

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 -003-2017-00109-00
DEMANDANTE: JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO
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 Jairo Nel Hernández Velasco, 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

1. Pretensiones Principales

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

Primera: Se declare la nulidad del artículo sexto de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se declaró que Jairo Nel Hernández Velasco, 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.

Segunda: Se declare la nulidad del artículo décimo de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se declaró que Jairo Nel Hernández Velasco, 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 artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Tercera: Se declare la nulidad del artículo séptimo numeral 7.4 de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se impuso a Jairo Nel Hernández Velasco, una multa por valor de \$103.418.250, equivalente a 150 SMMLV.

Cuarta: Se declare la nulidad del artículo décimo primero numeral 11.4 de la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, mediante la cual se impuso a Jairo Nel Hernández Velasco, una multa de \$20.683.650, equivalente a 30 SMMLV, confirmada por la Resolución 90560 del 29 de diciembre de 2016.

Quinta: Como consecuencia de las anteriores peticiones, se restablezca el derecho a Jairo Nel Hernández Velasco en el sentido de:

5.1 Ordenar devolver los montos de la sanción por las sumas de \$103.418.250 y de \$20.683.650 ajustadas según el índice de precios al consumidor, en cumplimiento del artículo 187 del CPACA.

5.2 Condenar a la Superintendencia de Industria y Comercio a *"devolver el monto pagado por Jairo Nel Hernández Velasco, como consecuencia del retraso en la devolución de los montos pagados como sanción"*.

5.3 Ordenar al Superintendente de Industria y Comercio que *"a su costa, publique un aviso con las mismas condiciones en que ordenó la publicación de la sanción (artículo 17 de la Resolución 54403 de 2016) a Jairo Nel Hernández Velasco, con el siguiente texto (...)"* o el que se estime pertinente para restablecer el buen nombre.

2. Pretensiones 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, en el sentido de ordenar devolver a Jairo Nel Hernández Velasco, el monto de la sanción por las sumas de \$103.418.250 y de \$20.683.650, 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. La sanción que hoy es objeto de demanda, impuesta al demandante, se dio dentro de una investigación por la comisión de conductas consideradas por la legislación colombiana como prácticas comerciales restrictivas, las cuales se encuentran reguladas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009.

2. La investigación se abrió contra Carvajal Educación S.A.S., Colombiana Kimberly Colpapel y Scribe Colombia S.A.S.

3. Así mismo se abrió investigación contra varios funcionarios de estas tres empresas, entre ellos Jairo Nel Hernández Velasco, quien laboraba para el momento de los hechos en Carvajal Educación.

4. La investigación se inició por delación de dos de las empresas Kimberly y Scribe. De acuerdo a la ley colombiana, la autoridad puede conceder beneficios a quien considere que haya participado en conductas que violen las normas que regulan la libre competencia, siempre que *"informen a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes"*.

5. 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.

6. En dicho acto administrativo se abrió investigación y se formuló pliego de cargos, además de otras personas naturales, contra Jairo Nel Hernández Velasco, para establecer si había 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.

Durante el curso de la investigación, mi representado 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 la inexistencia de los cargos, solicitud que fue rechazada mediante Resolución 19924 de 2015.

7. 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.

8. En el curso de la investigación ese Despacho prescindió y limitó la práctica de unas pruebas solicitadas por algunos de los investigados.

9. 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 Jairo Nel Hernández Velasco, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado esas conductas.

10. Los hechos o conductas que se le imputaban a Jairo Nel Hernández Velasco los recogió el Superintendente Delegado en el informe motivado en el que evaluó el resultado de la etapa de instrucción, después de cerrada la etapa probatoria. En el acto administrativo sancionatorio, en lo que respecta al demandante, se indicó que supuestamente asistió a varias reuniones.

11. 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.

12. En la mencionada Resolución se estableció que Jairo Nel Hernández Velasco, 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 y le impuso una multa por valor de \$103.418.250, equivalente a 150 SMMLV. Adicionalmente, le impuso una multa por la suma de \$20.683.650, equivalente a 30 SMMLV, por infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

13. Las pruebas tenidas en cuenta por el Superintendente para determinar la responsabilidad del señor Jairo Nel Hernández Velasco no fueron debidamente valoradas..

14. Considera que el Superintendente omitió tener en cuenta los hechos demostrados, que de haber sido evaluados en debida forma la decisión adoptada habría sido diferente a la imposición de las multas.

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:

Primer Cargo. Las Resoluciones demandadas, la Superintendencia de Industria y Comercio contravino los artículos 29 de la Constitución Política; artículos 3.4 y 137 de la Ley 1437 de 2011; 164 y 167 del CGP; 52 del Decreto 2153 de 1992, artículos 2.2.2.29.1.1 a 2.2.2.29.4.2 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015.

Indica que con la doctrina acogida por el Superintendente de Industria y Comercio en el acto administrativo sancionatorio, elimina la presunción de inocencia, de tal manera que cualquier reunión que sostengan los competidores es sinónimo de cartel, mientras no se demuestre lo contrario, con lo que se desconoce el artículo 29 de la Constitución Política, la presunción de inocencia y la carga de la prueba, en tanto que conforme a lo precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-289 de 2012, le corresponde a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito, mas no al acusado.

Agrega que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró las pruebas en su conjunto, por cuanto sólo creyó la versión de los declarantes, omitiendo las presentadas por el señor Jairo Nel Hernández Velasco y desconociendo lo previsto en el artículo 176 del CGP, para advertir que esa entidad "*descuartizo las pruebas para armar un conjunto de medios que le resultaran determinantes de la existencia del cartel*" y eliminó las aportadas por el hoy demandante, para tener en cuenta únicamente lo dicho por los delatores, restando credibilidad a lo expuesto por el señor Jairo Nel Hernández Velasco.

Señala que existe abundante material probatorio, que indica que en la reunión a la que asistió el señor Jairo Nel Hernández Velasco no se llegó a un acuerdo.

Frente a la declaración que rindió el señor Fernando Velasco ante la Superintendencia de Industria y Comercio, advierte que el referido señor se encontraba únicamente interesado en el otorgamiento de beneficios por colaboración que le podría entregar la entidad demandada y que el testimonio citado por la Superintendencia en el acto administrativo sancionatorio se encuentra incompleto, por lo que de una lectura integral del mismo se concluye que no hubo ningún acuerdo y que se trató de una reunión social entre colegas. Asimismo realiza transcripciones de apartes de declaraciones rendidos el 3 de julio de 2015, para resaltar que no se presentó el referido pacto.

Frente a las reuniones del año 2012, explica la fragilidad de los testimonios que vinculan al actor y precisa que conforme a certificados laborales y migratorios allegados se demostró que el señor Carlos Augusto Soto se encontraba fuera del país por lo que no asistió a las reuniones que algunos testigos señalan concurrió. Precisa que para las reuniones del 2013, el Superintendente se fundamentó en el testimonio de la señora María Virginia Cabal, declaración que para el actor no es creíble, en tanto que como quedó demostrado con las reuniones del 2012, no es confiable y por lo tanto debe desecharse cualquier aseveración respecto de la asistencia a reuniones del señor Jairo Nel Hernández Velasco.

Señala que respecto de los correos electrónicos, la información frente a las impulsadoras es pública y advierte que contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se presentó incremento de las impulsadoras e inversión para la temporadas A 2012, A 2014, B2012 y B2013 y 2014, cifras que no fueron controvertidos ni desvirtuados y a los que la Superintendencia de Industria y Comercio, no le dio la importancia probatoria.

Agrega que la Superintendencia de Industria y Comercio, se basó en mensajes de texto intercambiados entre funcionarios de Carvajal que a su juicio, no están en consonancia con lo que los mismos indican, en tanto que respecto de lo informado por el señor Jairo Nel Hernández de no dar obsequios "*si ellos no lo hacían primero*", no es indicativo de tener un acuerdo previo con la competencia, sino que ello comprende una estrategia competitiva válida de reaccionar frente a las decisiones comerciales del competidor.

Segundo Cargo. Vulneración del artículo 29 de la Constitución Política, artículos 3.4 y 137 de la Ley 1437 de 2011, 164 del CGP y el Decreto 2153

de 1993, por no presentar la Superintendencia de Industria y Comercio, los hechos objeto de imputación al señor Jairo Nel Hernández Velasco.

Precisa que la carga de la prueba hace parte del debido proceso por lo que debe ser aplicado en los procesos sancionatorios, como el iniciado por la Superintendencia de Industria y Comercio en contra de Carvajal, que esa entidad no respetó el derecho de defensa del señor Jairo Nel Hernández Velasco, insistiendo que en las reuniones a las que asistió no se llegaron acuerdos, conducta a partir de la cual no puede considerarse que el demandante hubiera *colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado* conductas violatorias de normas sobre protección de competencias, precisando que cada uno de los verbos que utiliza la norma son excluyentes entre sí por lo que no se pueden cometer todos a la vez.

Refiere que la participación de cada persona natural debe ser juzgada conforme a su comportamiento, por lo que considera que la prueba que incrimina a la persona jurídica no es la misma y que debe realizarse una valoración diferente, de tal manera que como se probó el señor Jairo Nel Hernández Velasco no participó en ningún acuerdo.

3. Contestación de la demanda

Por auto del 6 de marzo de 2018, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio (Fls. 326 y 327).

4. Actuación procesal

Por auto del 28 de junio de 2017, se admitió la demanda (Folios 259 a 262).

El 25 de noviembre de 2016, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda a los correos electrónicos de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público (Folios 265 a 270).

La Superintendencia de Industria y Comercio no contestó la demanda dentro del término, tal como se precisó en auto del 6 de marzo de 2018 (Folios 326 y 327).

La audiencia inicial se llevó a cabo el 7 de diciembre 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, se incorporaron, se decretó el cierre de la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar por escrito (Fls. 342 a 348).

Dentro de la oportunidad procesal únicamente el apoderado de la parte demandante presentó en término los alegatos de conclusión (Fls. 350 a 459).

Por su parte el apoderado de la Superintendencia de Industria y Comercio presentó alegatos hasta el 15 de enero de 2019 (Fls. 460 a 476), cuando el término de los 10 días señalados en la audiencia de 7 de diciembre de 2018, vencieron el 14 de enero de 2019.

6. Alegatos de conclusión

6.1 Parte demandante

El apoderado de la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda (Fls. 350 a 459).

6.2 Parte demandada

Los presentó de manera extemporánea (Fl. 460 a 476).

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 por los cargos expuestos en la demanda, es procedente declarar la nulidad parcial de los actos administrativos Resoluciones 54403 del 18 de agosto de 2016 y 90560 del 29 de diciembre de 2016, por medio de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio declaró que el demandante incurrió en infracción

al régimen de protección de la competencia e impuso una sanción y resolvió el recurso de reposición respectivamente, confirmando la decisión, o si por el contrario los mismos se encuentran ajustados a derecho.

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 con vulneración al debido proceso, desconocimiento previsto en los artículos 3.4 y 137 de la Ley 1437 de 2011, 164 del CGP y el Decreto 2153 de 1993, respecto de la imputación realizada al señor Jairo Nel Hernández Velasco por la Superintendencia de Industria y Comercio.

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

- Encuentra el Juzgado que a través de la Resolución 7897 del 27 de febrero de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, dio apertura a la Investigación y formuló pliego de cargos contra Carvajal Educación S.A.S., Colombia Kimberly Colpapel S.A. y Scribe Colombia S.A.S, *"por la presunta contravención de 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"* a la vez, dispuso en el numeral segundo abrir investigación y formular pliego de cargos entre otras personas al señor Jairo Nel Hernández Velasco en su condición de funcionario de Carvajal Educación S.A.S., por la presunta contravención *"de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas contempladas 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"* (Fls. 3 a 169 Archivo 14-151036 resolución 7876 reser – Carpeta Información Reservada del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del Cuaderno principal).
- Con radicado 14-151036-239 del 10 de abril de 2015, el señor Jairo Nel Hernández Velasco, actuando mediante apoderado, indicó que

como quiera que en la Resolución 7897 de 2015, no se estableció un cargo específico en su contra, solicitó archivar la investigación. En el acápite de consideraciones previas explicó la oportunidad en que realizaría los descargos, se pronunció frente al acceso al expediente y sobre los hechos y omisiones respecto de los que solicitó como prueba: La certificación expedida por el Gerente de Global de Gestión Humana de Carvajal Educación, en cuanto a las funciones desempeñadas por el señor Jairo Nel Hernández Velasco y la fecha de vinculación (Fls. 14 a 19 del documento 14-151036 CP 7 CARVAJAL RESER, contenido en la carpeta información reservada del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal).

- El 24 de abril de 2015, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, por medio de la Resolución 19923 del 24 de abril de 2015, decretó la práctica de pruebas dentro de la investigación, de tal manera que en el numeral 1.1.12, se dispuso tener como prueba los documentos aportado mediante Radicado 14-151036-239 del 10 de abril de 2015. Se hizo igualmente referencia a las pruebas pedidas por los investigados discriminándolas y decretándolas, mientras que en el artículo cinco de la referida Resolución se estableció el cronograma de testimonios e interrogatorios (Fls. 45 a 81 del documento 14-151036 CP 22, contenido en la carpeta información pública del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal).

- El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, a través de la Resolución 19924 del 24 de abril de 2015, negó la solicitud de Revocatoria Directa del numeral 2.1 del artículo segundo de la Resolución 7897 del 27 de febrero de 2015, incoada entre otros por el señor Jairo Nel Hernández Velasco. Al Respecto precisa el Despacho que la solicitud de revocatoria se edificaba en la falta de motivación del acto que ordenó la apertura de investigación, por cuanto no se formularon de manera clara y concreta los cargos y los hechos por los que la SIC considera que los investigados incurrieron en la comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

- Para la resolución adversa de la solicitud de revocatoria la SIC, precisó que se realizó la motivación del acto de apertura de investigación tal y como se dispuso a partir del numeral décimo quinto de la Resolución 7897 del 27 de febrero de 2015.

Adicionalmente, expuso el Superintendente Delegado, que por encontrarse en el periodo de pruebas no se puede acceder a lo solicitado (Fls.139 a 157 del documento 14-151036 cuaderno público 22, contenido en la carpeta información pública del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal).

- A través de informe motivado, el Superintendente Delegado Protección de la Competencia, consideró que las conductas de Jairo Nel Hernández Velasco, *"se enmarcan en lo señalado 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 aquel colaboró, autorizó, ejecutó y facilitó la realización de conductas restrictivas de la competencia, las cuales fueron desarrolladas por **CARVAJAL** y **SCRIBE** y de las cuales, unas se adecúan al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y otras quedan comprendidas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohibición general"* y recomienda declarar administrativamente responsable y sancionar entre otros al señor Jairo Nel Hernández Velasco (Fl 149 y 183 del documento 14-151036 informe motivado, contenido en la carpeta información reservada del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal).

- Mediante radicado 14-151036-00841-0001 del 6 de mayo de 2016, el apoderado del señor Jairo Nel Hernández Velasco, presentó los descargos del informe motivado y le solicitó al Superintendente de Industria y Comercio de manera principal, apartarse de la recomendación realizada por la Delegatura, como quiera que a su juicio, no autorizó, ejecutó, facilitó o colaboró con la realización de alguna conducta restrictiva de la competencia y de forma subsidiaria, pidió evaluar la conducta y aplicar la multa mínima habida cuenta que la conducta no tuvo efecto alguno en el mercado.

Estructuró la defensa en afirmar que la reunión a la que se dice asistir el señor Jairo Nel Hernández Velasco, no se llegó a ningún acuerdo, y consignó argumentos en similares términos a los expuestos en la demanda, es más advierte el Juzgado que prácticamente el concepto de violación del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho es idéntico a lo afirmado por el hoy demandante en el proceso administrativo (Fls. 102 a 114 del documento 14-151036 cp 31, contenido en la carpeta información

pública del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal).

- Mediante la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, el Superintendente de Industria y Comercio impuso sanción entre otros al señor Jairo Nel Hernández Velasco , por valor de 150 SMLMV (Fls. 29 a 166)
- A través de la Resolución 90560 del 29 de diciembre de 2016, el Superintendente de Industria y Comercio, confirmó integralmente la Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016 (Fls. 167 a 255 del cuaderno Principal).

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 mercado (...)"

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 así evitar las prácticas anticompetitivas en los mercados nacionales, para 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 los acuerdos y los actos que son contrarios a la libre competencia, entre los que se destacan los siguientes:

¹ Corte Constitucional, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

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

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

(...)

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

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

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

Caso concreto

Conforme a lo probado en el proceso y el marco normativo y jurisprudencial aplicable, el juzgado procede a estudiar los dos cargos formulados por el demandante, de manera conjunta por cuanto guardan estrecha relación respecto de la garantía del debido proceso, derecho de contradicción, defensa y valoración probatoria.

A fin de resolver lo relativo a la valoración probatoria conviene precisar que el Superintendente Delegado rindió el informe motivado en el que hizo referencia a la actuación administrativa y apertura formal de investigación, la defensa de los investigados, la etapa probatoria, las consideraciones y recomendaciones.

En lo que respecta al señor Jairo Nel Hernández Velasco, en el acápite Responsabilidad de las personas naturales asociadas con Carvajal en el numeral 9.1.1.4, determinó:

"La responsabilidad de **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** se comprueba mediante evidencia directa que obra en el expediente, tales como correos electrónicos y declaraciones. Ciertamente, consta en el

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.

expediente evidencia que soporta que **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** asistió a una reunión con **SCRIBE** en el año 2011 en Bogotá, en la que se discutieron temas relativos a los precios del segmento *premium* y se convinieron los porcentajes a aplicar sobre las listas de precios, así como no patrocinar descuentos a las cadenas para los consumidores finales. Ello se soporta en declaración de **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (GERENTE COMERCIAL SCRIBE)**⁵; declaración de **MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR (GERENTE DE MERCADEO SCRIBE)**⁶ y declaración de **FERNANDO RINCÓN DE VELASCO (DIRECTOR DE MARKETING PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA)**⁷.

En una de dichas declaraciones **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (GERENTE COMERCIAL SCRIBE)**⁸ el 14 de julio de 2015, declaró expresamente:

"DESPACHO: Después de esa tercera reunión que nos menciona en la que presentaron a Jorge Barrera, hubo alguna otra reunión? **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO:** (...entonces se sugirió una reunión que se hizo en Bogotá, porque ellos casualmente estaban en Bogotá porque estaban en lanzamientos, se hizo en el hotel Cosmos, ellos pagaron el sitio de la reunión y en esa reunión recuerdo que conocimos el reemplazo de Gladys Helena que era Jairo Nel, fue la primera que vez que conocía a Jairo Nel. él llevaba mucho tiempo en CARVAJAL pues el hecho de que Gladys después de toda la vida de ser como la que iba las reuniones, va Gladys había sido nombrada presidente de grupo porque entiendo que la persona de CARVAJAL que ocupaba ese cargo lo mandaron de embajador a Francia, recuerdo muy bien pues a nosotros nos impactó mucho a nosotros la noticia (...) llegó Jairo Nel entonces a esa reunión asistió claramente, me acuerdo de Jairo Nel, Alvaro López, María Aleyda, Francisco Cháux (...) Fernando que estaba recién nombrado supo manejar aunque estaba recién nombrado en el grupo papelerero México supo manejar muy bien la reunión y habló con ellos y pues entonces hablamos de la lista, después oye creo recuerdo oye en esa reunión no me entregaron la lista sino oye la estaban acabando de pulir, o acabando de revisar oye iban a subir pero te la mandamos y de hecho a los días o al mes o a los 20 días mandaron el fax con las listas". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Prueba de la asistencia y participación a la reunión de 2011, es la cadena de correos electrónicos de 8 de agosto de 2011²⁴⁶, con asunto denominado "Reunión", cruzados entre **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (GERENTE COMERCIAL SCRIBE)** y **CARLOS AUGUSTO SOTO CARDONA (GERENTE COMERCIAL PAPELERÍA COLOMBIA CARVAJAL)**, en los que se indicó que **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO, FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ PRADA (GERENTE DE MERCADEO REGIÓN ANDINA CARVAJAL)** y él asistirían a la mencionada reunión.

Por otro lado, también existe prueba de la asistencia y participación de **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** en las reuniones realizadas entre **CARVAJAL** y **SCRIBE** en el 2012 y el 2013, como también existe evidencia que indica que en esas reuniones se establecieron acuerdos anticompetitivos.

Evidencia de la reunión en mención se encuentra en el acápite correspondiente, no obstante, aquí se destaca aquella que demuestra la participación de **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** en las mismas, como

Folios 4536 a 4541 del Cuaderno SCRIBE Reservado 2 del Expediente.

Folios 4255 a 4258 del Cuaderno SCRIBE Reservado 2 del Expediente.

Folios 4511 a 4514 del Cuaderno SCRIBE Reservado 2 del expediente.

Folios 4536 a 4541 del Cuaderno SCRIBE Reservado 2 del Expediente. Minuto 1:07:35

lo es la declaración de **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (GERENTE COMERCIAL SCRIBE)**²⁴⁷ y la declaración de **MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR (GERENTE DE MERCADEO SCRIBE)**²⁴⁸. Además, el mismo **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** en sus descargos reconoce haber participado en otras reuniones semejantes, no obstante discutió el objeto o propósito de las mismas, argumento que ya ha sido desvirtuado con la evidencia que prueba la existencia de los acuerdos anticompetitivos.

Sobre el particular, es preciso indicar que la evidencia referida demostró que **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** en las reuniones a las que asistió, fue el vocero de **CARVAJAL** y era quien tenía la decisión final respecto de los convenios anticompetitivos a los que se llegó con **SCRIBE**. De hecho, eran **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** y **SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (GERENTE GENERAL SCRIBE)** quienes en razón a sus cargos y niveles en sus respectivas compañías, finalmente eran los que decidían y aceptaban los convenios discutidos en las referidas reuniones.

Sobre el particular, indicó **MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR (GERENTE DE MERCADEO SCRIBE)**²⁴⁹ en declaración de 17 de junio de 2015, que:

"MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR: (...) Entonces en esta primera reunión inició con una discusión entre Ángela Zapata que era la gerente comercial de Scribe, y María Aleyda Osorio, la gerente comercial de cuadernos de marca de Norma, de los no cumplimientos de los acuerdos que se habían hecho en reuniones pasadas. Cada una sacaba clientes y decía "es que en este cliente usted dio un descuento" y la otra refutaba, y digamos que ahí pasaba buena parte de la reunión, cuando ya intervino Silvio Castro y Jairo Nel Hernández, que eran las cabezas de las compañías, para decir "bueno, esto es pasado, vamos a arrancar de cero, vamos a hacer unos nuevos acuerdos, vamos a ratificar los que tenemos, y de aquí en adelante vamos a cumplirlos porque estos es por el bien de las dos compañías. Estamos a qui sentados para que las dos compañías tengan un mejor desempeño, tengan unas mejores ganancias", y pues ese era el objetivo, hacer acuerdos donde le convenía a las dos compañías". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De igual modo, y como evidencia directa de la responsabilidad de **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** se trae a colación cadena de correos electrónicos del 21 de marzo de 2013²⁵⁰ con el asunto denominado "prácticas (sic) de la competencia" remitido por **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (GERENTE GENERAL REGIÓN ANDINA CARVAJAL)** y dirigido a **GLADYS HELENA REGALADO SANTAMARIA (PRESIDENTE CARVAJAL)**, con copia a **VICTORIA EUGENIA ARANGO MARTÍNEZ (VICEPRESIDENTE FINANCIERA CORPORATIVA CARVAJAL)** y a **GERMÁN VARELA VILLEGAS (GERENTE GLOBAL DE MERCADEO CARVAJAL)**. Como se advierte, **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** es el autor de este correo y es quien envía un informe respecto de las prácticas de la competencia en relación con los cuadernos descontinuados, y en el que además indica que se iban a "confirmar los casos en todo el país (sic) para hablar con Silvio nuevamente".

Como ya se indicó en acápite anterior, este correo no trata del seguimiento normal que efectuaría una empresa a sus competidores, sino que acredita la forma como **CARVAJAL** vigilaba los compromisos adquiridos en el marco de los acuerdos anticompetitivos, con el fin de elevar luego sus observaciones a **SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (GERENTE GENERAL SCRIBE)**.

Por otro lado, y como evidencia que da cuenta de la responsabilidad de **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** por haber autorizado, ejecutado, facilitado y colaborado en el acuerdo para reducir la cantidad de promotoras asignadas por punto de venta, se trae a colación cadena de correos electrónicos del 21 de noviembre de 2013²⁵, con asunto denominado "*Personal de impulso y Exhibidores*" remitido por **FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ PRADA (GERENTE DE MERCADEO REGIÓN ANDINA CARVAJAL)** y dirigido a **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** v a **CARLOS AUGUSTO SOTO CARDONA (GERENTE COMERCIAL PAPELERIA COLOMBIA CARVAJAL)**, en el que se solicita autorización a **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** para enviarle la información relacionada con las promotoras a 7os rojos".

En correo electrónico seguido del 25 de noviembre de 2013²⁵², denominado con el asunto "*Re: Personal de impulso y Exhibidores*", **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** autorizó el envío de esta información, la cual en efecto fue remitida por **FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ PRADA (GERENTE DE MERCADEO REGIÓN ANDINA CARVAJAL)** a **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (GERENTE COMERCIAL SCRIBE)** en correo electrónico de 26 de diciembre de 2013²⁵³. Sobre este particular, resalta la Delegatura su desacuerdo con lo indicado por **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** en su escrito de descargos, esto por cuanto señaló que la información que "*eventualmente pudo compartirse*" era de carácter público, lo que ya fue desvirtuado anteriormente.

En último lugar, se tienen mensajes de texto de "Whatsapp" enviados desde la línea celular de **ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (GERENTE COMERCIAL SCRIBE)** a **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (GERENTE GENERAL REGIÓN ANDINA CARVAJAL)**⁹ en el que se le reclamó por el incumplimiento del acuerdo de no entrega de obsequios al consumidor final y además se indicó que tenían una grabación por orden de **JORGE ENRIQUE ORTÍZ GARZÓN (CARVAJAL)**. Estas pruebas son una clara evidencia tanto del acuerdo anticompetitivo como de la participación de **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** en el mismo, quien con las conductas descritas colaboró, ejecutó, autorizó y facilitó la realización de dichos acuerdos.

Ahora bien, **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** indicó en sus descargos que no recuerda haber contestado el mensaje de "Whatsapp". Esto le permite inferir a la Delegatura que sí recibió el mensaje, hecho que también encuentra sustento en el correo electrónico del mismo 22 de enero de 2014, con asunto denominado "*Entrega obsequios Panamericana Bvista*" remitido por **JORGE ENRIQUE ORTÍZ GARZÓN (CARVAJAL)**, y dirigido a **CLAUDIA ALBARRAN (CARVAJAL)** con copia a **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (GERENTE GENERAL REGIÓN ANDINA CARVAJAL)**. En dicho correo se indicó que la competencia tenía una grabación de ellos entregando obsequios, y que la orden era no

⁹ Folio 1036 del Cuaderno SIC Reservado No. 2 del Expediente. ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (SCRIBE) en declaración rendida el día 22 de agosto de 2014, señala que el número al que se le enviaron los mensajes de texto eran propiedad de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO (CARVAJAL), así:
"DESPACHO: Ángela, tú te comunicabas vía teléfono de la oficina o vía celular? ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Celular. DESPACHO: De tu celular personal o de tu celular de la oficina? ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: No tengo sino uno.
DESPACHO: De tu celular, correcto. ¿Tiene usted hoy en día el número de celular de esas personas? ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Sí. DESPACHO: ¿Tiene su celular aquí? ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Sí.
DESPACHO: ¿Usted me puede dar el número de celular de esas personas? ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Sí. DESPACHO: ¿Me los regala por favor?
ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Claro. Pera.....yo te los paso. Jairo Nel, 3174170754".

entregar obsequios si ellos no lo hacían primero. Así, es claro para la Delegatura que **JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO** no solo recibió el mensaje sino que adicionalmente, dio la orden a sus subalternos de mantenerse en el compromiso del acuerdo anticompetitivo, tanto así que **JORGE ENRIQUE ORTÍZ GARZÓN (CARVAJAL)** instruyó a su vez a **CLAUDIA ALBARRÁN (CARVAJAL)** a fin de "no entregar premios si ellos no lo hacen primero"¹⁰. (Fls. 145 a 149 del documento 14-151036 informe motivado, contenido en la carpeta información reservada del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal).

En Resolución 54403 del 18 de agosto de 2016, el Superintendente de Industria y Comercio en el numeral 7.7.3.1.4, indicó con relación al hoy demandante, lo siguiente:

"La responsabilidad de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO, quien ingresó en CARVAJAL desde enero de 2011 hasta la fecha ocupando el cargo de Gerente General Región Andina, se probó a través de correos electrónicos y declaraciones, las cuales acreditaron que tuvo un rol activo y protagónico en las prácticas anticompetitivas objeto de la presente investigación, esto es, en la infracción del 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) y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

En efecto:

En primer lugar, del material probatorio obrante en el expediente se acreditó que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO 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:

- Se acreditó la participación de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO en la reunión en Bogotá con SCRIBE en septiembre de 2011, en la que se discutieron los siguientes temas: (i) precios de cuadernos en el segmento premium; (ii) porcentajes a aplicar en las listas de precios; y, (iii) no patrocinar descuentos a las cadenas para los consumidores finales. De esto da cuenta la declaración del 14 de julio de 2015 de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) quien manifestó lo siguiente en relación con la mencionada reunión:

"DELEGATURA: Después de esa tercera reunión que menciona en la que presentaron a Jorge Barrera, ¿hubo alguna otra reunión?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: (...) se sugirió una reunión que se hizo en Bogotá, porque ellos casualmente estaban en Bogotá porque estaban en lanzamientos, se hizo en el hotel Cosmos, ellos pagaron el sitio de la reunión y en esa reunión recuerdo que conocimos el

¹⁰ Folio 440B del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC

reemplazo de Gladys Elena que era Jairo Nel. Fue la primera que vez que conocía a Jairo Nel. él llevaba mucho tiempo en CARVAJAL pues el hecho de que Gladys después de toda la vida de ser como la que iba las reuniones, va Gladys habla sido nombrada presidente de grupo porque entiendo que la Persona de CARVAJAL que ocupaba ese cargo lo mandaron de embalador a Francia, recuerdo muy bien que nos impactó mucho la noticia (...) y llegó Jairo Nel a esa reunión asistió claramente me acuerdo de Jairo Nel, Alvaro López, María Alaida, Francisco Cháux (. . .) Fernando que estaba recién nombrado supo manejar aunque estaba recién nombrado en el grupo papelerero México supo manejar muy bien la reunión y habló con ellos y hablamos de la lista, después recuerdo que en esa reunión no me entregaron la lista sino que la estaban acabando de pulir, o acabando de revisar que iban a subir pero te la mandamos y de hecho a los 20 días o al mes mandaron el fax con las listas".

- Del mismo modo, se probó la asistencia y participación de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO a la reunión del 14 de septiembre 2011, con la cadena de correos electrónicos del 8 de agosto de 2011, con el asunto: "Reunión", cruzados entre ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) y CARLOS AUGUSTO SOTO CARDONA (Gerente Comercial Papelería Colombia de CARVAJAL), en los que se indicó que él, JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO y FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ PRADA (Gerente de Mercado Región Andina de CARVAJAL) asistirían a la mencionada reunión.

- También se acreditó la asistencia y participación de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO en las reuniones celebradas entre CARVAJAL y SCRIBE en 2012 y 2013, en las cuales se celebraron acuerdos anticompetitivos. Vale indicar que en su escrito de descargos, JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO indicó que participó en esta y otras reuniones semejantes, pero su propósito no era celebrar acuerdos anticompetitivos.

La evidencia recabada indicó que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO, además de asistir a las reuniones como vocero de CARVAJAL, era quien tomaba la decisión final sobre los acuerdos anticompetitivos a los que se llegó con SCRIBE. Más aún, JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO y SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE) decidieron y aceptaron los convenios discutidos en las referidas reuniones, en razón de sus altos cargos directivos.

En este sentido, en declaración rendida el 17 de junio de 2015, MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR (Gerente de Mercadeo de SCRIBE) indicó lo siguiente:

"MARÍA VIRGINIA CABAL ESCOBAR: (...) En esta primera reunión inició con una discusión entre Ángela Zapata que era la gerente comercial de Scribe, y María Alaida Osorio, gerente comercial de cuadernos de marca de Norma, sobre los incumplimientos de los acuerdos que se habían hecho en reuniones pasadas Cada una sacaba clientes y decía: "es que en este cliente usted dio un descuento" y la otra refutaba, y ahí pasaba buena parte de la reunión, cuando va intervino Silvio Castro y Jairo Nel Hernández, que eran las cabezas de las compañías, para decir

"bueno, esto es pasado, vamos a arrancar de caro, vamos a hacer unos nuevos acuerdos, vamos a ratificar los que tenemos, y de aquí en adelante vamos a cumplirlos porque esto es por el bien de las dos compañías. Estamos aquí sentados para que las dos compañías tengan un mejor desempeño, tengan unas mejores ganancias". Ese era el objetivo, hacer acuerdos donde le convenía a las dos compañías".

Del mismo modo, la responsabilidad de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO en los hechos investigados, se probó a través de la cadena de correos electrónicos del 21 de marzo de 2013, con el asunto: "prácticas (sic) de la competencia" remitido por el investigado y dirigido a GLADYS ELENA REGALADO SANTAMARÍA (Presidente de CARVAJAL), con copia a VICTORIA EUGENIA ARANGO MARTÍNEZ (Vicepresidente Financiero Corporativo de CARVAJAL) y a GERMÁN VARELA VILLEGAS (Gerente Global de Mercadeo de CARVAJAL).

En dicho correo electrónico, JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO figura como su autor y es quien envía un informe respecto de las prácticas de la competencia, en relación con los cuadernos descontinuados, y en el que además indica que se iban a "confirmar los casos en todo el país (sic) para hablar con Silvio nuevamente".

Para este Despacho, el contenido de dicho correo electrónico no correspondió al comportamiento normal de una empresa con sus competidores, sino que por el contrario, acreditó la forma en que CARVAJAL vigilaba los compromisos adquiridos con los acuerdos anticompetitivos, para luego hacer sus observaciones a SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA (Gerente General de SCRIBE).

De otra parte, también se acreditó que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO colaboró, facilitó, ejecutó, autorizó y toleró la práctica restrictiva de la Competencia prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general):

- Se probó que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO participó en la conducta anticompetitiva consistente en reducir la cantidad de promotores asignados por punto de venta. Lo anterior se evidenció con la cadena de correos electrónicos del 21 de noviembre de 2013, con el asunto: "Personal de impulso y Exhibidores" remitido por FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ PRADA (Gerente de Mercadeo Región Andina de CARVAJAL) y dirigido a JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO y a CARLOS AUGUSTO SOTO CARDONA (Gerente Comercial Papelería Colombia de CARVAJAL), en el que se solicitó autorización a JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO para enviarle la información relacionada con las promotoras a "los rojos", léase SCRIBE.

- Mediante correo electrónico del 25 de noviembre de 2013, con asunto: "Re: Personal de impulso y Exhibidores", JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO respondió la anterior comunicación y autorizó el envío de esta información, la cual efectivamente le fue remitida por FRANCISCO JAVIER RAMÍREZ PRADA (Gerente de Mercadeo Región Andina de CARVAJAL) a ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) en correo electrónico del 26 de diciembre de 2013.

Sobre este particular, para la Superintendencia de industria y Comercio no es de recibo el argumento expuesto por JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO según el cual, la información que "eventualmente pudo compartirse" era pública, pues como se dijo anteriormente, no lo era.

- También obra evidencia de un mensaje de texto de "Whatsapp" enviado desde la línea telefónica celular de ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) a JAIRO NEL HERNANDEZ VELASCO, en el que se le reclamó por incumplir el acuerdo de no entregar obsequios al consumidor final, y además se indicó que tenían una grabación por orden de JORGE ENRIQUE ORTIZ GARZÓN (funcionario de CARVAJAL). Lo anterior probó la existencia del acuerdo anticompetitivo y la participación de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO en el mismo, quien con las conductas descritas colaboró, ejecutó, autorizó y facilitó la realización de dichos acuerdos.

- Por lo demás, ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) señaló en su declaración del 22 de agosto de 2014, que el número celular telefónico al que se le enviaron los mensajes de texto pertenecía a JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO:

"DELEGATURA: ¿Usted se comunicaba a través del teléfono de la oficina o vía celular?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Celular.

DELEGATURA: De su celular personal o del celular de la oficina?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: No tengo sino uno.

DELEGATURA: De su celular, correcto. ¿Tiene usted hoyen día el número de celular de esas personas?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Si.

DELEGATURA: ¿Tiene su celular aquí?

ANGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Si.

DELEGATURA: ¿Me puede dar el número de celular de esas personas?

ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO: Claro (.. .) el número de celular de Jairo Nel es el 3174170754"

- Ahora bien, JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO indicó en sus descargos que no recuerda haber contestado el mensaje de "Whatsapp", de lo cual se infiere que si lo recibió, lo cual además se acreditó con el correo electrónico del 22 de enero de 2014, con el asunto: "Entrega obsequios Panamericana Bvista" remitido por JORGE ENRIQUE ORTIZ GARZÓN (funcionario de CARVAJAL), y dirigido a CLAUDIA ALBARRAN (funcionaría de CARVAJAL) con copia a JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO.

En aquel correo electrónico se indicó que los competidores de CARVAJAL tenían una grabación de ellos entregando obsequios, y que la orden era no entregar obsequios si ellos no lo hacían primero.

Así las cosas, no le cabe duda al Despacho que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO recibió el mensaje y le ordenó a sus subalternos que cumplieran el acuerdo anticompetitivo, tanto así que JORGE ENRIQUE ORTIZ GARZÓN (funcionario de CARVAJAL) instruyó a su vez a CLAUDIA ALBARRAN (funcionaría de CARVAJAL) a fin de "no entregar premios si ellos no lo hacen primero".

Finalmente, llamó la atención del Despacho el comportamiento desplegado por JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO durante su declaración del 3 de junio de 2015, ya que se le puso de presente el correo electrónico del 21 de noviembre de 2013, frente a lo cual manifestó lo siguiente:

"(...) DELEGATURA: Reconoce cuál es el contenido del correo electrónico pues usted está copiado (...) ¿si reconoce el correo electrónico? ¿Si lo recibió, lo recuerda, lo leyó?"

JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO: Yo por mi carga tengo diariamente 200 correos y mensajes y no recuerdo en detalle todos los correos que me llegan ni los leo todos, y al verlo pues si veo que esté allí escrito, que estoy copiado...

Para el Despacho, la anterior fue una respuesta evasiva, teniendo en cuenta que el mismo JAIRO NEL HERNANDEZ VELASCO respondió el correo electrónico del 21 de noviembre de 2013, a través de una comunicación del 25 de noviembre de ese año, manifestando su acuerdo sobre el número de promotores e impulsores que se informaría a la competencia y que la implementación de esta práctica representaba beneficios importantes para CARVAJAL.

Como si lo anterior no fuera suficiente, otra inconsistencia en que incurrió en su declaración JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO, cuando se le preguntó si conocía a ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE) y bajo qué circunstancias, respondió lo siguiente:

"DELEGATURA: ¿Conoce usted a Ángela Piedad Zapata Delgado?"

JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO: SI

DELEGATURA: ¿Cómo la conoce?"

JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO: En circunstancias como lo he mencionado: salas de espera, de clientes, alguna vez en un aeropuerto.

DELEGATURA: ¿Cuándo se han visto ha discutido con ella temas relacionados con el mercado de cuadernos?"

JAIRO NEL HERNANDEZ VELASCO: Jamás

El Despacho advirtió que la anterior respuesta de JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO, es inconsistente con lo manifestado por el investigado en su escrito de descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, en el que reconoció haber participado en la reunión del 4 de mayo de 2012 en el Club de Ejecutivos de Cali, y a la cual también asistió ÁNGELA PIEDAD ZAPATA DELGADO (Gerente Comercial de SCRIBE).

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que JAIRO NEL HERNÁNDEZ VELASCO 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 las prácticas restrictivas de la competencia desarrolladas** por CARVAJAL, KIMBERLY y SCRIBE previstas 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**) y

el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 prohibición general)". (Folios 110 vuelto a 112 vuelto del Cuaderno Principal – Resalta el Juzgado).

En la Resolución 90560 del 29 de diciembre de 2016, el Superintendente de Industria y Comercio, hizo referencia a que se encuentra demostrado en el expediente que entre KIMBERLY, SCRIBE Y CARVAJAL, se conformó un "cartel empresarial de precisión en el mercado de los cuadernos para escritura en Colombia" el cual operó entre 2011 hasta 2014, además de haber incurrido en otras conductas de la libre competencia.

Así precisó que entre las tres sociedades, incurrieron en la prohibición de conductas que afectan la libre competencia en los mercados. En lo relativo al actuar de CARVAJAL, se precisó que de conformidad con lo aportado por los solicitantes de beneficios por colaboración y lo encontrado por la entidad se demostró que CARVAJAL participó desde su origen en un cartel empresarial para fijar directa e indirectamente los precios de los cuadernos para escritura en Colombia y unificar las políticas de mercadeo, promoción y comercialización de los cuadernos, en el que actuó de manera permanente en la dinámica anticompetitiva y que consiente de la ilegalidad junto con las demás empresas, usaron mecanismos para mantener oculto el acuerdo de precios, tales como *"celebrar reuniones del cartel de manera secreta en el país en salines VIP de hoteles de lujo, especialmente reservados para actividades del cartel empresarial, y solicitar eliminar correos electrónicos relacionados con el mismo"* advirtiendo además, que la participación de CARVAJAL fue activa al punto de haber liderado políticas que se acogieron por el cartel empresarial (Fl. 105 Cuaderno Principal),.

En segundo lugar, se acreditó en el expediente la realización de una reunión el 14 de septiembre de 2011, con el propósito de presentar a los directivos del Grupo Papelero Scribe México con los funcionarios de Carvajal a fin de dar continuidad al cartel empresarial, reunión a la que asistió el señor Jairo Nel Hernández Velasco (Fl. 195 del cuaderno Principal).

De lo hasta acá referido, no es de recibo para el Juzgado lo afirmado por el demandante en el sentido de no existir una valoración de los medios de prueba allegados al trámite administrativo y concretamente respecto de los que guardan relación con la participación del señor Jairo Nel Hernández Velasco, por el contrario, a partir de una valoración

de los diferentes medios de prueba, se concluye la partición del actor en la configuración del acuerdo realizado entre las sociedades Carvajal Educación S.A.S., Colombiana Kimberly y Colpapel S.A.

Ahora bien, desde la investigación administrativa hasta el medio de control judicial el investigado, sancionado y demandante, ha sostenido las mismas razones de la defensa. En primer lugar, hace referencia a la declaración del señor Fernando Velasco, para indicar que no se presentó acuerdo anticompetitivo, luego procede a cuestionar la declaración de la señora María Virginia Cabal, para establecer que su memoria no es confiable, sin que aporte prueba alguna para desvirtuar lo expresado por la testigo.

Es más, de la revisión de la actuación administrativa, la prueba solicitada por el actor se concretó a la hoja de vida de la testigo, sin que para tal efecto realizara la tacha de lo declarado por la señora María Virginia Cabal o allegara prueba alguna para restar validez a lo por ella informado, advirtiendo el Juzgado de lo ya transcrito, que no es la declaración de la señora María Virginia Cabal la única prueba recaudada por la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar la responsabilidad del señor Jairo Nel Velasco, por cuanto se valoró la remisión de correos electrónicos, mensajes a través de WhatsApp, la asistencia a reuniones y las instrucciones dadas a los empleados de Carvajal.

Agrega igualmente, el actor que la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró las pruebas en su conjunto, afirmación que no es de recibo por el Juzgado, en tanto que para la expedición del acto sancionatorio, el Superintendente de Industria y Comercio se apoyó en un sin número de pruebas, documentales, testimoniales, financieras, que obran dentro del expediente administrativo, para determinar que en efecto, existe responsabilidad de Carvajal Educación S.A.S., Colombiana Kimberly y Colpapel S.A., tal y como se precisó en el documento 14-151036 informe motivado, contenido en la carpeta información reservada del Expediente Administrativo contenido en el Disco Duro que obra a folio 284 del cuaderno principal, ya citado.

De tal manera que al estar demostrado el actuar de las personas jurídicas en el "cartel de los cuadernos", se procedió a la valoración de la actuación del señor Jairo Nel Hernández Velasco, para lo cual la entidad encontró su participación en reuniones, recibido de correos electrónicos respecto de personal de impulso y exhibidores, mensajes de texto a través de WhatsApp, por lo que al haber ordenado a sus

subalternos el cumplimiento del acuerdo anticompetitivo, se configuró la responsabilidad, por haber colaborado, facilitado, ejecutado y autorizado las prácticas restrictivas de competencia.

Ahora bien, respecto de la declaración del señor Antonio Martínez Báez, precisa el Juzgado que la insistencia en la no realización del acuerdo se trató de una defensa conjunta, como quiera que la misma sociedad Archila Abogados representó a Carvajal y es la persona jurídica que a través de distintos apoderados ejerció la defensa en el trámite administrativo y en este caso en particular, en el proceso judicial, del señor Jairo Nel Hernández Velasco, de tal manera que los argumentos de la defensa, se concreta a la inexistencia de un acuerdo que desconociera la libre competencia, no obstante, advierte el Despacho, que tal afirmación fue desvirtuada por la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo que adelantó una revisión general que comprendió, visitas, declaraciones, revisión documental, valoración de información de proveedores, correos electrónicos, mensajes de datos, precios y las actuaciones de las sociedades investigadas, concluyendo la responsabilidad de Carvajal, para luego, realizar en cada ítem una referencia del actuar de los investigados, de tal manera que una vez demostrada la responsabilidad de la sociedad pasó a estudiar la intervención del personal, de allí que lo definido en el aspecto general del acto administrativo sancionatorio y la motivación del mismo, es el marco general, sin que se reitera respecto de cada empleado porque ello tornaría aún más extenso la decisión sancionatoria.

Hecha esa precisión, es del caso iterar que para el actuar claro y preciso del señor Jairo Nel Hernández Velasco, como se vio de los apartes transcritos, tanto en el informe de la Superintendencia Delegada como en el acto sancionatorio se valoraron diferentes medios de prueba que llevaron a la convicción de la demandada de la responsabilidad del actor y de una revisión integral de la investigación, el Despacho advierte que al demandante se le garantizó la contradicción y defensa dentro de la investigación administrativa y respecto de su actuar, se realizó una valoración para determinar la responsabilidad del demandante en las conductas anticompetitivas que soportan los cargos de nulidad, sin que en el trámite del presente medio de control aportará prueba alguna, en tanto que la demanda se estructuró en meros aspectos considerativos respecto de la actuación administrativa, sin allegar medio de prueba alguna para desvirtuar el actuar de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la forma que lo establece el artículo 167 del CGP, razones por la que los cargos no prosperan.

En lo que tiene que ver con los verbos rectores en los apartes ya enunciados, el Superintendencia de Industria y Comercio determinó que el señor Jairo Nel Hernández Velasco, colaboró, facilitó, ejecutó y autorizó prácticas restrictivas de la competencia desarrolladas por CARVAJAL, respecto de KIMBERLY y SCRIBE, sin que dentro del presente trámite el actor aportara prueba que lo exima de su no intervención en las reuniones, directrices y mensajes dada su condición de Gerente General Región Andina de Carvajal, por lo que se pretendió debatir el trámite del proceso administrativo, sin ningún soporte probatorio, razones por las que además de no encontrar el vicio endilgado, de la revisión realizada por el Juzgado, se negarán las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, en tanto que no existe mérito para declarar la nulidad de las Resoluciones 54403 del 18 de agosto de 2018 y 90560 del 29 de diciembre de 2016, proferidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

Por otra parte, es del caso precisar que la sentencia aportada por el demandante junto con los alegatos de conclusión (Fls. 479 a 496) no resulta aplicable, ni vinculante al presente caso, por cuanto la razón de la decisión se concretó a la calidad de suplente de la allí demandante, circunstancia que no fue objeto de fijación del litigio ni de debate procesal en el presente medio de control respecto del señor Jairo Nel Hernández Velasco y por lo tanto, no puede servir de referente para la resolución adversa a los intereses del actor, dentro del presente medio de control.

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 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 SUESCÚN LEÓN
Juez

oms