo debe estar motivado, los motivos deben existir y, además, corresponder a los previstos en el ordenamiento jurídico.

La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica y/o jurídica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad...¹⁴”

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil doce (2012). Radicación

Es así como dicho vicio de nulidad se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, éstos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación.

A su vez, la aludida Corporación manifestó lo siguiente:

...

“Se reconoce esta causal cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, es decir cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.

De manera pues que el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.

En tratándose de examinar ésta causal de nulidad, se acudirá siempre a la motivación expresada en el acto cuando se expide en ejercicio de una facultad reglada.

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.”

... 15

De modo que, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales. Por tanto, cuando los hechos que tuvo en cuenta la administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la administración supuso que existía al tomar la decisión¹⁶.

Sobre los carteles empresariales, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha señalado: *"...que los... carteles son las más escandalosas violaciones de las normas de competencia y... perjudican a los consumidores en muchos países a través del incremento en los precios y de la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores e innecesariamente costosos para otros"*.

En relación con los acuerdos contrarios a la libre competencia y su prueba, es preciso traer a colación la sentencia de 23 de enero de 2003 de esta Sección (Expediente núm. 25000-23-24-000-2000-0665-01 (7909), Actor: Cooperativa Lechera COLANTA LTDA, Consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola), en la cual se señaló:

"... 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:

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

"Se establece así que hay violación de la libre competencia cuando se dan acuerdos cuyo objeto o efecto sea la fijación directa o indirecta de precios.

La apreciación sistemática de la norma permite establecer que la locución acuerdos a que se refiere la norma ha de tomarse en el sentido que se define en el artículo 45, numeral 1, del mismo decreto en el cual se señalan varias definiciones "Para el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la

¹⁶ En providencia del 23 de junio de 2011, expediente No. 11001-03-27-000-2006-00032-00(16090), con ponencia del magistrado Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

competencia y prácticas comerciales restrictivas previstas en la Ley 155 de 1959”.

Al respecto se dice: “1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

De esas varias hipótesis posibles de dicho concepto, los hechos del sub lite se encuadraron en la última, esto es, en la de “práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

La Sala observa que la advertida igualdad en los precios en comento permite inferir esa conducta puesto que la simetría que se dio entre ellos en un período tan prolongado no es posible que hubiere sido casual atendiendo la complejidad de las variables que afectan todas las actividades relativas a la leche hasta ponerla en manos del consumidor final.

...

Habida cuenta de que el precio de dicho producto está determinado por factores como los costos de producción - que a su vez dependen del precio de los insumos y del nivel de eficiencia de cada empresa así como de las condiciones socioeconómicas del lugar en que se produce-, por las expectativas de utilidad del productor, los costos de distribución, el margen de utilidad del distribuidor, el posicionamiento o acreditación del producto y la calidad del mismo, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto, es poco probable que dos empresas coincidan en todos esos factores...

Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estado, no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción... De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado.”

A su vez, en sentencia de 30 de noviembre de 2006, expediente núm. 25000-23-24-000-2002-00678-01¹⁷, se indicó sobre la prueba de los acuerdos contrarios a la libre competencia, lo siguiente:

¹⁷ Actor: Rafael Ortiz Mantilla, Estación de Servicio La Pedregosa

"... Como bien lo advierte el a quo y la entidad demandada, tanta coincidencia no puede resultar de la casualidad, menos cuando el precio de dicho producto no está determinado por la ley, ya que está sometido a libre competencia, por lo tanto depende de factores variables como los costos de transporte, de los costos de operación de cada estación y, por ende, del nivel de eficiencia de ellas, así como de las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto. En esas condiciones es poco probable que 4 empresas coincidan en todos esos factores. De modo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios del producto gasolina extra."

Conforme con lo expuesto, la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto. Al respecto, en la sentencia del 21 de junio de 2018, expediente de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 25000-23-24-000-2010-00305-02, el Consejo de Estado indicó

Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no puede ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el cemento en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto.

En lo particular, se encuentra que, la sociedad demandante consideró que la SIC incurrió en una falsa motivación *respecto de las estrategias concertadas de comercialización entre Carvajal y Scribe*.

En lo atinente, la Sala observa que, tal argumento no se encuentra demostrado en el plenario, pues, por el contrario, en la investigación administrativa adelantada por la SIC se pudo determinar que, en efecto, entre los años 2001 y 2014 existió un acuerdo anticompetitivo para la fijación directa e indirecta de los

precios de los cuadernos, en los que participó Carvajal y Kimberly (del 2001 al 2011) y, Carvajal y Scribe (del 2011 al 2014).

Tan es así, que en el cargo relativo a la caducidad, la parte demandante aludió a la existencia de dicho acuerdo, pero que a su juicio debía contabilizarse tal figura de manera fraccionada.

De manera que, la sanción impuesta contó con numerosas pruebas que dieron cuenta que dos de las tres empresas involucradas Kimberly y Scribe confesaron y se acogieron al Programa de Beneficios por Colaboración, además de los múltiples mensajes de correo electrónico cruzados entre las sociedades y de mensajería instantánea a través de sistemas como *Whatsapp*, las declaraciones de más de diez personas naturales implicadas, a partir de lo cual, la SIC estableció que, en contravía de lo establecido en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se celebraron y ejecutaron cinco acuerdos para:

Esto, pues se reitera que ocurrió en razón de por la fijación directa de precios de los cuadernos del segmento premium, la fijación directa de precios de salida de cuadernos de los segmentos intermedio y económico, la fijación de una política de no descuentos al consumidor final (fijación indirecta de precios), la reclasificación de clientes (fijación indirecta de precios) y, la fijación de un descuento máximo de cuadernos obsoletos (fijación indirecta de precios).

Adicionalmente, la superintendencia demandada encontró que también incurrieron en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, en contravía de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que contempla la prohibición general en cita, por haber incurrido en la regulación o concertación de estrategias de comercialización, la regulación o concertación de políticas o estrategias de mercadeo, la regulación o concertación de las estrategias financieras y de crédito y, en la restricción del abastecimiento y distribución de los cuadernos.

De igual manera, se advierte que, en el procedimiento administrativo quedó establecido y acreditado que la demandante transgredió lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 47 del

Decreto 2153 de 1992 por los acuerdos para la fijación directa e indirecta de precios y, a su vez, incurrió en la prohibición general del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 consistente en la prohibición general de celebrar tales acuerdos que limitan la libre competencia.

A su vez, se precisa que, los planteamientos sobre los cuales la demandante pretende fundar la falsa motivación dan cuenta es de su inconformidad porque considera que la SIC incurrió en una indebida valoración probatoria.

No obstante, debe indicarse que en Colombia no existe una tarifa legal respecto de las pruebas y por el contrario, lo que impera en la valoración probatoria son los principios tales como el de la sana crítica y las reglas de la experiencia.

De modo que, la causal de nulidad por falsa motivación no puede sustentarse en criterios dispares de las partes, ni mucho menos en las apreciaciones subjetivas tendientes a establecer un "juicio de corrección" o de "mejor criterio" de razonamiento y análisis probatorio.

Por otro lado, la parte actora manifestó que se configuró un vicio de tal naturaleza en relación con el *acuerdo para la no venta de cuadernos en consignación*, pues el único caso que esgrimió es un supuesto acuerdo para no darle productos en consignación a la empresa Éxito, en 2012, por lo que, a su juicio un evento aislado y particular, en un solo año, no puede servir de fundamento para determinar que las dos empresas concertaron esa política comercial de manera coordinada y continuada.

En relación con lo anterior, en la resolución confirmatoria se indicó:

Frente a esta conducta afirmó CARVAJAL que las pruebas usadas por el Despacho para sancionar a las investigadas son insuficientes, desconocen otras pruebas aportadas por la recurrente y, en todo caso, no dan cuenta de una conducta concertada, continuada y coordinada.

En consideración de lo anterior se volverán a resaltar las pruebas con base en las cuales se tomó la decisión sancionatoria y después, una vez más, se demostrará que las dos (2) pruebas -que contrario a lo afirmado por la investigada sí fueron valoradas por este Despacho- con las que CARVAJAL

pretende desvirtuar el acervo probatorio en el que se fundó la decisión recurrida, no desmienten de manera alguna las conclusiones presentadas en la Resolución Sancionatoria.

En efecto, la primera prueba que se resaltó en la Resolución Sancionatoria fue el correo electrónico del 10 de noviembre de 2012, con asunto "RE: Encargo" remitido por SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE) a ANTONIO MARTÍNEZ BÁEZ PRIETO (Director General del GRUPO PAPELERO SCRIBE MÉXICO)... mediante el cual se remitió información preparativa de la reunión que se celebraría el 13 de noviembre de 2012 con GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA (Presidente de CARVAJAL):

"Hola Antonio

Datos reunión Gladys

Desde Abril a la fecha hemos sostenido dos reuniones con ellos, este Martes tendremos otra, a la que asistiré (sic) en compañía de Ángela y María V

Hemos compartido y acordado condiciones para clientes, y posiciones innegociables frente al mercado, estilo venta en consignación Éxito (sic) (...)"

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, de este correo en el que se indicó textualmente claridad, y sin duda alguna, la existencia de un acuerdo cartelista respecto de la venta en consignación...

Dicha circunstancia fue corroborada por el mismo remitente del mensaje mencionado, SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE)... quien en relación con el citado correo electrónico y frente a la reunión sostenida entre ANTONIO MARTÍNEZ BÁEZ PRIETO (Director General del GRUPO PAPELERO SCRIBE MÉXICO) y GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA (Presidente de CARVAJAL) en Ciudad de México (México)

...

Además de las pruebas directas ya referidas se encontró en el mismo sentido la agenda de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE), en la que consta la realización de una reunión el 4 de mayo de 2012 entre CARVAJAL y SCRIBE, en la que se discutió entre otros puntos la no venta en consignación de los cuadernos de escritura, y lo cual fue confirmado por la misma ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) en su declaración... en la que manifestó lo siguiente...

...

Aunado a lo anterior, alegó CARVAJAL que no se habían valorado las pruebas aportadas por CARVAJAL, que según su parecer desvirtúan las

pruebas que aquí de volvieron a exponer. Sobre el particular se indica que las dos (2) pruebas a las que se refiere CARVAJAL sí fueron valoradas (así como todas las pruebas del expediente) y ninguna desvirtúa la acreditada existencia del acuerdo cartelista bajo examen.

Por lo expuesto, se observa que, la SIC sí valoró el material probatorio, en el cual se incluyó el correo electrónico remitido por el señor Silvio Alberto Castro Spadaforra (gerente general de Scribe) del 10 de noviembre de 2012, la declaración de la señora Ángela Piedad Zapata Delgado (gerente comercial de Scribe) de la cual hizo mención Carvajal en su recurso al señalar que esta indicó: “ella simplemente afirma que se llegó a un acuerdo de ‘(...) no consignación (...)’”.

De igual manera, se advierte que la superintendencia acusada valoró lo relativo al “Anexo 12, denominado ‘Pruebas negociación con El Éxito cuando solicitó la venta en consignación’ y demás pruebas a las que aludió la parte demandante, que en lugar de desvirtuar la existencia de la conducta, fortaleció la sanción impuesta por la SIC.

En ese orden, resulta razonable que la SIC concluyera que la “evidencia económica” que refirió Carvajal solo demostraba que la relación comercial con el Éxito continuó estable, lo que “...podría explicarse entre otras razones por una ausencia de competencia por parte de SCRIBE, que es precisamente lo que buscaba CARVAJAL con la creación y el mantenimiento del cartel empresarial.”

Por consiguiente, contrario a lo afirmado por la parte actora bajo el argumento según el cual la SIC incurrió en una indebida valoración de pruebas, existió material probatorio que acreditó la existencia de un acuerdo cartelista para no vender en consignación entre Carvajal y Scribe.

A su vez, la demandante invocó la *falsa motivación frente al acuerdo entre Carvajal y Scribe para la no recolección de unidades sueltas*.

Al respecto, la SIC consideró:

"[e]n este caso pasa exactamente lo mismo, solo que ya no se está acordando la variable precio sino un elemento relacionado con políticas comerciales de venta de productos. Por lo tanto, que CARVAJAL ya tuviera como política no recoger unidades sueltas no es razón suficiente para desvirtuar un acuerdo cartelista que tuviera como finalidad que SCRIBE siguiera esta política, para evitar así competir por este tipo de variables de comercialización.

Ahora bien, entre las pruebas con base en las cuales se concluyó la existencia de esta conducta se encuentran: (i) el correo electrónico remitido por ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) a SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE)" el 7 de mayo de 2012, con asunto: "PUNTOS ACORDADOS PARA TEMP B 2012...en el que se la agenda personal de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE), en la que se dejó constancia de los pactos a los que se llegó en la reunión de 4 de mayo de 2012 a la que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (Gerente General Región Andina de CARVAJAL) confesó haber asistido; y (iii) la declaración de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) quien indicó que se propuso recoger solo determinados porcentajes de las devoluciones y no recoger unidades sueltas.

Frente a estas evidencias, que son suficientes para probar la existencia de un pacto ilegal y cartelista ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE), contrario a lo concluido por el Despacho, da cuenta de que no existió acuerdo anticompetitivo.

De lo expuesto, se puede observar que, la SIC encontró contrario a lo señalado por Carvajal, la declaración de la señora Zapata Delgado sí daba cuenta de que existió acuerdo sobre la recolección de devoluciones y que uno de los puntos fue ejecutado exitosamente. En efecto, la demandada hizo referencia a dicha declaración así:

"ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: No devoluciones en unidades sueltas, no consignación, no refacturación, devoluciones tradicionales 7 al 12%, no devolución total. Esto fue un tema que se puso sobre la mesa pero no sé, pues dijimos venga al tradicional en años anteriores, al canal tradicional no se le recibía devoluciones, luego alguno de los dos que el canal tradicional se quedara con algo de mercancía y no se le recogiera, todo lo que no vendiera, pues que no se le recogiera toda la devolución, ahí se colocó que colocáramos un porcentaje de 7 al 12% para recoger, pero realmente son ideas que se ponen sobre la mesa que se tratan de ejecutar pero esa no tuvo pues finalmente, hay clientes con devoluciones del 20, 25, 20 pero lo que sí funcionó hasta ese momento y pues todavía sigue funcionando en el canal tradicional, ahí dice no devoluciones en unidades sueltas, unidades

sueltas es que una caja trae 30 el cliente la abre, y entonces nos podría devolver 25 o menos de la caja de unidad de empaque, esa condición sigue muy firme en el canal tradicional, no recogemos unidades sueltas".

Por lo anterior, la Sala encuentra razonable que la SIC determinara que una cosa era aceptar devoluciones hasta un determinado porcentaje, fuera en unidades sueltas o en cajas, y otro muy distinto era no aceptar devoluciones de unidades sueltas, sin importar el porcentaje.

Adicionalmente, la empresa actora sostuvo que se incurrió en una *falsa motivación respecto del acuerdo entre Carvajal y Scribe para la no refacturación de productos*.

En cuanto a este punto, la SIC determinó lo siguiente:

...se probó con la declaración de SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE)... el correo electrónico remitido por ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) a SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE) el 7 de mayo de 2012, con asunto: "PUNTOS ACORDADOS PARA TEMP B 2012"... en el que se informaron los puntos acordados con CARVAJAL en la reunión del 4 de mayo de 2012 llevada a cabo en el Club de Ejecutivos de Cali, incluyendo en estos temas lo relacionado con la no refacturación a clientes; la declaración de MARÍA VIRGINA CABAL ESCOBAR (Gerente de Mercadeo de SCRIBE)... y la declaración de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE).

La principal defensa de la recurrente vuelve a ser que el objeto del acuerdo cartelista, es decir no hacer refacturación, ya era desde hace varios años una política de CARVAJAL, circunstancia que pretende probar con documentos de las políticas de manejo de devoluciones... y el testimonio de LEANDRO SÁNCHEZ VARGAS (Coordinador Administrativo y Financiero de CARVAJAL) ... No obstante, dichas pruebas sólo dan cuenta, de un lado, de los protocolos que se realizaban para recibir las devoluciones y, del otro, de la efectiva auditoría que se hace, entre otros, a esos protocolos. Por lo tanto, no hay prueba que acredite que realmente era una política de la empresa antes del acuerdo cartelista y menos que esa política no se hubiera concertado con SCRIBE.

En todo caso, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, aun si se concediera que efectivamente CARVAJAL tenía de años atrás la política de no hacer refacturación, lo cierto es que, como se ha explicado, tal circunstancia no desmiente ni desvirtúa la existencia del acuerdo anticompetitivo. Como ya se dijo, muchos de los compromisos que las

empresas adquieren en los carteles empresariales es seguir en lo mismo y no hacer nada nuevo y distinto, no modificar los precios, renunciar a cambiar y asegurarse de que todo o parte siga igual.

Para la demandante, no puede ser aceptable que se concluya que esa fue una práctica continuada, cuando la SIC afirma que se dio en 2012. Esto, pues no se presentó ninguna evidencia de que la práctica, en caso de haberse realizado, se hubiere hecho continuadamente en los años siguientes. Por lo que, consideró que es evidente la omisión de hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente, esto es, la inexistencia del acuerdo, razón por la cual debe decretarse la nulidad de la decisión a ese respecto.

Para la Sala, tales planteamientos no logran desvirtuar la conducta reprochada que se le endilgó a la parte actora por parte de la SIC, pues no logró acreditar que la entidad demandada se alejara de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica y que, su análisis resultara manifiestamente equivocado o arbitrario, y por ello, el peso otorgado a las pruebas se encontrase alterado o que fuera estimado e manera caprichosa.

De igual manera ocurre con los argumentos según los cuales, se configuró la falsa motivación: i) sobre el acuerdo entre Carvajal y Scribe para no entregar obsequios al consumidor final; ii) por la determinación del acuerdo sobre el número de promotores por punto de venta; iii) por el presunto acuerdo entre Carvajal y Scribe para no comprar espacios adicionales y, iv) sobre la concertación de las estrategias financieras y de crédito.

Al respecto, la SIC consideró:

5.2.3.11. Se demostró que CARVAJAL y SCRIBE acordaron no entregar obsequios al consumidor final.

La primera objeción de CARVAJAL a este cargo se centró en resaltar la supuesta falta de credibilidad de la declaración de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) por considerarla vaga, imprecisa y confusa por no indicar con exactitud la fecha y hora de una reunión a la que aludió en su declaración. Al respecto basta señalar que, en primer lugar, dada la cantidad de pruebas que sobre este cargo obran en el

expediente, en la Resolución Sancionatoria ni siquiera se nombró la declaración a la que alude CARVAJAL. En segundo lugar, la declaración -que está corroborada con pruebas documentales y testimoniales- no puede calificarse de vaga, imprecisa o confusa por el solo hecho de no precisar con exactitud el día y la hora de una reunión, más aun teniendo en cuenta el número plural de encuentros (muchas reuniones y conversaciones durante muchos años) que sostuvieron las empresas cartelistas y los suficientes elementos de tiempo, modo y lugar a los que se refirió la declarante en su narración.

...

En efecto, debe recordarse que el Despacho cuenta con una serie de pruebas directas que acreditan la existencia de la conducta. Así, en el expediente obra, entre otros, el correo electrónico del 23 de julio de 2013... con asunto "Re: Obsequios norma en panamericana Bogotá" remitido por ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) a MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR (Gerente de Mercadeo de SCRIBE) con copia a SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE), al que se adjuntaron fotografías de obsequios ofrecidos a los consumidores...

Sobre el particular debe resaltarse, de un lado, que los incrementos de las inversiones relacionadas con el rubro al que alude la recurrente no son concluyentes, ni desvirtúan los acuerdos anticompetitivos censurados, pues se trata de un rubro agregado que incluye todo tipo de gasto promocional y no exclusivamente el referido a entrega de obsequios (incluyendo gastos robustos como pautas y material publicitarios). Adicionalmente, aunque es de esperar que año a año haya un incremento porcentual, lo que se verifica es que de 2013 a 2014 hubo una disminución en la inversión de promoción, por lo cual si fuera cierto el enfoque de CARVAJAL para esta época estaría corroborado el efecto y el impacto de la conducta. De otro lado, aun asumiendo un incremento sustancial del gasto por estos conceptos, esto sería indicativo de tal circunstancia (incremento del gasto) pero no que el acuerdo cartelista no existió, máxime si obran múltiples pruebas en el expediente que permiten concluir la existencia del cartel empresarial.

5.2.3.13. Se demostró que CARVAJAL y SCRIBE acordaron no comprar espacios adicionales

...

Este Despacho probó que para el 2011 y el 2012, CARVAJAL y SCRIBE acordaron mantener las inversiones en sus clientes y no pagar por espacios adicionales, de tal manera que si las cadenas o sus clientes les ofrecían góndolas o exhibidores adicionales, incluso si estos eran "privilegiados", CARVAJAL y SCRIBE los rechazarían debido a lo que habían acordado.

Frente a este cargo, siguiendo la misma línea argumental que sostuvo con las demás conductas, CARVAJAL indicó que las pruebas con las que se tomó la decisión no son concluyentes y se habrían dejado de valorar pruebas que

en su parecer acreditan que el acuerdo cartelista para no comprar espacios adicionales no existió.

...

Todas las pruebas antes expuestas corroboran la existencia de un acuerdo cartelista para no pagar espacios adicionales, en el marco de una relación entre SCRIBE y CARVAJAL que como se ha expuesto hasta la saciedad era de colusión en todos los aspectos relacionados con el mercadeo, comercialización y venta de cuadernos.

5.2.3.14. Se demostró que CARVAJAL y SCRIBE establecieron estrategias financieras y de crédito concertadas

En el presente caso, a través de diversos medios probatorios obrantes en el expediente (correos electrónicos, declaraciones, testimonios, documentos, manifestaciones, etc.) se acreditó que, tal y como lo reconoció CARVAJAL, 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.

CARVAJAL en su recurso de reposición, a pesar de no negar la existencia de los Comités de Crédito, refuta la existencia de práctica ilegal alguna fundamentándose en que de entender estos comités como un acto contrario a la libre competencia, se estaría favoreciendo a clientes morosos y evitando que los agentes tomen sus decisiones de la forma más informada posible. Sobre el particular basta decir que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento está patrocinando una cultura del no pago o promoviendo el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los clientes de los empresarios, lo que está reprochando es que las decisiones para enfrentar impactos financieros se tomen con base en información que no debería intercambiarse en un escenario de competencia.

...

Lo anterior demostró que el intercambio de información entre CARVAJAL y SCRIBE dentro del contexto de los denominados Comités de Crédito, además de tener la idoneidad de favorecerlos para que pudieran coordinar variables de competencia como los cupos de crédito o los plazos de pago, fue efectivamente empleado con dicha finalidad.

En conclusión, el Despacho reitera que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, de conformidad con el material probatorio obrante en el expediente expuesto en detalle en la decisión impugnada y retomado en el presente acto, constató que el mecanismo de los Comités de Crédito va en contravía de la libre competencia, cuando tiene las características aquí analizadas.

Por lo expuesto, para la Sala no se configura la causal de nulidad de falsa motivación pues las razones que expuso la administración no son engañosas, ni alteradas de la realidad o que carezcan de veracidad, pues se ajustan a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se desarrolló la conducta sancionada.

A su vez, tampoco se observa que, dichos motivos no consultaran las circunstancias de hecho y de derecho para la emisión del acto administrativo acusado, es decir, sí corresponden con la decisión adoptada por la SIC.

En tal sentido, lo que se encuentra es que la parte demandante pretende cuestionar el análisis probatorio y el estudio de la SIC, pero bajo una inconformidad particular y subjetiva que no logra desvirtuar la presunción de legalidad que recae en el acto administrativo cuestionado.

De modo que, los reproches de la parte demandante se circunscriben a cuestionar el análisis valorativo realizado por la SIC con la finalidad de debatir lo que ya fue objeto de estudio por esa autoridad administrativa, sede en la que, se descartó la procedencia de los mismos argumentos que hoy plantea la sociedad actora en esta vía judicial.

Adicionalmente, se precisa que tampoco se demostró que tales cuestionamientos dieran para variar el sentido de la decisión administrativa, es decir, su incidencia para desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto demandado, pues el hecho de que la parte demandante no comparta la motivación, no implica por sí misma que esta carezca de veracidad y que se encuentre ajustada a la realidad fáctica y jurídica del caso concreto.

A su vez, la demandante invocó la *falsa motivación sobre la no venta de cuadernos "Ecoplus" de Scribe y "Expresarte" de Carvajal*.

Al respecto, la SIC estableció:

5.2.3.15. Se demostró que CARVAJAL y SCRIBE acordaron la no venta de cuadernos "Ecoplus" y "Expresarte"

En relación con la estrategia concertada de no vender cuadernos de escritura tipo 'Ecoplus' de SCRIBE y 'Expresarte' de CARVAJAL, los cuales pertenecen a un segmento intermedio, el Despacho en la Resolución Sancionatoria encontró demostrado que las compañías investigadas acordaron que dichos cuadernos no fueran comercializados en tiendas especializadas, ni tampoco en almacenes de cadena, ya que la venta en estos canales desvalorizaría los cuadernos pertenecientes al segmento Premium.

Lo anterior se evidenció en el correo electrónico del 7 de mayo de 2012...de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) a SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (gerente General de Scribe) que da cuenta de la reunión llevada a cabo el 4 de mayo de 2012...en la que... uno de los puntos que se discutió y acordó fue precisamente la no venta de los cuadernos de los segmentos económico-intermedio en almacenes de cadena:

'Puntos acordados:

(...)

- No colocaremos Económico (sic), Ni (sic) ecoplus (expresarte) (sic) en las cadenas

...

...CARVAJAL insistió en su recurso en que no se valoraron pruebas que demostrarían la inexistencia de un acuerdo cartelista relacionado con la no venta de los cuadernos de los segmentos económico-intermedio en almacenes de cadena. Particularmente, se refirió al documento denominado "Anexo No. 9"... el cual, según lo afirmado por la compañía investigada, contiene tablas de facturación de este tipo de productos a las cadenas de comercialización entre 2005y 2014.

Al respecto se reitera, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, que las pruebas a las que alude CARVAJAL sólo dan cuenta de que existió facturación en determinados canales, pero no hay elementos de juicio para entender que esa información se refiere solo a las ventas de la línea económica. Ahora bien, aun si se le diera credibilidad a la afirmación de CARVAJAL frente a la prueba que extraña, tendría que resaltarse que en 2012 -año al que refieren las pruebas de este acuerdo-se reportó el menor monto en facturación de todo el periodo comprendido entre 2005 y 2014.

En efecto, en 2012 se reportó un total de unidades vendidas de 466.234, mientras que en otros años, como 2008, se reportó un total de 2.821.688 unidades vendidas. Así, contrario de lo afirmado por CARVAJAL, aun en su tesis, esta prueba da cuenta de una disminución considerable de la

facturación, lo que constituye una prueba de la ejecución e impacto del acuerdo para no vender línea económica en grandes cadenas.

De otro lado, CARVAJAL insistió en desvirtuar la declaración de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE), afirmando que no se puede considerar que probaba esta conducta de la simple narración de los hechos que ella hace. Sobre el particular, como se ha venido insistiendo, debe señalarse una vez más que dicha declaración está corroborada con numerosas pruebas adicionales del expediente, como el correo citado líneas atrás e incluso por la misma prueba documental con base en la cual la recurrente presenta su argumento de defensa.

Además, su valoración se ha hecho con base en los criterios que la jurisprudencia y la ley han desarrollado para este tipo de pruebas, bajo un análisis de sana crítica. Por lo tanto, no hay razón alguna para concluir que no existió acuerdo cartelista para no vender línea económica en cadenas, al menos en 2012.

En lo particular, se observa que, la parte demandante pretende argumentar que la SIC no debía imponerle la sanción porque no se demostró que Carvajal y Scribe acordaron la no venta de cuadernos "Ecoplus" y "Expresarte" y sobre la no activación de los bonos en mención.

De igual manera, se observa que, la SIC tuvo en cuenta la evidencia directa de Carvajal en la participación de varias reuniones con Scribe, como la referida del 4 de mayo de 2012, lo cual fue corroborado en los descargos del gerente general de la Región Andina de Carvajal y, con la declaración de la señora Ángela Piedad Zapata Delgado en calidad de gerente comercial de Scribe, en la que se acordó la no colocación de dichos cuadernos en almacenes de cadena.

Por lo que, para la Sala tales razones no dan cuenta de la configuración de la falsa motivación alegada por la parte actora.

Finalmente, la demandante también invocó la configuración de la falsa motivación: a) *respecto de la estimación teórica del daño potencial del cartel empresarial y, b) porque la SIC consideró que el acuerdo para la fijación de precios se cumplió y tuvo un impacto en el mercado colombiano.*

De acuerdo con lo expuesto por la demandante, los supuestos e hipótesis empleados por la superintendencia fueron errados desde su aproximación conceptual ya que la realidad del mercado es contraria a la existencia de un cartel de precios. Por tanto, consideró que la SIC no demostró cuál fue el mecanismo de cumplimiento específico que hizo parte del caso investigado, además de que, se sustentó en suposiciones académicas sobre cartelización, pero no presentó prueba alguna para apoyar sus hipótesis.

Para la demandante, la SIC no dijo cuáles fueron esos beneficios, ni a cuánto ascendieron, ni siquiera mostró un análisis de los datos que revele la certeza de tales hipótesis teóricas. Por el contrario, durante cerca de los 14 años del período investigado, el precio de los cuadernos disminuyó constantemente y, Carvajal no obtuvo beneficios extraordinarios. Por lo que, resaltó que no se cumplen las premisas teóricas de un mercado cartelizado y, la única conclusión es que en los mercados de cuadernos no ha existido ni se ha ejecutado un acuerdo de precios.

Para la Sala, contrario a los planteamientos de la parte actora, se precisa que la sanción del legislador opera cuando se dan los supuestos previstos en la norma sin consideración o justificación de si la empresa logró beneficios extraordinarios en el mercado.

Es así como, se recuerda que la conducta reprochada se enmarcó en la descrita en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por los acuerdos demostrados que tuvieron por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precio y, la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 de celebrar tales acuerdos o convenios.

De modo que, se resalta que las normas en mención en parte alguna condicionan la acreditación de un mercado cartelizado en el beneficio extra al que alude la sociedad demandante o a que el precio, en este caso, de los cuadernos haya disminuido. Tampoco tal regulación refiere alguna presunción por los indicadores de crecimiento y beneficios o de disminución de precios que menciona la parte actora.

Por lo que, ocurrido el supuesto jurídico que contemplan las normas en mención, no es posible atender a requerimientos o planteamientos de la sociedad demandante según los cuales no existió cartel alguno, porque la empresa no obtuvo beneficios extraordinarios y porque el precio de los cuadernos antes de incrementarse, disminuyó.

Para concluir, se reitera que el Consejo de Estado¹⁸ recordó que los motivos de un acto administrativo constituyen uno de sus fundamentos de legalidad, a tal punto, que cuando se demuestra que estas razones que se expresan en él, como su sustento, no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida llamado falsa motivación.

No obstante, debe precisarse que, la causal en mención no se configura por la simple inconformidad de la parte frente al sentido de la decisión administrativa y de su análisis, sino que esta causal implica necesariamente que el impugnador logre demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.

En ese orden, se observa que, en lo particular, la parte actora no logró demostrar la inexistencia de los fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la SIC, tampoco acreditó que los supuestos de hecho esgrimidos en el acto fueran contrarios a la realidad, por error o por razones engañosas o simuladas, ni que se le haya dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y, mucho menos que, los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

Así las cosas, se advierte que, los motivos que fundamentaron el acto administrativo acusado son ciertos y corresponden a las circunstancias de hecho y de derecho que sustentaron la decisión acusada, basados en pruebas directas e indirectas, tales como correos electrónicos, reuniones, declaraciones, entre otros, los cuales dieron cuenta de la existencia de los acuerdos entre las empresas involucradas en contravía de lo dispuesto en el numeral

¹⁸ Sentencia del 14 de abril de 2016, expediente 250002324000200800265-01, Sección Primera. MP María Claudia Rojas Lasso.

1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Por tanto, para la Sala existe correspondencia entre la motivación del acto administrativo y la realidad fáctica y jurídica en tanto que, la demandante actuó en contravía de las normas en cita, por los acuerdos que tuvieron como objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios y, por transgredir la prohibición general de tales acuerdos.

En consecuencia, este cargo no prospera.

4.4. Falsa motivación y violación al debido proceso respecto de los acuerdos de los precios y para no realizar activaciones en puntos de venta con bonos Sodexo

La sociedad demandante sostuvo que la SIC rechazó el argumento según el cual, Carvajal no tiene injerencia ni facultad alguna para hacer esa suspensión ni para limitar la posibilidad de compra por parte de los consumidores con los bonos Sodexo, pues son los establecimientos de comercio los que libre y autónomamente deciden si aceptan o no dicha forma de pago.

Para la SIC, la causal de nulidad por la presunta falsa motivación no está llamada a prosperar pues los antecedentes de hecho y derecho que motivaron la expedición de los actos administrativos, corresponden absolutamente a la realidad y obedecieron a la estrategia anticompetitiva desplegada por los sancionados, entre ellos Carvajal.

Para resolver, se considera:

La SIC en el acto acusado sostuvo:

5.2.3.16. En relación con la no realización de activaciones en puntos de venta con bonos Sodexo

Tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, este Despacho encontró demostrado que otro de los puntos del acuerdo sobre restricción al abastecimiento y distribución de los cuadernos de escritura entre CARVAJAL y SCRIBE versó sobre la no activación de los bonos Sodexo Pass para la

compra de cuadernos en distintos puntos de venta, particularmente en tiendas especializadas. En otros términos, la conducta conjunta de CARVAJAL y SCRIBE tuvo por objeto no permitir el pago de los cuadernos de escritura a través de este medio en determinados puntos de venta, restringiendo de manera coordinada su comercialización. Esta conducta restrictiva de la libre competencia tiene como efecto limitar las opciones que tienen los consumidores de pagar los productos con estos bonos en los distintos puntos de venta, obligándolos a desplazarse a puntos en los que este medio de pago no se restringió, o acudir a otro medio de pago que inicialmente no estaban dispuestos a utilizar.

En cuanto a los bonos Sodexo se encuentra que la SIC también motivó razonadamente el acto acusado pues se basó en que en la reunión del 4 de mayo de 2012, referida en el correo electrónico del 7 de mayo de 2012, en la también se acordó: "*No haremos activaciones en puntos de venta con Bonos Sodexo (sic)*", lo cual antes de demostrar la inexistencia de la conducta reprochada de la demandante, lo que hizo fue corroborar que debía imponérsele la sanción ante la conducta anticompetitiva que limitó la libre competencia.

Así, se encuentra que de la prueba en cita, quedó demostrada la configuración de la conducta acuerdo tendiente a limitar la libre competencia, pues para que el consumidor pudiera adquirir los cuadernos con ese medio de pago, debía encontrarse la activación en los respectivos puntos de venta, lo cual se restringió como se puede observar de dicho correo electrónico.

Por tanto, no se observa una falsa motivación en las razones esgrimidas por la SIC.

Por lo expuesto, se denegarán las pretensiones de la demanda puesto que, no se configuró ninguno de los cargos de nulidad alegados en contra de los actos acusados, los cuales, por el contrario, conservan su presunción de legalidad.

5. De la condena en costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en el presente

asunto no hay lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte vencida en el proceso.

Lo anterior, por cuanto, no evidencia en modo alguno una actuación caprichosa o arbitraria ni mucho menos que dicha parte haya procedido "con manifiesta carencia de fundamento legal".

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

FALLA:

1°) Deniéganse las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°) Abstiénese de condenar en costas por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

ÓSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN
Magistrado
Firmado electrónicamente

MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado
Firmado electrónicamente

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