

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

RADICACIÓN: 11001-3334 -003-2017-00108-00
DEMANDANTE: GERMAN VARELA VILLEGAS
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MEDIO DE CONTROL

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor German Varela Villegas, actuando a través de apoderado judicial formula demanda contra la Superintendencia de Industria y Comercio, para que en sentencia definitiva se hagan las siguientes:

DECLARACIONES Y CONDENAS

Primera Principal: Se declare la nulidad del artículo sexto de la resolución 54403 de 2016 del Superintendente de Industria y Comercio, mediante el cual se declaró que Germán Varela Villegas, incurrió en la responsabilidad prevista en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2005, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

Segunda Principal: Se declare la nulidad del numeral 7.9 de la resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se impuso a Germán Varela Villegas, una multa por valor de \$213.731.050, equivalente a 310 SMLMV, confirmado 90560 del 29 de diciembre de 2016.

Tercera Principal: Como consecuencia de las peticiones Primera y Segunda Principales, se restablezca el derecho a Germán Varela Villegas Carvajal en el sentido de:

3.1 **Condenar** a la Superintendencia de Industria y Comercio a **devolver el monto pagado** de la **sanción**, \$213.731.050 (numeral 7.9, de la resolución 54403 de 2016 del Superintendente de Industria y Comercio).

3.2. **Condenar** a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar las sumas señaladas, **debidamente ajustada** según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA, aplicada desde el 9 de diciembre de 2016, fecha del pago de la sanción y hasta el día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago;

3.3 **Condenar** a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar a favor del Demandante los **intereses de mora** que correspondan, a partir de la fecha en que se deba hacer el pago (día en que el fallo quede en firme o el día que se indique para la procedencia del pago) según lo pedido en el punto 3.2 anterior y hasta que efectivamente se haga el pago.

3.4 **Ordenar** al Superintendente de Industria y Comercio que, a su costa, **publique un aviso** con las mismas condiciones en que ordenó la publicación de la sanción (artículo 17 de la resolución 54403 de 2016) a Germán Várela Villegas, con el siguiente texto o el que ese honorable Tribunal estime pertinente para restablecer el buen nombre:

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

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

2 Peticiones Subsidiarias

Se decrete la nulidad de las resoluciones 54403 del 19 de septiembre de 2016 y 90560 del 29 de diciembre de 2016, como consecuencia de ello, se restablezca el derecho a en el sentido de ordenar devolver a Germán Várela Villegas, el monto de la sanción de \$213.731.050, ajustadas según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA."

HECHOS DE LA DEMANDA

Los hechos descritos por el apoderado de la parte demandante, son:

1. 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 S.A.S., Colombiana Kimberly

Colpapel, y Scribe Colombia S.A.S., por la presunta infracción a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del decreto 2153 de 1992.

2. En dicho acto administrativo se abrió investigación y se formuló pliego de cargos, además de otras personas naturales, contra Germán Várela Villegas, para establecer si habría incurrido en la responsabilidad de que trata el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009.

3. En la resolución 7897 de 2015, mediante la cual se abrió la investigación antes mencionada, no se indicaron los hechos o las conductas o las omisiones que se le imputaban a Germán Várela Villegas, motivo por el cual no se pudo ejercer el derecho de defensa a ese respecto.

4. En la prenombrada resolución el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, de manera expresa determinó invertir la carga de la prueba, excediendo sus facultades.

5. Durante el curso de la investigación, presentó solicitud de revocatoria directa del artículo segundo, numeral 2.1, de la resolución 7897 de 2015, para que fuera desvinculado de la misma, con fundamento en i) la inexistencia de cargos y ii) en que había operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

6. Mediante resolución 19923 del 24 de abril de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó practicar algunas pruebas solicitadas y rechazó otras.

7. Mediante resolución 19924 del 24 de abril de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió desfavorablemente la solicitud de revocatoria directa.

8. 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 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y declarar administrativamente responsables y sancionar, entre otras personas naturales, a Germán Várela Villegas, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado esas conductas.

9. Mediante resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, el Superintendente de Industria y Comercio concluyó que las empresas arriba mencionadas infringieron el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y les impuso sanciones pecuniarias.

10. Así mismo, en la mencionada resolución se estableció que Germán Várela Villegas, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y le impuso una multa por valor de \$213.731.050, equivalente a 310 SMMLV.

11. Los hechos tenidos en cuenta por el Superintendente para determinar la responsabilidad de Eugenio Castro Carvajal no fueron debidamente probados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Las normas violadas y el concepto de la violación expuesto por la demandante se pueden concretaren los siguientes cargos:

1. Falsa motivación

1.1 Los hechos que la SIC tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión sancionatoria no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa.

1.1.1. *En qué consiste la infracción. Elementos para ser "colaborador"*

En la resolución 54403 de 2016 se estableció que Germán Várela Villegas, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2005, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992

En el aludido artículo 26 de la ley 1340 de 2009, se consagra: "Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio".

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que "la responsabilidad de una persona que coadyuve a la comisión de una práctica restrictiva se desprende directamente de su actuar (vía acción u omisión), y no de la naturaleza de su cargo o vinculación con el agente de mercado sancionado. Esto quiere decir que la pertenencia o afiliación de una persona a una empresa, en calidad de representante legal, miembro de junta directiva y, en general de administrador, **no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva**".

No obstante la anterior posición señor Magistrado, la SIC en el caso que nos ocupa, le atribuyó una responsabilidad a mi representado Germán Várela Villegas por el solo hecho de tener un alto cargo administrativo. En palabras de la SIC:

Por lo demás, como se indicó en la Resolución Sancionatoria no obstante su alta posición jerárquica en la compañía toleró la continuidad de las conductas anticompetitivas hasta su finalización. Así pues, el recurrente tenía el deber jurídico de impedir la ejecución de las conductas anticompetitivas al ostentar un alto cargo directivo, pero no hizo nada para impedirlo, con lo cual se configuró su responsabilidad al omitir el correcto ejercicio de sus funciones.

1.2.1 Germán Várela Villegas no fue colaborador

1.1.2.1 Lo que supuestamente hizo Carvajal: Todos los acuerdos

En la resolución 54403 de 2016, la SIC determinó que Carvajal acordó precios de los cuadernos con Kimberly desde 2002 hasta 2011 y con Scribe desde 2011 hasta 2014, así:

a. Acuerdos en el segmento Premium a través de establecimiento de porcentajes de incremento de las listas de precio base. De acuerdo con el cliente y el canal de comercialización.
Acuerdos en la fijación de "Precios de salida" o precios mínimos en el segmento de cuadernos económicos e intermedios.
Acuerdos de políticas de no descuentos al consumidor final.
Acuerdos en la fijación de porcentajes máximos de descuento respecto a los cuadernos obsoletos.

1.1.2.2 Los tiempos de cada uno de los supuestos acuerdos

De conformidad con lo establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio:

a. Carvajal realizó acuerdos de precios de los cuadernos del segmento Premium a través de establecimiento de porcentajes de incremento de las listas de precio base. De acuerdo con el cliente y el canal de comercialización:
(...)

b. Carvajal realizó acuerdos para fijar "precios de salida" o precios mínimos en el segmento de cuadernos económicos e intermedios:

(...)

c. Carvajal realizó acuerdos para la fijación de una política de no descuentos al consumidor final.

(...)

d. Acuerdos para la fijación de porcentajes máximos de descuento respecto a los cuadernos obsoletos.

(...)

Honorable Magistrado, la SIC utilizó un correo electrónico del año 2001 y otro del año 2002, un testimonio impreciso que lo ubicó en una reunión del año 2002 en donde no hubo comportamientos restrictivos de la competencia y, luego de 11 años, cuando la posibilidad de juzgar cualquier comportamiento estaba prescrito, se le copió en un correo electrónico del año 2013. Con esta pobreza probatoria la SIC juzgó y sancionó a mi poderdante, olvidándose que al tratarse de una persona natural sus actos deben juzgarse de forma individual y personal. Nos referiremos a cada una de estas pruebas.

2.1 Correo electrónico 21 de agosto de 2001

Honorable Magistrado, la SIC consideró a partir de un correo interno de Carvajal de electrónico del 21 de agosto de 2001, de Germán Varela Villegas dirigido a Gladys Elena Regalado, Eugenio Castro Carvajal y otros funcionarios de su propia empresa, que:

Frente a este argumento, vale mencionar que a través del referido correo electrónico GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL) le propuso a GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA (Presidente de CARVAJAL), EUGENIO CASTRO CARVAJAL (Vicepresidente Corporativo de CARVAJAL) y otros funcionarios de CARVAJAL, que se reunieran en Bogotá o Cali con KIMBERLY y otros empresarios "con el objetivo básico de conocernos % acordar: precios netos a febrero de 2002, descuentos financieros y prácticas comerciales".

De la simple lectura se observa con meridiana claridad, que la finalidad convenida no fue otra que la fijación directa de los precios, conducta abiertamente ilegal que contraviene las normas sobre protección libre competencia económica. A propósito del origen del cartel empresarial donde participó

A pesar de la contundencia de las afirmaciones de la SIC, lo cierto es que no existe ninguna prueba de la reunión realizada sobre la base de dicho correo electrónico. Según se puede leer

en el correo electrónico referido, la reunión se efectuaría el 22 de agosto de 2001 "sujeto a mi confirmación", sin embargo, no hay prueba de que tal reunión se hubiera realizado y no pudo la SIC a partir de ello, concluir a partir de esta tentativa como la génesis de un cartel.

La dinámica del mercado de cuadernos gira alrededor de dos temporadas la A, a principio de cada año, y la B desde el mes de septiembre de cada año. La fijación de los precios para cada temporada debe hacerse con varios meses de antelación. En este sentido, no es posible concluir a partir de este correo electrónico que Germán Várela Villegas a título personal hubiere podido fraguar un acuerdo de precios tipificado como una conducta restrictiva de la competencia.

Tan es cierto lo anterior señor Magistrado, que la misma SIC fijó como fecha de inicio del presunto cartel, una nueva génesis, el mes de febrero del año 2002, en una reunión social celebrada en Cali, es decir varios meses después del correo electrónico de agosto de 2001.

2.2 Respecto de la reunión del 18 de febrero de 2002

La SIC utilizó una comunicación del 5 de febrero de 2002 y otra del 25 de febrero de 2002, para concluir que Germán Várela Villegas, participó en una reunión celebrada el 18 de febrero de 2002, en la que, según la hipótesis de la SIC se acordaron comportamientos restrictivos de la competencia.

No obstante, Señor Magistrado, en su conjunto, las pruebas recogidas en el expediente no permiten llegar a las conclusiones a las que llegó la SIC, donde pretende afirmar que una reunión celebrada en el restaurante Los Girasoles de la ciudad de Cali, fue el inicio "del cartel y del acuerdo para la fijación de precios en el segmento de cuadernos premium -años 2002 a 2006-".

Las pruebas lo que indican es que sólo se trató de un encuentro social, presionado por Kimberly. En este sentido, concluir algún otro objetivo para la reunión, sólo podría hacerse sobre la base de un testimonio contradictorio en sí mismo y contra evidente a la luz de las otras pruebas que se recogieron en el expediente, como el del señor Juan Enrique Restrepo.

2.1.1 El objetivo de la reunión de febrero de 2002

(...).

Sin embargo, lo que realmente se habló fue de aspectos generales del mercado y no desarrollaron la agenda que ellos tenían preparada, como el mismo señor Restrepo Gavina afirmó en su declaración:

(...)

Lo anterior es suficiente para que el Tribunal concluya que la SIC no tuvo fundamento alguno para edificar una hipótesis según la cual en una reunión de 2002, a la que supuestamente asistió el señor Germán Várela Villegas, se llegaron a acuerdos por parte de Carvajal y Kimberly.

(...)

2.1.6. Aparte de la reunión de 2001 antes referida, desde ese entonces y hasta 2010 no tuve conocimiento de más reuniones con Carvajal con el propósito de mirar temas de precios de cuadernos. Hacia el año 2006, en algunas ocasiones viaje a Cali para reunirme con Carvajal en su sede, pues Carvajal tenía interés en la adquisición de la marca de cuadernos Scribe. El propósito de las reuniones era entregar a Carvajal la información financiera del negocio de cuadernos Scribe, de forma que ellos pudieran hacer oferta.

(...)

2.3 Respecto al correo del 18 de febrero de 2002

(...)

Honorables miembros del Tribunal, el correo electrónico interno de Germán Várela Villegas de Carvajal, reflejó el objetivo unilateral de Carvajal de, eventualmente, aumentar el precio. Para esto, era necesario coordinar, al interior de Carvajal, una reunión para definir las condiciones del calendario, de conformidad con sus propias políticas.

No se puede descontextualizar y tratar de armar por pedazos una hipótesis de canalización para supuestamente regular las condiciones del mercado, con base en un correo cuya verdadero sentido y alcance no indica lo que se interpretó.

De aquel momento en adelante no existe ninguna otra referencia del señor Germán Várela Villegas dentro del abundante expediente con que contó la SIC, incluyendo delatores, hasta el año 2013. Luego, fue una conducta aislada para cuya sanción la competencia de la SIC había prescrito habida cuenta que en ese momento regía el artículo 38 del CCA.

2.3 Respecto a la cadena de correos de Alfonso Enrique Chacón

La otra prueba que se blande contra mi poderdante, so unos correos internos entre funcionarios de Carvajal que, paradójicamente, reflejan un mercado en competencia.

Del primer correo interno escrito por Alfonso Enrique Chacón (funcionario de Carvajal) a Cesar Maldonado (También funcionario de Carvajal), lo único cierto es que Carvajal (BICO en

ese momento) está considerando, unilateralmente, que habida cuenta del aumento del precio del papel en un 15%, la lista de precios debería tener un aumento del 12%. Así mismo, de la respuesta del señor Maldonado al señor Chacón, lo que se refrenda el hecho de que el presupuesto fiscal de Carvajal preveía un aumento en los precios, sin que pudiere si quiere sospecharse, que dicho presupuesto estuviere influenciado por el acuerdo con un tercero. Ahora bien, pretender derivar un acuerdo de precios, a partir de la expresión "de todas formas vale la pena sondear el tema con la gente de El Cid y Kimberly", no tiene fundamento.

Sondear significa "Hacer las primeras averiguaciones sobre alguien o algo". De ninguna manera significa "vamos a acordar" o nada ni siquiera cercano, lo que significa coloquialmente es que no obstante tener una decisión tomada se va a mirar el mercado, pero sin ninguna otra pretensión, como la que concluye el Despacho.

Por lo anterior, la "contextualización que hizo la SIC es inaceptable:

(...)

Señor Magistrado, la misma SIC aceptó que de los correos no es posible llegar a una conclusión distinta a que en los mismos se dialogaba respecto a aspectos propios de una empresa dentro de un mercado en competencia y, sin embargo, concluyó que hubo contactos, que en todo caso no es una conducta ilegal que se pueda atribuir al señor Germán Várela Villegas.

3. Conducta del año 2013

Honorable Magistrado, el señor Superintendente no tuvo en cuenta que desde el correo de 2001, la reunión del año 2002 y el correo del 18 de febrero de 2002, no hay noticia del señor Germán Várela Villegas respecto a que haya tenido ningún tipo de contacto con personas de la competencia o injerencia en las decisiones que se hubieren tomado o indicios de conductas omisivas, por lo que el comportamiento por el que se le acusa en el año 2013 debe ser evaluado de forma independiente a lo sucedido en el año 2002, que evidentemente se encontraba caducado.

Posteriormente, en el mes de marzo del año 2013, el señor Germán Várela Villegas fue copiado en dos correos electrónicos internos de Carvajal donde el señor Jairo Nel Hernández compartió con algunos colegas de la empresa la situación del mercado:

(...)

Señor Magistrado, en primer lugar, no existe prueba respecto a que el señor Germán Várela Villegas haya abierto el correo

electrónico del cual fue copiado; en segundo lugar, si lo hubiere leído, lo allí consignado no constituye, ni de cerca, un acuerdo con un competidor o cualquier otra conducta ilegal, de la que se pueda concluir que el señor Várela "toleró" y, finalmente, en tercer lugar, no puede pretenderse que 11 años después de asistir a una reunión social con los competidores de la época (Kimberly), se pretenda concluir que el correo electrónico es el seguimiento de un "presunto acuerdo" realizado con otros competidores (Scribe), y de lo cual el señor Germán Várela Villegas debía estar al tanto. Absurdo.

Lo anterior es consistente con el hecho de que el señor Germán Várela Villegas, como lo muestra sus certificaciones laborales anexadas en el expediente, estuvo por fuera del país por 8 años: 5 en la Gerencia Global de Operaciones desde septiembre de 2004, hasta enero del 2010 y en Operaciones desde Enero de 2010 hasta diciembre de 2012 y por lo tanto no tuvo ningún contacto, ni conoció a las personas e Scribe, por ello, el correo en que aparece copiado, a los dos meses y medio de estar en el cargo de Mercadeo Global, sólo muestra la información de cómo opera Carvajal.

De todo lo anterior se deduce que Germán Várela Villegas no pudo haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la ley 155 de 1959, el decreto 2153 de 1992 y la ley 1340 de 2009, por la sencilla razón que no se encontraba en el país.

Reiteramos, señor Magistrado que la SIC no puede confundir la responsabilidad de la empresa con la responsabilidad personal del señor Germán Várela Villegas:

(...)

Claramente la SIC sancionó al señor Germán Várela Villegas por la conducta por la que investigó a la empresa para la que labora, olvidando que la responsabilidad personal implica que a las personas naturales investigadas se les debe juzgar, exclusivamente por sus actuaciones.

4. Violación al debido proceso y al derecho de defensa. Artículo 29 de la Constitución Nacional

(...)

La garantía constitucional al debido proceso y al derecho de defensa fue vulnerada por la SIC. En efecto:

4.1 Se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de Germán Várela Villegas, pues no se presentaron los hechos y cargos en su contra, en la resolución mediante la cual se inició la investigación

En la resolución 7897 de 2015, mediante la cual se abrió la investigación existe una ausencia total de los hechos imputados a mi poderdante Germán Várela Villegas y de las razones por las cuales esa Entidad consideró que alguna conducta o conductas a él atribuibles, sería violatoria de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. En desarrollo de un procedimiento administrativo sancionatorio los cargos tienen que ser claros y concretos para que, respecto de ellos se ejercite el derecho de defensa y no pueden inferirse o suponerse, pues ello viola el debido proceso y el derecho de defensa.

Como se demostrará, los hechos concretos que le fueron atribuidos, solo aparecieron en el informe motivado de la investigación elaborado por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el cual es emitido una vez se ha dado por terminada la fase probatoria. A partir de ese conocimiento concreto de los precisos hechos de los que se le acusaba, ya era imposible ejercer debidamente el derecho de defensa, por haberse encontrado precluída la etapa probatoria.

4.2 Se vulneró el debido proceso de Germán Várela Villegas. Reunirse no es sinónimo de cartel. Inconstitucional e ilegal inversión de la carga de la prueba. Vulneración del principio de inocencia.

En desarrollo de la conceptualización de los carteles empresariales restrictivos de la competencia, afirmó el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en la resolución 7897 de 2015, mediante la cual abrió la investigación:

Finalmente, la Autoridad de Competencia puede valorar como prueba suficiente de la existencia de un cartel que los agentes involucrados en el mismo hubieran hecho parte de las reuniones o comunicaciones que dieron lugar a su realización, sin que durante las mismas se hubieran opuesto de manera fehaciente al éste. En efecto, cuando la simple participación en las reuniones o intercambio de comunicaciones se ha establecido, corresponde al agente involucrado demostrar que su presencia en dichas reuniones o intercambio de comunicaciones no tenía ningún fin anticompetitivo, y que dicha situación fue informada a sus competidores a través de la manifestación expresa de que su participación tenía otros objetivos.

Honorable Magistrado, la anterior doctrina eliminó la presunción de inocencia que durante siglos ha regido nuestro Estado de Derecho. De contera, se cercenó el derecho constitucional que tienen todas las personas, entre ellas los competidores, de reunirse libremente. Con esa decisión, cualquier reunión que sostengan los competidores es sinónimo de cartel mientras no demuestren lo contrario. Absurdo!

4.3 Violación al debido proceso. La duda razonable es en favor de Germán Várela Villegas

(...)

Respecto al señor Germán Várela Villegas, no existen pruebas en su contra que hubiere participado activa o pasivamente en algún comportamiento restrictivo de la competencia. Sus actuaciones se redujeron a unas conductas que se produjeron entre los años 2001 y 2002, en las que no hubo prueba que se hubiere restringido la competencia. 11 años después, cuando cualquier conducta que hubiere realizado mi poderdante estaba prescrita, por virtud del transcurso del tiempo en vigencia del artículo 38 del CCA.

Luego, en el año 2013 al señor Germán Várela Villegas copiaron en un correo electrónico que por sí mismo no implicó ninguna conducta ilegal y con base en ella, la SIC concluyó que era responsable, por su alto cargo y por trabajar en una empresa envuelta en una investigación por un cartel continuado desde el año 2002.

(...)

5. Violación del artículo 27 de la ley 1340 de 2009. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC

Señor Superintendente, respecto al señor Germán Várela Villegas ha operado la caducidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, los hechos que pudieren serle imputados serían únicamente por: i) la supuesta asistencia a una reunión en **febrero de 2002**, conforme a lo dicho por Juan Enrique Restrepo Gaviria de Kimberly; ii) haber sido citado en un correo electrónico de un tercero, del **5 de febrero de 2002**, como posible asistente a una supuesta reunión.

Lo anterior por cuanto en el momento de suceder los hechos, la norma jurídica vigente en lo que respecta a la caducidad de la función sancionatoria era el artículo 38 del código contencioso administrativo, cuyo término vencía a los 3 años de ocurrencia de los hechos, cosa que sucedió hace largos años. Por lo tanto, la SIC perdió competencia para la imposición de una eventual sanción por los hechos sucedidos en el año 2002.

(...).

Como se evidencia, **han transcurrido 14 años** de la ocurrencia de los supuestos hechos que vincularían a Germán Várela Villegas, con las conductas que son materia de investigación. **Y, en los últimos 11 años no ha ejercido cargo en el que tuviera participación de las actividades de Carvajal Educación**, conforme se encuentra comprobado con las certificaciones que como pruebas documentales se acompañaron por la defensa.

(...)

Con base en lo expuesto, la facultad sancionatoria en lo que respecta a mi representado caducó en febrero de 2005 y, en consecuencia, así debe resolverse por el Tribunal." (Mayúscula sostenida, negrilla y subraya del texto original).

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Industria y Comercio, se opuso a la prosperidad de las pretensiones por las razones que se sintetizan a continuación:

Sostuvo que la conducta reprochada al señor Germán Valera Villegas se dio en virtud de sus acciones y omisiones, demostradas a lo largo de la investigación administrativa con pruebas idóneas tales como correos electrónicos y testimonio, por cuanto afirmó, este tuvo injerencia en el acuerdo de precios al colaborar, facilitar o tolerar la conducta anticompetitiva llevada a cabo por CARVAJAL, KIMBERLY y SCRIBE, en tanto que el alto cargo directivo que ostentaba implicaba un mayor deber de diligencia en impedir y denunciar tales prácticas, pues conociendo el acuerdo de precios desde el año 2001, toleró dicha conducta hasta por lo menos el año 2013.

Aseguró que en la Resolución 7897 del 27 de febrero de 2015, por medio de la cual se inició la actuación administrativa sancionatoria, se expuso de manera clara y detallada los hechos y cargos que la motivaron, e insistió en que la conducta que se endilgó al hoy demandante tuvo fundamento en suficiente material probatorio, por cuanto en ningún momento se invirtió la carga de la prueba, más allá de indicar a los investigados que para probar sus argumentos de defensa debían desvirtuar lo ya probado en la investigación aportando las pruebas conducentes y pertinentes. Así, sostuvo que no se vulneraron los derechos fundamentales del aquí demandante.

Frente a la caducidad de la facultad sancionatoria la Superintendencia de Industria y Comercio relató que lo expuesto en la demanda carece de fundamento por cuanto las conductas sancionadas fueron continuadas en el tiempo, entre el año 2001 y, hasta por lo menos el año 2013, por lo que, afirmó, que la norma aplicable era la Ley 1340 de 2009, que estipula que la facultad sancionatoria caduca vencido el término de cinco (5) años, los cuales iniciaron a contar una vez cesó la conducta, es decir cuando se inició la actuación administrativa en el año 2014, y en ese sentido, no perdió facultad para investigar y sancionar al hoy actor.

4. Actuación procesal

Por auto del 28 de junio de 2017, se admitió la demanda (Fls.272 a 245).

Por auto del 30 de enero de 2018, se tuvo por contestada la demanda (Fl.314).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 3 de octubre de 2018, en la que se realizó el control de legalidad y saneamiento, la fijación del litigio, se decretaron las documentales solicitadas por las partes, y se fijó fecha para realizar audiencia de pruebas (fls.330 a 335).

El 4 de diciembre de 2018, se inició la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA, en la cual al no encontrarse cumplida la orden emitida en audiencia inicial respecto a la totalidad de los antecedentes administrativos, se dispuso abrir incidente de desacato y requerir la información faltante (fls.344 a 345). La audiencia de pruebas se continuó el 1 de febrero de 2019, en ella se incorporó el expediente administrativo correspondiente a los actos acusados, se cerró el incidente, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar por escrito (Fls.366 a 364).

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente los apoderados de las partes presentaron los alegatos de conclusión (Fls.370 a 481 y 482 a 490).

6. Alegatos de conclusión

6.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda, en especial señaló que la Superintendencia demandada no demostró la existencia de una actuación dolosa o culposa en los hechos investigados, para lo cual trajo a colación providencia proferida el 27 de noviembre de 2018, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sala Transitoria. Así como adicionó fundamentos distintos de los expuestos en la demanda tendientes a controvertir la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia en relación con Carvajal S.A. (Fls.370 a 481).

6.2 Parte demandada

El apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio, solicitó negar las pretensiones de la demanda e insistió en los argumentos consignados en la contestación de la demanda, para lo cual realizó un

recuento de las pruebas recaudadas en la investigación administrativa, con las cuales, dice, se puede corroborar la responsabilidad del demandante en las conductas cuestionadas (Fls.482 a 490).

II CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 104, 106, 124, 138 y numeral 3 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho es competente en primera instancia para conocer el asunto de referencia por tratarse de una demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con cuantía inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Fijación del litigio.

El litigio se fijó en establecer si la Superintendencia de Industria y Comercio profirió los actos administrativos demandados con violación al debido proceso y derecho de defensa, al no desvirtuarse la presunción de inocencia respecto al señor German Varela Villegas e invertir la carga de la prueba en su contra.

3. Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si los actos administrativos acusados adolecen o no de nulidad por haberse proferido sin competencia en razón a la caducidad de la facultad sancionatoria, con falsa motivación y/o con violación al debido proceso y derecho de defensa.

El Juzgado previo al estudio de los cargos, procede a realizar pronunciamiento respecto de los hechos probados en el expediente, de la siguiente manera:

- Durante los días 22 a 24 de julio de 2014, funcionarios delegados del Superintendente Delegado para la Protección de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio realizaron visitas administrativas en las instalaciones de las sociedades CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S., SCRIBE COLOMBIA S.A.S. y D´VINNI S.A. en liquidación por adjudicación, en las cuales se recolectó información relacionada con la actividad comercial de cuadernos y se recibió testimonio, entre otros, del señor

German Varela Villegas, en calidad de Gerente Global de Mercadeo (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).

- Por Resolución 7897 del 27 de febrero de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abrió investigación y formuló pliego de cargos, entre otros, contra el señor German Varela Villegas, e indicó que:

QUINTO: Que mediante memorando radicado con el No. 14-151036 del 14 de julio de 2014¹, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") inició una averiguación preliminar con el fin de establecer si existe evidencia sobre la necesidad de iniciar una investigación por la realización de presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia ejecutadas por parte de **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.** (en adelante "**KIMBERLY**") y otras empresas, en el mercado de **producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia.**

(...)

DÉCIMO CUARTO: Que a partir del análisis de la información recaudada por esta Entidad en desarrollo de la averiguación preliminar, la Delegatura encuentra pertinente describir el mercado relacionado con los hechos objeto de investigación, que para el caso concreto corresponde al mercado de **producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia.**

(...)

A continuación, la Delegatura presenta la descripción del producto que conforma el mercado relevante. El estudio del mercado se enfocará en el producto: **cuadernos para escritura**, ya que: (a) las empresas investigadas en la presente actuación administrativa compiten efectivamente con dichos productos dentro del ámbito geográfico en el cual desarrollan su actividad; y (b) las presuntas prácticas restrictivas de la competencia investigadas hacen referencia a este mercado.

(...)

En el mercado de **cuadernos para escritura en Colombia**, se identifican ocho (8) empresas¹⁸ que comercializan marcas propias además de algunos supermercados; otras que fabrican directamente y las importaciones de este producto. Las empresas fabricantes y comercializadoras son: **CARVAJAL EDUCACIÓN (42,95%)**, **SCRIBE (18,82%)**, **PRODUCTOS ECO (11,86%)**, **PRIMAVERA (4,82%)**, **FABRIFOLDER (4,26%)**, **LUKAS EDITORES (2,59%)**, **LEGIS (0,91%)**, y **OLITO (0,61%)**. En total reúnen un poco menos del 87% del mercado nacional, el restante es abastecido por las importaciones.

(...)

Para el año 2005, el índice presentaba un valor de 5.554 y para 2013 este mismo indicador reportaba 2.789. A pesar de la reducción, el valor sigue siendo suficientemente alto para mencionar que existe una alta concentración en el mercado. De manera adicional, esta Delegatura calculó el Índice de Dominancia (en adelante: "**ID**")¹²⁶ encontrando que mientras para el año 2005 este indicador presentaba un valor de 2.234 y para 2013 el valor era de 4.108. Es decir, a pesar de presentarse una reducción en la concentración medida por el **HHI**, se presentó un incremento en el **ID**, lo que representa un incremento en la propensión a ejercer dominio sobre este mercado.

(...)

Así, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, establece:

"Artículo 1. 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.

(...)" (Negrilla fuera de texto)

La norma citada reprocha tres tipos de actos, a saber:

- i) *"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"*.
- ii) *"Las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*.
- iii) *"Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a "(...) mantener o determinar precios inequitativos."*

En este sentido, la segunda fracción del artículo, que se refiere a *"(...) las prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia (...)"*, es la que contiene la prohibición general que se explica.

(...)

En este contexto, la búsqueda de utilidades lleva a que los múltiples oferentes compitan entre sí, lo cual deviene en beneficios tales como el incremento en los niveles globales de producción; una creciente diversidad de productos y servicios; la reducción de los precios; un aumento en los niveles de innovación, y la promoción de una asignación eficiente de los recursos de la sociedad, lo cual, a la postre, promueve la redistribución de los recursos.

Así, los agentes económicos que actúan en un mercado en competencia como oferentes de un determinado producto o servicio lo deben hacer de forma autónoma e independiente, guiados por las presiones competitivas o por los incentivos que existan en el mercado. De este modo, cada empresa está llamada a fijar los precios de los bienes o servicios que ofrece de acuerdo con su estructura de costos, el margen de utilidad esperado, el nivel de demanda que exista y las estrategias comerciales que desarrolle internamente.

Es por lo anterior que se considera una distorsión grave del proceso competitivo aquel escenario en el que dos o más agentes, que compiten entre sí, establecen de forma consensuada el precio al cual ofrecerán sus productos o servicios. Lo anterior, por cuanto la variable precio, generalmente, es uno de los elementos más importantes de un mercado en competencia, toda vez que es una de las herramientas mediante las cuales los distintos agentes rivalizan entre sí con el fin de conquistar una participación mayor del mercado de que se trate.

(...)

DÉCIMO SÉPTIMO: De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, esta Delegatura logró identificar la presunta existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia o cartel empresarial en el sector de **producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura.**

Bajo este contexto, la Delegatura procederá a exponer el esquema general de funcionamiento del presunto cartel, el cual habría sido implementado a través de diversos mecanismos de comunicación y concertación, tales como la realización de reuniones (presenciales, videoconferencias, teleconferencias), el envío de correos electrónicos y contacto entre los agentes involucrados mediante llamadas telefónicas. Vale la pena resaltar, que dichos mecanismos no eran únicamente utilizados para implementar el posible cartel, sino que servirían de instrumento para efectuar el seguimiento y verificación de cumplimiento del mismo.

Así las cosas, la Delegatura encontró que el esquema general de funcionamiento del presunto cartel empresarial, habría dado lugar a la realización de varias conductas derivadas de los mismos hechos como parte de una misma estrategia, que darían lugar a la infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 así como lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior (la realización de varias conductas derivadas de los mismos hechos como parte de una misma estrategia) implica, no la formulación de varios cargos por diversas infracciones, sino la formulación de un solo cargo con el que presuntamente se infringieron varias disposiciones.

(...)

La Delegatura encontró que, como mínimo, durante más de 13 años (desde 2001-2014) se habría configurado y estructurado un presunto cartel en el sector de **producción, distribución y comercialización de cuadernos para escritura en Colombia**, que involucraría desde sus inicios a dos (2) de los agentes del mercado a los que en este acto administrativo se les formula pliego de cargos (**CARVAJAL** y **KIMBERLY**, entre 2001 y 2011) y en su etapa final a otros dos agentes del mercado (**CARVAJAL** y **SCRIBE** entre el 2011 y 2014).

(...)

Es de resaltar que, pese a la programación de las reuniones en distintos espacios geográficos, el esquema de funcionamiento del acuerdo garantizaba que los funcionarios de la empresa involucrados de manera directa en este tema (Nivel 1 y/o Nivel 2), tuvieran conocimiento de las decisiones adoptadas de manera constante. Es decir, todo nivel directivo-ejecutivo y nivel medio-alto tenía conocimiento de la presunta realización del acuerdo y de los compromisos a los que se llegaba entre las empresas en cada una de las reuniones.

(...)

Bajo este contexto, las personas participantes en las referidas reuniones habrían recibido la directriz de no dejar soportes en actas de los encuentros llevados a cabo por los agentes involucrados. De igual forma, los altos directivos impartían instrucciones en relación con el ocultamiento de cualquier información que pudiera servir de soporte o prueba de la existencia de la respectiva reunión.

(...)

Durante el período en el que tuvo lugar la conducta a investigar, esto es, desde por lo menos 2001 hasta 2014, se han visto involucradas durante este periodo o parte de él, antes del 2011 **CARVAJAL** y **KIMBERLY** y posterior al 2011 **CARVAJAL** y **SCRIBE**, las cuales producen, distribuyen y comercializan **cuadernos para escritura** en Colombia, y una cantidad importante de personas naturales como directivos y funcionarios de las mismas. De igual forma, la Delegatura tuvo conocimiento puntual de la realización de una multiplicidad de reuniones en las que participaron las empresas involucradas en el marco de la ejecución del presunto cartel, y del cruce de un sin número de correos electrónicos entre las personas naturales involucradas. En dichas piezas probatorias se evidencian los constantes intercambios de información y la implementación de mecanismos de seguimiento y de verificación del cumplimiento del presunto acuerdo anticompetitivo.

(...)

El cartel que presuntamente habría sido adelantado antes del 2011 por parte de **CARVAJAL** y **KIMBERLY** y posterior al 2011 por **CARVAJAL** y **SCRIBE** se implementó y ejecutó a través de diferentes mecanismos, dando lugar a la posible infracción de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al presuntamente haber fijado los precios en el sector de producción, distribución y comercialización de **cuadernos para escritura**.

Así las cosas y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la presunta fijación de precios se habría presentado desde dos perspectivas: (a) la fijación directa de precios; y (b) la fijación indirecta de precios vía descuentos.

(Fl.297 DD que contiene los antecedentes administrativos).

- El 7 de abril de 2015, el señor German Varela Villegas, entre otros, solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio, la revocatoria directa del artículo 2 numeral 2.1 de la Resolución 7897 de 2015, decretándose su desvinculación de la actuación administrativa (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Mediante memorial radicado el 10 de abril de 2015, el aquí demandante, entre otros, presentó ofrecimiento de garantías para eliminar los elementos anticompetitivos identificados por la SIC, y por tanto, para decretar el cierre de la investigación administrativa (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Con oficio del 15 de mayo de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio, negó el ofrecimiento de garantías presentado por el hoy accionante, al considerar lo siguiente:

Los compromisos propuestos por los **OFERENTES** consisten principalmente en coadyuvar las garantías presentadas por **CARVAJAL** en cuanto a implementar un procedimiento de fijación de precios autónomo que impida intercambios de información con competidores.

(...)

En efecto, dicho ofrecimiento es inocuo en la medida en que todo empleado de una empresa agente del mercado debe observar dicha conducta en virtud de la normativa vigente en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Por esta razón, el comportamiento que proponen los **OFERENTES** debe observarse en todo momento bajo el régimen de competencia vigente y, por ende, no se requiere de una garantía para que esta Superintendencia lo haga exigible, pues para ello basta, ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control o de policía administrativa como autoridad de la libre competencia.

Frente a los compromisos tendientes a evitar que se comparta información sobre precios con competidores, este Despacho reitera que no compartir información sensible es un comportamiento esperado de todo agente del mercado. Por ende, dicha garantía está exclusivamente encaminada a cumplir con el régimen de protección de la competencia y no es una garantía estructural que elimine los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas.

(...)

En adición a lo anterior, es pertinente recordar que los acuerdos de fijación de precios, la conducta por la cual se investiga a los **OFERENTES** en calidad de colaboradores, se caracterizan por ser la modalidad de práctica anticompetitiva más nociva para el mercado. Es así como los acuerdos de fijación de precios comúnmente se agrupan dentro de los denominados *hard core cartels*.

(Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).

- Mediante Resolución 19923 del 24 de abril de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio decretó la práctica de pruebas dentro de la actuación administrativa. Respecto del señor German Varela Villegas, se incorporaron las documentales por él aportadas (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Con Resolución 19924 del 24 de abril de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió adversamente distintas solicitudes de revocatoria directa contra la Resolución 7897 de 2015, y de nulidad de lo actuado, presentadas, entre otros, por el hoy accionante, por las siguientes razones:

Así las cosas, esta Delegatura se permite indicar que, en efecto, sí motivó de forma idónea la Resolución No. 7897 del 27 de febrero de 2015, en tanto expuso de manera clara, concisa y suficiente los motivos fácticos y jurídicos en los que funda su decisión de iniciar investigación administrativa en contra de **CARVAJAL, KIMBERLY** y **SCRIBE**, y en contra de varias personas naturales relacionadas con estas empresas. Lo anterior se puede constatar a lo largo de diferentes secciones del acto de apertura de investigación, pues dentro de su parte motiva se encuentran correos electrónicos, testimonios, declaraciones y documentos que permiten inferir su participación en la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Ello puede apreciarse de manera clara a partir del considerando **DÉCIMO QUINTO** en adelante, de la Resolución No. 7897 del 27 de febrero 2015, mediante la cual se abrió la presente investigación administrativa. Es preciso señalar que en el Expediente reposan más de 30 correos electrónicos²⁷, declaraciones²⁸ y testimonios de cuyo análisis se pudo inferir que existen méritos suficientes para iniciar una investigación administrativa por presuntas infracciones al régimen de competencia.

(...)

Así, se resalta, es durante esta etapa de investigación que se determinará la existencia o no de una conducta que se configure como una infracción de las normas sobre protección de la competencia, y que se les brindará a los investigados la posibilidad de presentar y controvertir las pruebas que se alleguen al proceso.

(...)

Así las cosas, en lo que respecta al caso *sub examine*, esta Delegatura encontró evidencia suficiente para dar inicio a la fase de instrucción, de manera que durante la misma se pueda realizar la correspondiente confrontación probatoria en aras de lograr la verdad de los hechos que se investigan.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, se insiste en que la totalidad del material probatorio sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la conducta ilegal que se investiga bajo el expediente 14-151036, fue traslado y se le permitió su acceso a todos los sujetos investigados para garantizar el debido proceso.

(...)

Frente al caso en concreto, se concluye que la información que reposa en los expedientes radicados con No. 14-22862 y No.14-167377, es de carácter reservado y además de ello es información que no constituye el objeto de la presente investigación, toda vez que como se mencionó anteriormente, la información pertinente para el trámite de esta investigación fue trasladada al Expediente No. 14-151036 y con base en ella fue que la Delegatura decidió dar inicio a la investigación por presuntas prácticas restrictivas en el mercado de cuadernos para escritura en Colombia.

(Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).

- El 3 de junio de 2015, el señor German Varela Villegas, entre otros, solicitó se declarara la nulidad de todo lo actuado, por cuanto no se había resuelto una solicitud de aclaración del acto administrativo que decretó la práctica de pruebas (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Mediante Resolución 3128 del 19 de junio de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio, reprogramó la recepción de algunos testimonios y aceptó el desistimiento de la práctica de otros, solicitados por Carvajal S.A.S. (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Con Resolución 35114 del 06 de julio de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio, aceptó el desistimiento de unos testimonios y adicionó la práctica de otros (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Con oficio del 16 de julio de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió adversamente la solicitud de aclaración y adición respecto al auto que decretó la práctica de pruebas, conforme a lo siguiente:

En cuanto a la solicitud de aclaración de los puntos i y ii, considera esta Delegatura que, no existe ninguna frase o concepto que pueda considerarse oscuro en la medida que el acto administrativo es claro al indicar que las personas citadas se presentarán ante esta Delegatura para ratificar el testimonio rendido durante la averiguación preliminar, esto es, para rendir la declaración de terceros prevista en el Capítulo IV, artículos 213 al 229 del CPC.

En este caso, el cuestionamiento del solicitante va encaminado a la interpretación y/o emisión de un concepto respecto del alcance de las normas establecidas en el CPC, toda vez que, su inquietud hace referencia expresamente a la forma en que se practica la recepción de los testimonios y/o declaración de terceros durante la etapa de investigación, lo que se reitera no es susceptible de aclaración, en la medida en que el procedimiento para la práctica de pruebas ya ha sido establecido por el CPC, el cual es preciso, detallado y claro en lo relacionado con este punto.

En efecto, en los artículos 228 y 229 del CPC se establece el procedimiento para la práctica de los testimonios y su correspondiente ratificación, en el cual se indica claramente que luego de que el juez interroge al testigo, las partes podrán interrogar al mismo, comenzando por el solicitante de la prueba. Procedimiento que ha sido aplicado desde el inicio de la etapa probatoria de esta investigación.

(Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).

- Mediante Resolución 91690 del 25 de noviembre de 2015, la Superintendencia demandada reprogramo la práctica de pruebas testimoniales y de visita de inspección a la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Mediante Resolución 99262 del 22 de diciembre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio prescindió de algunos testimonios por inasistencia reiterada de los citados, así como de otra documental decretada de oficio, por lo que declaró el cierre de la etapa probatoria y citó a los investigados a audiencia verbal de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992; diligencia que fue reprogramada por Resolución 454 del 13 de enero de 2016 (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- El 5 de febrero de 2016, se llevó a cabo la audiencia contemplada en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, con la comparecencia, entre otros, del apoderado del señor German Varela Villegas (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- La Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, rindió el informe motivado respecto de la actuación administrativa adelantada, en el cual recomendó responsabilizar administrativamente y sancionar, entre otros, al señor German Valera Villegas, por al

menos tolerar prácticas restrictivas de la competencia del esquema de pacto de precios de cuadernos entre las empresas mayoritarias que integraban el mercado. De dicho informe se desataca lo siguiente:

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, esta Delegatura corroboró la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia económica o cartel empresarial en el mercado de cuadernos. En efecto, las diversas conductas desplegadas por los agentes investigados en el marco de cartel en mención, se adecuaron en las conductas anticompetitivas contempladas por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, así como por las previstas en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

Ahora bien, del análisis de las conductas investigadas, esta Delegatura verificó la existencia de una concertación para fijar directa e indirectamente los precios de los cuadernos para escritura en Colombia, a través de cinco vías: (a) la fijación de precios de los cuadernos del segmento *premium* a través del establecimiento de porcentajes de incremento de las listas de precios base, acorde con el cliente y el canal de comercialización; (b) fijación de "*precios de salida*" o precios mínimos en el segmento de cuadernos económicos e intermedios; (c) fijación de una política de no descuentos a consumidor final; (d) reclasificación de clientes y (e) fijación de porcentajes máximos de descuento respecto de los cuadernos obsoletos.

(...)

CARVAJAL en sus descargos aceptó haber asistido a la mencionada reunión, pero indicó que el objetivo principal de la misma fue discutir los detalles de la posible adquisición de la línea de cuadernos de **KIMBERLY**³⁷. Sin embargo, esta afirmación resulta claramente controvertida por las pruebas atrás señaladas, en particular por lo consignado por **GERMÁN VARELA VILLEGAS (GERENTE GLOBAL MERCADEO CARVAJAL)** en el correo recién citado, en el que reconoció que el objetivo principal de la reunión fue el de promover el aumento de precios en Colombia, y otros dos países, por lo que debían coordinar una reunión con **KIMBERLY** para definir las condiciones del calendario B en Colombia.

Como se desprende de la prueba documental presentada hasta este punto, los funcionarios de **CARVAJAL** -copiados en el correo referido- tuvieron conocimiento de la reunión que se iba a realizar con **KIMBERLY**, así como de la finalidad de la misma, que no era otra más que discutir las condiciones del mercado de cuadernos en Colombia, no de cara a una eventual integración, sino como se declaró expresamente en el correo electrónico, con el objetivo principal de convenir el aumento de los precios, lo cual dista de ser descriptivo de una reunión de características informativas, tal como intentó justificarlo **GERMÁN VARELA VILLEGAS (GERENTE GLOBAL MERCADEO CARVAJAL)** en sus descargos.

(...)

De la continuidad en el contacto y la realización de las reuniones, no solo da cuenta la declaración de **JUAN ENRIQUE RESTREPO GAVIRIA (GERENTE DE VENTAS KIMBERLY)**, sino también los correos electrónicos que a continuación se exponen, que incluso fueron enviados entre los mismos funcionarios de **CARVAJAL** y que develar detalles de la estrategia conjunta de aumentar los precios que manejaba **CARVAJAL** con **KIMBERLY** desde el 2002.

(...)

Es claro entonces para esta Delegatura que las decisiones respecto de los precios de la temporada siguiente, eran tomadas de forma conjunta entre **CARVAJAL** y **KIMBERLY**, y no de forma autónoma como debería ocurrir en un mercado en competencia. Ello explica para esta Delegatura el por qué **CARVAJAL** decide consultar o "sondear" lo relacionado con los incrementos de los precios de sus cuadernos con la competencia, más cuando en el mismo correo la sugerencia que hace el funcionario de **CARVAJAL** se debe a la pérdida de contribución que tiene **CARVAJAL** en Colombia (imagen No. 5), situación que nada tiene que ver con el competidor y que obedece a una situación interna y particular de la compañía, y que en todo caso contradice la afirmación de **CARVAJAL** en cuanto la autonomía para la toma de este tipo de decisiones³⁹.

De igual modo, y como evidencia directa de la responsabilidad de **GERMÁN VARELA VILLEGAS** se trae a colación cadena de correos electrónicos del 21 de marzo de 2013²⁹² con el asunto denominado "*practicas (sic) de la competencia*" remitido por **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (GERENTE GENERAL REGIÓN ANDINA CARVAJAL)** y dirigido a **GLADYS HELENA REGALADO SANTAMARÍA (PRESIDENTE CARVAJAL)**, con copia a **VICTORIA EUGENIA ARANGO MARTÍNEZ (VICEPRESIDENTE FINANCIERA CORPORATIVA CARVAJAL)**, **GERMÁN VARELA VILLEGAS (GERENTE GLOBAL DE MERCADEO CARVAJAL)**. Como se advierte, **GERMÁN VARELA VILLEGAS** fue copiado en esta comunicación y por ende se enteró del informe presentado en el que además se indicó que se iban a "*confirmar los casos en todo el país (sic) para hablar con Silvio nuevamente*".

(...)

Por lo anterior para esta Delegatura, **GERMÁN VARELA VILLEGAS** realizó las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, ya que, en sus inicios, autorizó, ejecutó, colaboró y facilitó y, posteriormente, al menos toleró la realización de prácticas restrictivas de la competencia enmarcadas por el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), realizadas por **CARVAJAL** y **KIMBERLY** antes del 2011 y **CARVAJAL** y **SCRIBE** con posterioridad al 2011.

(Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).

- El señor German Varela Villegas, mediante escrito del 6 de mayo de 2016, presentó descargos contra el informe motivado presentado por la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, solicitando el archivo de la investigación por cuanto afirmó no haberse probado su participación en ningún comportamiento restrictivo de la competencia, o en su defecto declarar la caducidad de la facultad sancionatoria. Por último señaló que en caso de no acceder a lo anterior, se impusiera la mínima sanción establecida por la ley (Fl.297 DD que contiene los antecedentes administrativos).
- A través de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, proferida por el Superintendente de Industria y Comercio, se sancionó, entre otros, al hoy demandante con multa por valor de \$213.731.050, equivalente a 310 SMLMV por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del

Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto participó, colaboró y cuando menos toleró acuerdos para la fijación directa o indirecta de precios de cuadernos. La entidad respecto del demandante dispuso:

7.7.3.1.9. GERMÁN VARELA VILLEGAS, Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL

GERMÁN VARELA VILLEGAS fue Gerente Global de **BICO** desde 2002 y hasta enero de 2005. Luego pasó a ocupar el cargo de Director General de **CADERBRAS** hasta febrero de 2010, desde ese momento y hasta julio de 2010 fue Gerente Global de Comercialización y Tecnología. De agosto de 2010 a enero de 2012, se desempeñó como Gerente Global de Operaciones. Desde enero de 2013 a la fecha es Gerente Global de Mercadeo en **CARVAJAL**²⁸³.

La responsabilidad de **GERMÁN VARELA VILLEGAS**, quien como ya se dijo actualmente ocupa el cargo de Gerente Global de Mercadeo de **CARVAJAL**, se probó mediante correos electrónicos y declaraciones, que demostraron su participación en el cartel de precios (numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) objeto de la presente investigación.

En efecto,

Del material probatorio obrante en el expediente se acreditó que **GERMÁN VARELA VILLEGAS** colaboró, facilitó, ejecutó, autorizó y toleró la práctica restrictiva de la competencia prevista en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), así:

- Obra en el expediente el correo electrónico del 21 de agosto de 2001 de **GERMÁN VARELA VILLEGAS** (Gerente Global Mercadeo de **CARVAJAL**) dirigido a **GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA** (Presidente de **CARVAJAL**), **EUGENIO CASTRO CARVAJAL** (Vicepresidente Corporativo de **CARVAJAL**) y otros funcionarios de **CARVAJAL**, en el que propone llevar a cabo una reunión en Bogotá o Cali con **KIMBERLY** y otros empresarios "con el objetivo básico de conocernos y acordar: precios netos a febrero de 2002, descuentos financieros y prácticas comerciales".

- Se encontró igualmente una serie de correos electrónicos, particularmente uno del 5 de febrero de 2002²⁸⁴, con el asunto: "RV: REUNIÓN DIRECTIVAS CARVAJAL" remitido por **JUAN ENRIQUE RESTREPO GAVIRIA** (Gerente de Ventas de **KIMBERLY**) y dirigido a **RICARDO MEJÍA CANO** (funcionario de **KIMBERLY**), **FEDERICO RESTREPO RÍOS** (funcionario de **KIMBERLY**) y a **FERNANDO RESTREPO RESTREPO** (funcionario de **KIMBERLY**), cuyo contenido tiene que ver con la primera reunión que sostendrían **CARVAJAL** y **KIMBERLY** para discutir los precios y condiciones del mercado de cuadernos. Dice en lo pertinente aquel mensaje:

"(...)

Con el Dr. German Varela, Gerente General de Bico Internacional hemos estado coordinando esta reunión, a la cual asistirá el Dr. Jaime Prado Presidente de Bico Int. jefe de los gerentes de Bico Int. (Norma) y Productos el Cid y el Dr. Eugenio Carvajal Presidente de la junta Directiva de Bico Int. Y miembro de las juntas de Carvajal y Propal.

El encuentro será el día (sic) 14 de Febrero, Martes, en la ciudad de Cali, en reunión con Almuerzo en el restaurante los Girasoles a las 12.00 p.m..
El objetivo de la reunión es:

Buscar mejorar la rentabilidad de los negocios buscando un mejor esquema de precios y plazos.

La prioridad es el mercado Colombiano (sic), pero también se quiere contemplar los mercados de Ecuador y Venezuela.

Además del conocimiento de las personas y estrechar relaciones entre las Directivas de la dos empresas". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

- En línea con el anterior correo, también se encontró el correo electrónico del 25 de febrero de 2002, remitido por **BERNARDO GÓMEZ** (funcionario de **CARVAJAL**) a **CÉSAR ALBERTO MALDONADO** (funcionario de **CARVAJAL**) con el asunto: "RE: TEMPORADA CALENDARIO "B" DEL 2002", con copia a **GERMÁN VARELA VILLEGAS**, entre otros destinatarios.

El Despacho comprobó que **GERMÁN VARELA VILLEGAS** participó de dicha reunión y además conoció su objetivo: promover el aumento de precios de cuadernos en Colombia junto con **KIMBERLY**. Sobre este particular, se destaca el correo electrónico del 18 de febrero de 2002²⁸⁵ con el asunto: "Reunión pasada semana con Kimberly", remitido por **GERMÁN VARELA VILLEGAS** y dirigido a **MAURICIO ZAPATA CAICEDO** (Director General Región Norte de **CARVAJAL** México), **MANUEL EUGENIO ÁLVAREZ SINISTERRA** (funcionario de **CARVAJAL**), **EUGENIO ISAZA RESTREPO** (Gerente General de **BICO** en Ecuador de **CARVAJAL**) con copia a **JAIME PRADO RODRÍGUEZ** (funcionario de **CARVAJAL**) y **EUGENIO CASTRO CARVAJAL** (Vicepresidente Corporativo de **CARVAJAL**). De lo anterior se advierte que con esta conducta **GERMÁN VARELA VILLEGAS** autorizó, ejecutó, colaboró y facilitó el acuerdo anticompetitivo de fijación de precios en el mercado de cuadernos.

- Se encuentra igualmente correo electrónico del 29 de agosto de 2002, con asunto "Lista de Precios Calendario A-2003", remitido por **ALFONSO CHACÓN** (funcionario de **CARVAJAL**) y dirigido a **GERMÁN VARELA VILLEGAS** y **CÉSAR ALBERTO MALDONADO** (funcionario de **CARVAJAL**).

- Así mismo, obra en el expediente la cadena de correos electrónicos del 22 de marzo de 2013²⁸⁶ con el asunto: "Re: practicas (sic) de la competencia" remitido por **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** (Gerente de Mercadeo Región Andina de **CARVAJAL**) y dirigido a **GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA** (Presidente de **CARVAJAL**), con copia a **VICTORIA EUGENIA ARANGO MARTÍNEZ** (Vicepresidente Financiero Corporativo de **CARVAJAL**), y **GERMÁN VARELA VILLEGAS**, en el cual se indicó:

"(...) estoy tratando de confirmar los casos en todo el país (sic) para hablar con Silvio nuevamente.

Antes los clientes compraban discontinuados, es decir (sic) licencias que ya no jugarían (sic) para la próxima (sic) temporada, pero lo grave es que le están (sic) vendiendo saldos de marcas que son de línea (sic) y aunque en la siguiente temporada se renueven los diseños, no deja de ser la marca de línea (sic).

lo grave es que el cliente lo compra barato y con el mismo plazo de temporada A, plazo de un año y luego lo vende un poco más (sic) barata que la normal y le gana un muy buen margen...

Las practicas (sic) de la competencia no son fáciles (sic) de controlar más (sic) cuando ellos quieren mostrar resultados de venta y bajos inventarios.

de (sic) nuestra parte creo que es válido (sic) vender discontinuados de marcas que no tendremos en próximas (sic) temporadas, pero preferimos apostarle a controlar inventarios, mezclar diseños en los próximos (sic) tirajes, cambiar caratula (sic), etc". (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Como se advierte, **GERMÁN VARELA VILLEGAS** fue copiado en esta comunicación y por ende se enteró del informe presentado en el que además se indicó que se iban a "confirmar los casos en todo el país (sic) para hablar con Silvio nuevamente".

Para el Despacho, este correo no se refiere a un seguimiento con un propósito competitivo, sino que acredita la forma en que **CARVAJAL** vigilaba el desarrollo de los compromisos adquiridos en el acuerdo anticompetitivo, para posteriormente hacerle sus observaciones a **SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA** (Gerente General de **SCRIBE**).

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **GERMÁN VARELA VILLEGAS** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado y autorizado la práctica restrictiva de la competencia desarrollada por **CARVAJAL**, **KIMBERLY** y **SCRIBE** prevista en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios).

Ahora bien, una vez adelantada esta investigación y siendo valoradas todas las pruebas obrantes en el expediente, este Despacho no evidenció que **GERMÁN VARELA VILLEGAS** haya incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 de Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la conducta restrictiva de la competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) razón por la cual, se ordenará el archivo de la presente actuación para esta persona natural en lo relacionado con la imputación hecha por esta conducta.

Acto administrativo notificado por aviso al accionante el 29 de agosto de 2016 (Fls.44 a 180 y 297 DD que contiene los

antecedentes administrativos).

- El señor German Varela Villegas mediante escrito del 12 de septiembre de 2016, interpuso recurso de reposición. Los argumentos fueron básicamente los expuestos en la demanda que originó el presente proceso (Fl.297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos).
- Mediante la Resolución 90560 del 29 de diciembre de 2016, se resolvió adversamente el recurso de reposición presentado por el aquí accionante. La Superintendencia de Industria y Comercio en dicho acto administrativo realizó un análisis detallado de cada uno de los argumentos de los recurrentes, en especial respecto a las pruebas recaudadas y el papel que cada uno de los investigados desempeñó en la conformación de los acuerdos anticompetitivos. Respecto de la actuación del señor German Varela Villegas, la entidad expuso:

"Así las cosas, debe resaltarse que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, 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.

En efecto, el análisis probatorio de la Superintendencia de Industria y Comercio, que incluyó la confesión de dos (2) de los tres (3) cartelistas, KIMBERLY y SCRIBE, numerosos documentos, múltiples mensajes de correo electrónico y de mensajería instantánea a través de sistemas como Whatsapp, así como las declaraciones de más de diez (10) personas naturales implicadas, permitió establecer con total claridad que CARVAJAL junto con KIMBERLY en un primer momento, y posteriormente CARVAJAL con SCRIBE, conformaron y ejecutaron por más de una década, entre 2001 y hasta 2014, un cartel empresarial para fijar los precios de los cuadernos de escritura en Colombia.

En concreto, las pruebas obrantes en el expediente dieron lugar a establecer que las empresas mencionadas materializaron el cartel empresarial con la celebración y ejecución de cinco (5) acuerdos para: (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).

Paralelamente, el Despacho encontró que 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 (prohibición general), al haber incurrido 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.

(...)

Sobre el particular, vale reiterar que en el acto administrativo recurrido se indicó que para declarar la responsabilidad administrativa de una persona natural por la infracción de las normas de competencia a la luz del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, se debe probar:

Que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector "tolerar".

Una conducta pasiva que implique "tolerar" la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción y estando en posibilidad de hacerlo, omite adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.

Una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción anticompetitiva.

Con base en las premisas expuestas, la Autoridad de Competencia probó que las personas naturales sancionadas, intervinieron de manera activa u omisiva en la realización de las conductas anticompetitivas por las cuales se sancionó a CARVAJAL. Si bien es cierto que no todas las personas naturales participaron de manera activa u omisiva simultáneamente, ni tampoco durante toda vigencia del cartel empresarial, la Superintendencia de Industria y Comercio evidenció a través de testimonios, correos electrónicos y documentos físicos, que cada uno con su comportamiento coadyuvó en la realización de los acuerdos anticompetitivos sancionados, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que describió el Despacho cuando analizó la responsabilidad de cada una de las personas naturales investigadas.

(...)

Frente a este argumento, vale mencionar que a través del referido correo electrónico GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL) le propuso a GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA (Presidente de CARVAJAL), EUGENIO CASTRO CARVAJAL (Vicepresidente Corporativo de CARVAJAL) y otros funcionarios de CARVAJAL, que se reunieran en Bogotá o Cali con KIMBERLY y otros empresarios **"con el objetivo básico de conocerlos y acordar precios**

nelos a febrero de 2002, descuentos financieros y prácticas comerciales".

De la simple lectura se observa con meridiana claridad, que la finalidad convenida no fue otra que la fijación directa de los precios, conducta abiertamente ilegal que contraviene las normas sobre protección libre competencia económica. A propósito del origen del cartel empresarial donde participó activamente GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL), en la declaración rendida por JUAN ENRIQUE RESTREPO GAVIRIA (Gerente de Ventas de KIMBERLY, depuso lo siguiente en su diligencia de ratificación de testimonio acerca de la reunión que se llevó a cabo en febrero de 2002 en el "Restaurante Los Girasoles" en Cali:

(...)

Conforme se indicó en el acto administrativo recurrido, de esta cadena de correos electrónicos se logró probar que lejos de adoptar una estrategia comercial independiente, CARVAJAL consideró "sondear" con su competidor los precios de los cuadernos de escritura del segmento premium en cada temporada escolar lo cual dista mucho del comportamiento que debe adoptar una empresa competidora, cuyas decisiones de mercado obedecen exclusivamente al análisis que efectúa de manera independiente.

Por otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio probó que GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL) conoció y participó en una reunión cuyo objetivo consistió en promover el aumento de precios de cuadernos en Colombia junto con KIMBERLY. De lo anterior da cuenta un correo electrónico del 18 de febrero de 2002 con el asunto: "Reunión pasada semana con Kimberl/, remitido por GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL) y dirigido a MAURICIO ZAPATA CAICEDO (Director General Región Norte de CARVAJAL México), MANUEL EUGENIO ÁLVAREZ SINISTERRA (funcionario de CARVAJAL), EUGENIO ISAZA RESTREPO (Gerente General de BICO en Ecuador de CARVAJAL) con copia a JAIME PRADO RODRÍGUEZ (funcionario de CARVAJAL) y EUGENIO CASTRO CARVAJAL (Vicepresidente Corporativo de CARVAJAL) en el cual se indicó lo siguiente:

(...)

Por lo demás, como se indicó en la Resolución Sancionatoria no obstante su alta posición jerárquica en la compañía toleró la continuidad de las conductas anticompetitivas hasta su finalización. Así pues, el recurrente tenía el deber jurídico de impedir la ejecución de las conductas anticompetitivas al ostentar un alto cargo directivo, pero no hizo nada para impedirlo, con lo cual se configuró su responsabilidad al omitir el correcto ejercicio de sus funciones.

Finalmente, en lo atinente al argumento según el cual la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio estaría caducada, toda vez que los únicos hechos que pudieran imputársele a GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de

CARVAJAL) ocurrieron en 2002 debe ser desechada, ya que si bien es cierto su participación es de vieja data (2001 - 2002), obra evidencia en el expediente que acredita que participó, al menos, hasta 2013.

En efecto, se cuenta con la cadena de correos electrónicos del 22 de marzo de 2013 con el asunto: "Re: practicas (sic) de la competencia" remitido por JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (Gerente de Mercadeo Región Andina de CARVAJAL) y dirigido a GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA (Presidente de CARVAJAL), con copia a VICTORIA EUGENIA ARANGO MARTÍNEZ (Vicepresidente Financiero Corporativo de CARVAJAL), y GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL), en el cual se indicó:

(...)

Así las cosas, se observa que al ser copiado en dicho correo electrónico GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL) por lo menos, se enteró del informe presentado donde se indicó que se iban a "confirmar los casos en todo el país (sic) para hablar con Silvio nuevamente". En ese sentido se probó que CARVAJAL vigilaba el desarrollo de los compromisos adquiridos en el acuerdo anticompetitivo, para posteriormente hacerle sus observaciones a SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE). Por lo anteriormente expuesto, y según lo previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 la facultad sancionatoria de la Autoridad de Competencia se encuentra vigente para el caso de este investigado." (Fls.181 a 268 Negrillas, subraya y mayúscula del texto original).

En este punto, previo al estudio de los cargos formulados por el demandante, el Juzgado debe hacer referencia a lo siguiente:

Marco normativo y jurisprudencial aplicable

Libre competencia económica y prácticas restrictivas

Al respecto es importante señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia económica es un derecho bajo la regulación del Estado, para cuyo efecto introduce excepciones y restricciones. Así, el mencionado artículo señala:

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

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

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

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

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

Así mismo, frente al alcance del derecho a la libre competencia, la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1997¹, sostuvo:

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

Ahora bien, conforme al postulado constitucional, se expidió el Decreto 2153 de 1992² el cual, entre otros, señala el ámbito funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio y evitar las prácticas anticompetitivas en los mercados nacionales, y en él se estipuló la prohibición de acuerdos, convenios o prácticas que directa o indirectamente tengan por objeto o como efecto restringir la libre competencia, en los siguiente términos:

"ARTICULO 46. PROHIBICIÓN. *En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presente Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito."*

A su vez, los artículos 47 y 48 ibídem consagra lo acuerdos y los actos que son contrarios a la libre competencia, entre los que se destacan los siguientes:

"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 Corte Constitucional, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

² Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

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

(...)

ARTICULO 48. ACTOS 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 los siguientes actos:

(...)

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

(...).”.

En desarrollo de las anteriores disposiciones, la Ley 1340 de 2009³ estableció el ámbito de aplicación de las disposiciones sobre protección a la libre competencia de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2o. AMBITO DE LA LEY. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: *Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico⁴.*

De lo anterior, se concluye que las normas que prohíben las prácticas restrictivas de la competencia constituye una garantía del derecho a la libertad económica, en la medida que busca mantener y propiciar la existencia de mercados libres, así como el funcionamiento eficiente de los mercados que promuevan de la mejor manera los intereses de los consumidores.

Así, es claro que cualquier tipo de convenio, práctica o decisión concertadas que tenga por objeto o como efecto afectar la fijación directa o indirecta de precios, constituyen acuerdos que van en contravía de la libre competencia, que pueden influir grave y negativamente en el mercado; y es ahí, donde es necesaria la intervención estatal, a través de la entidad de inspección, vigilancia y

³ Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.

⁴ Aparte subrayado del texto adicionado por la Ley 1340 de 2009 declarado EXEQUIBLE, por los cargos analizados, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-172-14 de 19 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

control, para asegurar su adecuado funcionamiento de la actividad económica que allí se desarrolla.

Caso concreto

El Despacho debe realizar en primer lugar las siguientes precisiones:

Se observa que en los alegatos de conclusión la parte demandante reclama como cargo en contra de los actos demandados, la inexistencia de evidencia económica de un acuerdo, la ausencia de comprobación de los efectos del acuerdo, inexistencia de análisis económico de un cartel empresarial, y otros aspectos tendientes a controvertir la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia en relación con Carvajal S.A. (fls.391 a 481).

El Despacho encuentra que dichos ítems no fueron propuestos como cargos de la demanda en su debida oportunidad – la demanda no fue objeto de reforma -, por lo que en el presente caso, la defensa de la entidad demandada se ciñó a los concretos vicios de nulidad expuestos en el libelo demandatorio, y en ese sentido, en la audiencia inicial celebrada el 3 de octubre de 2018 se fijó el litigio en establecer si los actos administrativos demandados fueron proferidos con falsa motivación al no probarse los motivos determinantes de la decisión sancionatoria dentro de la actuación administrativa; con violación al debido proceso y derecho de defensa, al supuestamente no desvirtuarse la presunción de inocencia e invertir la carga de la prueba; y/o habiendo perdido competencia la Superintendencia de Industria y Comercio, para proferir la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria, decisión que no fue objeto de recursos y quedó en firme (fls.330 a 335).

Así las cosas, debe señalarse que los alegatos de conclusión no constituyen una oportunidad adicional para proponer nuevos cargos de nulidad pues ello atentaría contra las normas procesales y derechos sustanciales de la contra parte, como el derecho al debido proceso y contradicción, razón por la cual los aspectos no fijados en litigio, no serán analizada por éste Juzgado.

Hecha la anterior precisión, y establecido lo probado en el proceso y el marco normativo y jurisprudencial aplicable, el juzgado procede a estudiar los cargos formulados por el demandante y por tener relación, por efectos metodológicos se analizarán de manera conjunta los siguientes:

- **Falsa motivación - violación al debido proceso y derecho de defensa - presunción de inocencia.**

Por efectos metodológicos y afinidad temática, el Juzgado analizará conjuntamente dichos cargos de la demanda.

Aseguró la parte actora que los hechos que la SIC tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión sancionatoria, no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa, así sostuvo que no se probó que Germán Valera Villegas hubiera participado en ningún acuerdo de precios con la competencia, pues de los correos electrónicos que se tuvieron como prueba no se desprende tal actividad, es decir, no se desvirtuó la presunción de inocencia que lo amparaba, pues no podía la autoridad administrativa invertir la carga de la prueba en su contra, debiendo aplicar la duda razonable en su favor. Manifestó que como desde el año 2002 no existió evidencia de que el demandante hubiera tenido contacto con la competencia, la conducta evaluada a partir del correo electrónico del mes de marzo de 2013, debía analizarse de forma independiente a los hechos anteriores e indicó que en todo caso, con esa prueba tampoco se logró demostrar la conducta anticompetitiva endilgada por la entidad demandada. Así mismo, expuso el demandante que no se presentaron los hechos y cargos en su contra desde la Resolución mediante la cual se inició la investigación administrativa.

Análisis del Juzgado.

En el presente caso, se probó que la Superintendencia de Industria y Comercio inició la actuación administrativa imputando, entre otros, al señor German Varela Villegas el cargo consistente en el presunto incumplimiento del artículo 46 y numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y por tanto, el objeto de la investigación se concretó en determinar un posible acuerdo para la fijación de precios en el mercado de cuadernos para escritura, entre las principales empresas productoras, a través de sus directivos. Así fue como en la Resolución 7897 del 27 de febrero de 2015, por medio de la cual se inició la investigación administrativa, se señaló claramente no solo la norma presuntamente infringida, sino también los hechos que hacían presumir la existencia de un acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial en el sector de producción, distribución y comercialización de cuaderno para escritura, entre ellos, los siguientes: i) realización de reuniones (presenciales, videoconferencia y teleconferencia); ii) envió de correos electrónicos y contacto entre los agentes involucrados mediante llamadas

electrónicas; iii) seguimiento y verificación del cumplimiento de los acuerdos; iv) conocimiento de todo nivel directivo-ejecutivo de nivel medio-alto de los compromisos y acuerdos de precios; y v) directrices de no dejar soporte en actas de los encuentros realizados y el ocultamiento de cualquier información que pudiera resultar incriminatoria (Fl.297 DD que contiene los antecedentes administrativos), presupuestos todos estos que resultaron ser el fundamento fáctico de los actos acusados.

Así las cosas, no le asiste razón al demandante respecto al supuesto desconocimiento del debido proceso y derecho de defensa, pues el Despacho encuentra que el cargo atribuido – violación del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 - y los fundamentos fácticos del mismo fueron claros desde el mismo momento en que se dio inicio a la investigación administrativa y que no existió variación en los fundamentos de la imputación.

Ahora bien, el demandante afirma que no existen elementos de juicio que demuestren la conducta por la cual fue sancionado y que por tanto la Superintendencia demandada no desvirtuó la presunción de inocencia. Esta primera instancia estima que dichas afirmaciones tampoco resultan ser ciertas por las siguientes razones:

En el Sub judge se encuentra acreditado que en la actuación administrativa, a Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resoluciones 19923 del 24 de abril de 2015 y 35114 del 06 de julio del mismo año, decretó la práctica de pruebas documentales, testimoniales y de inspección tendientes a esclarecer la conformación del acuerdo anticompetitivo, la relación existente entre las empresas involucradas, el grado de participación de las personas jurídicas y naturales, y la calidad de la conducta respecto de cada una de ellas, para determinar si se configuraba o no una vulneración a los artículos 46 y 47 del Decreto 2153 de 1992 de manera general, de del numeral 16 del artículo 4 ídem de manera particular, en razón a la presunta ejecución de actos contrarios a la libre competencia (Fl.297 DD que contiene los antecedentes administrativos).

Así, la entidad demandada en las Resoluciones 54403 del 18 de agosto de 2016, por la cual se imponen una sanciones por infracción del régimen de protección de la competencia, y 90560 del 29 de diciembre de 2016, por la cual se deciden unos recursos de reposición, efectuó un análisis riguroso del material probatorio recaudado, explicando claramente como el hoy demandante tenía conocimiento de las conductas violatorias de las normas sobre protección a la competencia, concretamente, sobre la existencia de un acuerdo directo de precios

entre CARVAJAL S.A.S, KIMBERLY S.A. y SCRIBE COLOMBIA S.A.S., y de manera indirecta la fijación de una política de no descuentos al consumidor final, la reclasificación de clientes y la fijación de un descuento máximo de cuadernos obsoletos, todo ello en la distribución y comercialización de cuadernos para escritura, pues indicó la autoridad administrativa que no obstante su alta posición jerárquica en la compañía – CARVAJAL S.A.S. - toleró la continuidad de las conductas anticompetitivas hasta su finalización, cuando tenía el deber jurídico de impedir la ejecución de las conductas anticompetitivas al ostentar un alto cargo directivo, incumpliendo así el correcto ejercicio de sus funciones (Fls.181 a 268).

En este punto, es del caso traer a colación lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en cuanto establece:

"ARTICULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. <Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio." (Subraya el Despacho)

Así mismo, la existencia de un convenio contrario a la libre competencia ha sido definido como la simultaneidad o igualdad en aspectos del mercado que no se encuentran sometidos a la Ley, como por ejemplo el precio o los costos, factores en los cuales por las reglas del libre mercado, es muy difícil que los agentes que intervienen coincidan, por lo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo⁵.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Magistrado Ponente, Doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, sentencia de 30 de noviembre de 2006, Radicación número: 25000-23-24-000-2002-0067801, Actor: RAFAEL ORTIZ MANTILLA - ESTACION DE SERVICIO LA PEDREGOSA, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO y SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera Ponente: MARIACLAUDIA ROJAS LASSO, radicación número: 25000-23-24-000-2001-00364-01, Actor: ASOCIACION NACIONAL DE ENTIDADES DE SEGURIDAD PRIVADA - ANDEVIP Y OTROS, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Pues bien, de conformidad con las premisas probadas en el proceso, el señor German Varela Villegas ostentó distintos cargos directivos dentro de CARVAJAL S.A.S. o su conglomerado⁶ y que en ejercicio de los mismos conoció y participó en los acuerdos de precios constitutivos de prácticas comerciales anticompetitivas, puesto que resultó ser remitente o destinatario de distintos correos electrónicos en los cuales se remitía información concerniente a precios, descuentos y prácticas comerciales para la fijación conjunta de precios e incremento de los mismos, así como de las actividades de vigilancia y seguimiento a los compromisos adquiridos en el marco de los acuerdos violatorios a la libre competencia.

Así, en los actos administrativos cuestionados se transcribió el contenido de los correos electrónicos de fecha 21 de agosto de 2001, 18 de febrero de 2002 y 22 de marzo de 2013, y el testimonio de quien para la época era el Gerente de Ventas de KIMBERLY, de los que se evidencia la participación del aquí demandante en actividades tendientes a fijar e intercambiar información para acuerdos de precios y para coordinar las reuniones o encuentros donde se haría seguimiento a dichas políticas anticompetitivas entre las sociedades involucradas (Fls.44 a 180, 181 a 268 y 297 DD que contiene los antecedentes administrativos); situación ésta que de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con los artículos 46 y numeral 1 del artículo 47 ídem, constituye actos contrarios del derecho a la libertad económica que afectan el funcionamiento eficiente de los mercados y por ende los intereses de los consumidores.

De lo anterior se puede concluir que contrario a lo expuesto por el demandante, la atribución de responsabilidad que la entidad demandada realizó al señor German Varela Villegas no se dio por el solo hechos de que este ocupaba un alto cargo administrativo, o que el objeto de las reuniones y correos electrónicos no era otra distinta al de aspectos propios de su objeto social para realizar alianzas comerciales permitidas, pues esta primera instancia estima que la conducta jurídicamente endilgada al accionante sí se realizó, toda vez que se infiere con claridad meridiana, que la Superintendencia de Industria y Comercio logró demostrar con la totalidad de los elementos probatorios allegados al trámite administrativo, la existencia por un lado, de un acuerdo y su objeto, directo o indirecto, entre las sociedades más

⁶ Gerente Global de BICO desde 2002 hasta enero de 2005; Director General de CADERBRAS hasta febrero de 2010; Gerente Global de Comercialización y Tecnología de la misma empresa hasta julio de 2010; Gerente Global de Operaciones desde enero de 2013 y a la fecha de la expedición de los actos acusados se desempeñaba como Gerente Global de Mercadeo en CARVAJAL. (Fl.297 DD que contiene los antecedentes administrativos)

representativas de la industria, consistente en haber generado un consenso dirigido a estandarizar el precio de los cuadernos para escritura, y por otro, que el señor Germán Varela Villegas como mínimo conoció de dichos actos contrarios al régimen de protección a la competencia, sin que los hubiera evitado –dentro del marco de sus atribuciones- o denunciado, pese a ostentar un alto cargo dentro de una de las sociedades involucradas – Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL -, del cual se predicaba una actuación diligente en favor de sus intereses⁷.

Bajo estas directrices, estima el Juzgado que no es cierto que a la Superintendencia de Industria y Comercio le haya bastado la calidad que ostentaba el señor German Valero dentro de la sociedad CARVAJAL S.A., para concluir que se produjo una vulneración al régimen de la competencia, o que no haya analizado el verdadero objeto o propósito de los correos electrónicos y reuniones, ya que dicho ente de control efectivamente logró demostrar la existencia de una conducta permisiva de su parte, la cual contribuyó a la continuidad del acuerdo contrario a la libre competencia.

Así las cosas, entendiendo que la falsa motivación hace referencia a la falta de veracidad del sustento fáctico del mismo, es decir, cuando no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho y/o de derecho que sustentan la decisión y la realidad jurídica del asunto y teniendo claro que al demandante, en atención a su cargo y en ejercicio de sus funciones administrativas, le asistía la obligación de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales –entre ellas las relativas a la libre competencia -, y que pese a ello con su conducta omisiva consintió y por ende contribuyó con actos restrictivos de la competencia; y que los actos fueron correspondientes con dicha infracción, para esta primera instancia no existió vulneración del debido proceso y derecho de defensa, pues se encontró desvirtuada la presunción de inocencia, sin que el actor hubiera allegado material probatorio tendiente a desvirtuar su responsabilidad.

Al respecto, el presente asunto también se corroboró, según se expuso en el acápite de hechos probados, que al demandante en ningún

⁷ Artículo 23 de la Ley 222 de 1995. **“DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES.** *Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*

En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

(...)

2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.

(...)”

momento se le coartaron las oportunidades procesales de solicitar pruebas o controvertir las allegadas, pronunciarse sobre la apertura de investigación y del informe motivado, presentar recursos, y en general, intervenir a lo largo de toda la actuación administrativa, cosa distinta es que sus alegaciones no hayan tenido la virtualidad de demostrar su inocencia, o más bien, de probar la no comisión de las conductas endilgadas como anticompetitivas; pues valga recordar que ningún derecho es absoluto y por tanto, la presunción que se alega como no observada, es susceptible de ser desvirtuada, situación que fue precisamente lo que ocurrió, pues contrario a lo pretendido por la demandante, en los actos acusados se estableció con claridad y suficiencia las razones que demostraban la comisión de la infracción. Por lo anterior, los cargos no prosperan.

- **Violación del artículo 247 de la Ley 1340 de 2009, Caducidad de la facultad sancionatoria.**

Aseguró la parte actora que los hechos que pudieron serle imputados fueron la supuesta asistencia a una reunión en febrero de 2002 y haber sido citado en un correo electrónico del 5 de febrero de ese mismo año, por lo que, dijo, la norma aplicable respecto a la caducidad de la facultad sancionatoria en este caso en el artículo 38 de CCA, el cual señalaba un término de tres (3) años desde la ocurrencia del hecho para que la administración prohiriera el acto administrativo que resolvía la actuación; plazo que en su criterio se encontraba vencido al momento en que la Superintendencia de Industria y Comercio expidió el acto sancionatorio, pues habían transcurrido más de 14 años.

Análisis del Juzgado.

Para desatar el cargo planteado por la parte actora, lo primero es traer a colación las normas que invocan las partes, para determinar cuál de ellas es la aplicable al sub iudice.

El artículo 38 del CCA, señalaba:

ARTICULO 38. CADUCIDAD RESPECTO DE LAS SANCIONES. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas."(Resalta el Despacho)

Por su parte el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 establece:

"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."* (Resalta el Despacho)

Así las cosas, debemos decir que en la medida en que ésta última norma se refiere al término de caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la violación del régimen de protección de competencia, se ha de inferir que dicho artículo es el aplicable al presente caso, atendiendo al criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general, entendiendo que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial y por tanto, opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía⁸.

Por tanto, la Superintendencia demandada disponía de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos o de la cesación de la conducta; en ese contexto, se debe determinar la fecha de la ocurrencia de los hechos que motivaron la sanción impuesta y la fecha de notificación del acto mismo.

En el presente caso, el hecho que originó la sanción, respecto del señor German Varela Villegas, fue registrado el 21 de agosto de 2001, puesto que desde esa época el accionante envió un correo electrónico a directivos de empresas del mercado de cuadernos, con el fin de generar un consenso de precios (Fls.44 a 180 y 297 DD que contiene los antecedentes administrativos).

Ahora bien, el acto administrativo por el cual se impuso la sanción, Resolución 54403, se expidió el 18 de agosto de 2016 y fue notificada por aviso al accionante el 29 de agosto de 2016 (Fls.44 a 180 y 297 DD que contiene los antecedentes administrativos).

Así las cosas, si bien en principio se podría pensar que la Superintendencia de Industria y Comercio había perdido competencia para proferir el acto sancionatorio en razón a que entre el 21 de agosto de 2001, fecha en la que fue iniciado el incumplimiento de la obligación

⁸ Sentencia C-439/16, del 17 de agosto de 2016, Referencia: Expedientes D-11213, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

consagrada en la resolución antes mencionada, y el 18 de agosto de 2016, día de la notificación de la sanción, ya había transcurrido un lapso superior a los cinco (5) años, la Sala acoge la tesis del Consejo de Estado dada en sentencias del 12 de abril y 19 de julio de 2018⁹, donde al resolver un asunto similar al aquí planteado, advirtió que la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones, en el evento de investigarse una conducta permanente o continuada, el término comienza a contarse a partir de la fecha en la cual cesa la actuación.

Pues bien, en el *sub lite* es indudablemente que la conducta sancionada es de carácter continuada, por el hecho de que se derivan de un comportamiento con una unidad de propósito, si se tiene en cuenta el constante intercambio de información entre los directivos y administradores de las sociedades pertenecientes al mercado nacional de cuadernos, relacionada con temas específicos para la determinación de precios, se prolongaron, respecto del demandante, hasta el **22 de marzo de 2013**, fecha en que éste fue copiado de un correo electrónico en el que se evidencian actuaciones tendientes a coordinar el seguimiento a lo convenido (Fls.44 a 180, 181 a 268 y 297 Disco Duro que contiene los antecedentes administrativos); lo que presupone que es desde esta última fecha que inicia el término de cinco años con que cuenta la administración para investigar los hechos constitutivos de infracción al ordenamiento legal y la consecuente imposición de sanciones; y por tanto, como la Resolución que impuso la sanción se notificó el **29 de agosto de 2016**, es claro que no existió caducidad de la facultad sancionatoria en el presente caso.

Por último, en relación con el cargo analizado, y frente a lo expuesto por la parte actora cuando afirma que la conducta del correo electrónico de fecha 23 de marzo de 2013, es diferente de las endilgadas en los años 2001 y 2002, el Juzgado debe precisar que las conductas materia de investigación desde el año 2001 al año 2013, tenían relación estrecha y directa con la supuesta comisión de la infracción de la normatividad que prohíbe conductas que restrinjan o afecten la libre competencia, y que se prolongaron en el tiempo, pues se insiste, se trató de un comportamiento con una unidad de propósito.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00576-01, Actor: CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – COMPENSAR EPS, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – SIC y Sección Quinta, Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00788-01, Actor: ALIANSALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S. A, Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Así las cosas, teniendo claro que el acto investigado, sí constituyó una conducta anticompetitiva, y que la sanción fue impuesta dentro del término señalado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el cargo no tiene vocación de prosperar, y por tanto se negarán las pretensiones de la demanda.

Condena en costas.

Por último, el Despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso, no se condenara en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, sección primera**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

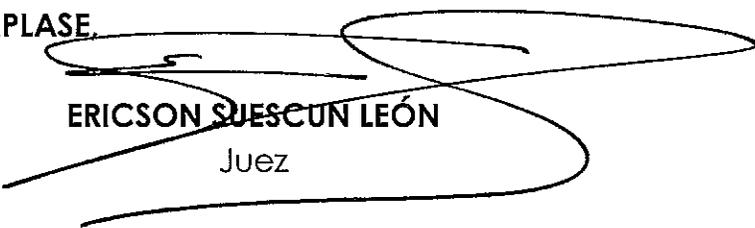
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 numeral 8 y 366 del Código General del Proceso

TERCERO. En caso de existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, deben ser reembolsados a la parte demandante.

CUARTO. Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en el sistema de gestión Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ERICSON QUESCUN LEÓN
Juez