



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 86817** DE 2016

( 16 DIC 2016 )

Radicación No. 13-266923

VERSIÓN PÚBLICA

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011; y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 (en adelante Resolución No. 43218 de 2016 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanciones** a **TECNOQUÍMICAS S.A.** (en adelante **TECNOQUÍMICAS**), **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.** (en adelante **KIMBERLY**) y **PRODUCTOS FAMILIA S.A.** (en adelante **FAMILIA**), por haber infringido lo dispuesto 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).

Teniendo en cuenta que en el presente caso **KIMBERLY** y **FAMILIA** se vincularon al Programa de Beneficios por Colaboración, en la referida Resolución Sancionatoria se declaró que **KIMBERLY** y **FAMILIA** cumplieron con los deberes que adquirieron como participantes del Programa de Beneficios por Colaboración y, por consiguiente, se les concedió el beneficio pactado con la Superintendencia de Industria y Comercio. En el caso de **KIMBERLY**, se confirió la exoneración total (100%) del pago de la multa y, en el caso de **FAMILIA**, la reducción de la multa en un cincuenta por ciento (50%).

Así mismo, se impusieron **sanciones** a las siguientes personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas 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, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. A las personas naturales vinculadas con **KIMBERLY** y con **FAMILIA** se les extendieron automáticamente los beneficios por colaboración otorgados a las compañías con las que estaban vinculadas, en aplicación del artículo 14 del Decreto 2896 de 2010.

- Seis (6) personas naturales **sancionadas** vinculadas con **TECNOQUÍMICAS**:

- FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA
- ERNESTO TRUJILLO PÉREZ
- MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS
- LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN
- VANESSA HATTY BENAVIDES
- DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER

- Seis (6) personas naturales **sancionadas** vinculadas con **KIMBERLY**:

- FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR
- SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA
- DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ
- KARLA ANDREA ARÁMBULA OCHOA
- FABIO HERNÁN TÉLLEZ RODRÍGUEZ
- LUISA FERNANDA ELORZA ESPINEL

- Cuatro (4) personas naturales **sancionadas** vinculadas con **FAMILIA**:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **DARÍO REY MORA**
- **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE**
- **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA**
- **AURELIO TORRES ECHEVERRI**

En la misma Resolución, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió **archivar** la actuación administrativa en favor de **DRYPERS ANDINA S.A.** (en adelante **DRYPERS**) y **TECNOSUR S.A.S.** (en adelante **TECNOSUR**), por la infracción contemplada en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por las razones expuestas en la ya referida Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

Así mismo, se ordenó **archivar** la actuación administrativa en favor de **MARUEM CHEJNE GÓMEZ, FERNANDO PÁEZ NIETO, ANDREA MADRIÑÁN OLANO, LUZ ÁNGELA MARÍA WILLS TORO, MAURICIO HERNÁN MESA LONDOÑO, HELLMUTH SCHRADER SILDARRIAGA, MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN, SERGIO NACACH, ANDRÉS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ, JOSÉ FABIÁN CHUA, VALERIA FRIGUERI MORALES, LUIS ALEJANDRO GUERRERO CRISTANCHO, JUAN PABLO OROZCO SALAZAR, MIGUEL ALBERTO CERÓN GRISALES, SANTIAGO VALENCIA ESCOBAR, MARÍA ANGÉLICA DAU MARÍN, JORGE IVÁN FLORES GONZALES, WILMAR OROZCO ARBOLEDA, ANTONIO CAICEDO GUTIÉRREZ, FEDERICO RESTREPO RÍOS, LINA MARÍA ÁLVAREZ DUQUE, EDUARDO GOTUZZO OLIVA, JOSÉ RODRIGO PONS PEREDA y ARTURO CELIS CALDAS,** por 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 numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por las razones expuestas en la ya referida Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

De otra parte, mediante la Resolución No. 43218 de 2016, también se ordenó **archivar** la actuación administrativa en favor de las personas jurídicas y naturales investigadas en relación con la conducta señalada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria respecto de 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), la Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente probado que **KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUÍMICAS** sostuvieron por más de diez (10) años un cartel empresarial para fijar artificialmente los precios de los pañales desechables para bebé en Colombia, en detrimento de los consumidores y agentes de la cadena de comercialización, así como de la propia economía social de mercado.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a **KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUÍMICAS**, por infringir 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 a dieciséis (16) personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

SANCIONES A PERSONAS JURÍDICAS		
1	<b>TECNOQUÍMICAS S.A.</b>	\$ 68.945.500.000
2	<b>PRODUCTOS FAMILIA S.A.</b> (Beneficio de reducción del 50% del valor de la multa, por su condición de segundo delator)	\$ 68.945.500.000
3	<b>COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.</b> (Beneficio de exoneración del 100% del valor de la multa, por su condición de primer delator)	\$ 68.945.500.000
SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON TECNOQUÍMICAS		
1	<b>FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA</b>	\$ 417.120.275
2	<b>ERNESTO TRUJILLO PÉREZ</b>	\$ 220.625.600
3	<b>MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS</b>	\$ 130.996.450
4	<b>LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN</b>	\$ 44.125.120
5	<b>VANESSA HATTY BENAVIDES</b>	\$ 27.578.200
6	<b>DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER</b>	\$ 172.363.750
SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON FAMILIA (Beneficio de reducción del 50% del valor de la multa, por su condición de funcionarios o ex		

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

<b>(funcionarios del segundo delator)</b>		
7	DARÍO REY MORA	\$ 344.727.500
8	ANA MARÍA GAVIRIA URIBE	\$ 103.418.250
9	PABLO FELIPE CALLE NOREÑA	\$ 68.945.500
10	AURELIO TORRES ECHEVERRI	\$ 62.050.950
<b>SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON KIMBERLY</b>		
<b>(Beneficio de exoneración del 100% del valor de la multa, por su condición de funcionarios o ex funcionarios del primer delator)</b>		
11	FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR	\$ 241.309.250
12	SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA	\$ 34.472.750
13	DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ	\$ 31.025.475
14	KARLA ANDREA ARÁMBULA OCHOA	\$ 20.683.650
15	FABIO HERNÁN TÉLLEZ RODRÍGUEZ	\$ 17.236.375
16	LUISA FERNANDA ELORZA ESPINEL	\$ 134.443.725

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, algunas de las personas jurídicas y naturales investigadas interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

**2.1. Argumentos presentados por TECNOQUÍMICAS, FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA, MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS, ERNESTO TRUJILLO PÉREZ, DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER, VANESSA HATY BENAVIDES y LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**

**2.1.1. Argumentos presentados por TECNOQUÍMICAS**

**2.1.1.1. En relación con la participación de TECNOQUÍMICAS en el mercado y en el acuerdo de precios sancionado**

- Fue **TECNOSUR**, y no **TECNOQUÍMICAS**, la empresa que participó en el mercado. **TECNOQUÍMICAS** no celebró acuerdos anticompetitivos; en todo caso, si se presentaron dichos acuerdos nunca se cumplieron, por lo que el consumidor no se vio afectado. Las pruebas con base en las cuales la Resolución 43218 de 2016 fundamentó su decisión son indiciarias, escasas, fragmentadas, aisladas y contrarias a muchas otras pruebas sólidas, objetivas y consistentes que no se citan en la Resolución Sancionatoria y que dan cuenta que **TECNOQUÍMICAS** no participó en el mercado de los pañales sino que fue **TECNOSUR**.
- **TECNOSUR** no es simplemente una planta que fabrica para terceros sino una empresa que, además de fabricar el 100% de sus pañales, se encarga de la creación de valor de sus marcas y realizar las actividades de mercadeo que favorecen la comercialización de sus productos.
- La mayor parte de los gastos de ventas de **TECNOSUR** corresponde a servicios de mercadeo que incluyen: promotoras, mercaderistas, prensa, revistas, televisión, producción, investigación, información de mercado, mercadeo directo y cobros logísticos. Dichos gastos no son propios de un maquilador.
- Tal y como se explica en el certificado expedido por **DELOITTE** aportado con el recurso de reposición, la relación contractual de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** no es asimilable a un contrato de maquila, pues la intención de las partes no era aprovechar la capacidad instalada y los procesos productivos de **TECNOSUR** sino, aprovechar la estructura administrativa y comercial de **TECNOQUÍMICAS** para llevar los productos a los canales de distribución.
- El concepto de mercadeo, respecto del cual no existe definición legal, ha sido abordado por expertos en la materia como Phillip Kotler, quien ha enfatizado en la necesidad de diferenciar el mercadeo de las ventas, siendo la venta sólo una parte del marketing que es un proceso que comienza mucho antes que la compañía tenga un producto y continúa durante todo el ciclo de vida del bien, mientras que la venta ocurre sólo después de que el producto se ha fabricado. Las actividades de mercadeo se suelen llevar a cabo a través del desarrollo del "marketing mix" o las "4Ps": producto, precio, provisión (o distribución) y promoción. Así, la implementación física de la distribución y la entrega de los productos a los clientes son actividades naturales de los

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

departamentos de ventas, en este caso de **TECNOQUÍMICAS**, mientras que las variables propias del mercadeo son desarrolladas por **TECNOSUR** como competidor del mercado.

- **KIMBERLY**, al convertirse en el dueño del 50% de la sociedad de su competidora **TECNOQUÍMICAS**, exigió tener voto dirimente sobre aspectos fundamentales de la empresa que abarcaban el control en la Junta Directiva de la estrategia de producto y marcas.
- El control de **KIMBERLY** sobre la estrategia de producto y de marca se mantuvo mientras tuvo la condición de accionista de **TECNOSUR**, lo cual se ve reflejado en la Auditoría realizada por **KIMBERLY** a **TECNOSUR** en 2006, que prueba que, de un lado, **TECNOSUR** desarrollaba labores de mercadeo, al tener un plan de mercadeo con un presupuesto anual que se asignaba, el cual determinaba las labores de promoción y publicidad, y del otro, que **KIMBERLY** auditaba ese plan y las promociones que realizaba **TECNOSUR**.
- **TECNOSUR** tomaba todas las decisiones en relación con los precios de los productos y las estrategias de mercadeo a través de su Junta Directiva, que de conformidad con el acuerdo de accionistas, tenía el poder de desarrollar los objetivos de la empresa, establecer políticas y guiar y controlar al Gerente General. De tal situación dan cuenta las más de 70 Actas de Junta Directiva y el correo de asunto "*COL:BCC chequeo de precios Septiembre de 2012*" de 12 de septiembre de 2012, entre funcionarios de **KIMBERLY-CLARK CORPORATION** en el que se solicita sean remitidos chequeos de precios recientes para proponer incrementos de precios en la Junta Directiva de **TECNOSUR**.
- El control ejercido por **KIMBERLY** sobre las estrategias de mercadeo y marca de los pañales Winny resulta lógico para una empresa que adquiere el 50% de una compañía cuyo ingreso principal depende justamente del valor de dichos rubros.
- Tal y como lo señaló **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) en la declaración rendida en noviembre de 2013, **TECNOSUR** permanentemente realiza estudios de mercado, actividad que hace parte fundamental del mercadeo.
- **TECNOSUR** se encargaba de la publicidad de los pañales. Dicha circunstancia se acredita, entre otras pruebas documentales, con los estados de ganancias y pérdidas de la sociedad; los contratos suscritos con agencias de publicidad (entre otras Sancho/Bbdo Worldwide Inc. S.A. y Metro Studio S.A.); los contratos firmados con los canales de televisión para la transmisión de comerciales publicitarios de los pañales Winny y los contratos con diseñadores y desarrolladores de páginas de Internet.
- **TECNOSUR** desarrolló diversas labores de promoción de sus pañales Winny, a través de diversas actividades para muestreo, así como actividades en puntos de venta.
- **TECNOSUR** fijaba el precio de sus pañales Winny a través de su Junta Directiva, sin que dicha decisión se traslade a **TECNOQUÍMICAS**, a pesar de ser esta quien distribuye los productos y materializa las ventas, con base en las indicaciones de **TECNOSUR**.
- No es cierto que los miembros de la Junta Directiva de **TECNOSUR** fueran ajenos a las actividades de fijación de precios y estrategias de mercadeo de dicha empresa. En efecto, en las diferentes reuniones de Junta Directiva de **TECNOSUR** siempre estuvo presente al menos un miembro de **KIMBERLY** con amplios conocimientos de mercado, factores de producción de pañales y comportamiento financiero, por lo que es errado suponer que dado que las Juntas se celebraban cada dos meses, en ellas no se dieran instrucciones sobre el precio de los productos y las estrategias de comercialización.
- Sería imposible pensar que una Junta Directiva en la que tiene interés una empresa de las dimensiones de **KIMBERLY** dejara en manos de un distribuidor como **TECNOQUÍMICAS** la fijación de precios y los ingresos de la compañía, así como que los socios con mayor participación, no tuvieran injerencia ni interés en este aspecto.
- **TECNOSUR** contaba con un departamento que se encargaba de las actividades de mercadeo siguiendo las expectativas discutidas en su Junta Directiva. Al respecto se resalta que de no ser

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

así, **KIMBERLY** no podría impartir instrucciones sobre el particular, como las que se exponen en las Actas de Junta Directiva y la Auditoría realizada por **KIMBERLY** a **TECNOSUR** en 2006.

- Todas las personas naturales investigadas, con excepción de **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** (Vicepresidente Senior de Ventas de **TECNOQUÍMICAS**) hacían parte del equipo de mercadeo de **TECNOSUR**.
- Debe hacerse un análisis en conjunto de los dos organigramas de **TECNOSUR**, con base en los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que la estructura de esta compañía se limita a una planta, pues mientras uno ilustra las áreas de producción y administrativas de **TECNOSUR**, el otro se limita al área de producción de la misma compañía. Si no se leyeran de esa forma habría que concluir que tanto la fabricación de los pañales como el mercadeo de los productos están a cargo de **TECNOQUÍMICAS**, pues bajo la interpretación que hace la Resolución Sancionatoria ambas áreas se encuentran bajo el mismo negocio, lo que no es posible concluir si se tiene en cuenta que **TECNOSUR** es una sociedad independiente que se encarga de la fabricación de los pañales.
- Respecto de los dominios y datos de contacto de los funcionarios investigados, que según la Resolución Sancionatoria correspondían a **TECNOQUÍMICAS**, se debe tener en cuenta que entre **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** se suscribió un contrato de "Administración de Servicios", que incluía el procesamiento electrónico de información. Adicionalmente, la administración de **TECNOSUR** estaba en el edificio de **TECNOQUÍMICAS**, por lo que no es de extrañar que en los datos de contacto figuraran esas direcciones.
- Si bien **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**) y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) se encuentran formalmente en la nómina de **TECNOQUÍMICAS**, sus funciones las desarrollaron exclusivamente para **TECNOSUR**. Así, en el marco del contrato de "Administración de Servicios", el pago de la nómina de estos dos funcionarios era cobrado después a **TECNOSUR**.
- **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**) no habría podido comprometer a **TECNOQUÍMICAS**, por no tener calidad de representante legal de dicha sociedad. En cambio, sí podía comprometer a **TECNOSUR**, por lo tanto, la declaración a la que la Superintendencia de Industria y Comercio dio credibilidad no compromete la responsabilidad de **TECNOQUÍMICAS**.
- Siendo un hecho que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**) y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) desarrollaron sus labores para **TECNOSUR** y en tal condición dirigieron el área de mercadeo, se sigue que **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), **MAUREM CHEJNE GÓMEZ** (Gerente de Mercadeo para el Canal Tradicional de **TECNOQUÍMICAS**), **FERNANDO PÁEZ NIETO** (Director de Mercadeo para el Canal Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS**), **VANESSA HATTY BENAVIDES** (Asociada de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en **TECNOQUÍMICAS**) y **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**), quienes eran subordinados de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, también trabajaban para dicha sociedad. Adicionalmente, así lo prueban las certificaciones laborales allegadas con el recurso.
- Contrario a lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, sí es relevante analizar el control que tenía **KIMBERLY** sobre **TECNOSUR**, compañía que ejercía las funciones de mercadeo y fijación de precios, teniendo en cuenta que la única responsable de la posible conducta imputada es **KIMBERLY** por ser controlante de **TECNOSUR**.
- El control que ejercía **KIMBERLY** sobre **TECNOSUR** al ser la propietaria del 50% de las acciones de dicha sociedad, y al contar con un voto dirimente para aspectos vitales de la operación, implicaba que frente al mercado y las normas de competencia actuaran como un solo agente, tal y como lo ha dispuesto la misma Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, en la Resolución 32184 de 2014, razón por la cual no podría existir un acuerdo de precios entre dichas empresas.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- El control ejercido por **KIMBERLY** frente a **TECNOSUR** fue notorio y real, de lo que dan cuenta las actas de Junta Directiva y otras pruebas, como las declaraciones de **LUISA FERNANDA ELORZA ESPINEL** (Representante de Asuntos Legales para Colombia y Ecuador de **KIMBERLY**) y **PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ** (Gerente de Mercadeo Cuidado Infantil y Coordinadora Colombia, Ecuador y Venezuela de **KIMBERLY**).
- Al existir una integración entre **KIMBERLY** y **TECNOSUR**, no puede hablarse de la existencia de un acuerdo anticompetitivo, pues se trata de una sola voluntad, circunstancia que se sustenta con la explicación que sobre este tipo de casos dio la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 25036 de 2014 (Caso Basuras).
- Los funcionarios de **TECNOSUR** fueron presionados por su controlante, **KIMBERLY**, para asistir a reuniones con competidores, por lo tanto, sólo **KIMBERLY** tiene responsabilidad sobre dichos hechos.
- **TECNOQUÍMICAS** no fijaba los precios de los pañales Winny, no realizaba actividades de publicidad ni de promoción. Su función estaba limitada por los contratos de administración y de depósito con opción de compra suscritos con **TECNOSUR**.
- La remuneración que recibía **TECNOQUÍMICAS** era indiferente del precio al que se vendieran los productos, por lo que esta compañía no tenía ningún interés en intervenir en la fijación de los precios. Así, **TECNOQUÍMICAS** se limitaba a aplicar los precios, promociones y descuentos que le indicaban mediante las circulares.
- El contrato de distribución que tiene **TECNOQUÍMICAS** con **TECNOSUR** es de la misma naturaleza de otros contratos que ha suscrito **TECNOQUÍMICAS** con empresas como **MILES LABORATORIES PANAMERICAN INC.** y **TECNOCLOR**, para la distribución de los productos "Alka Seltzer" y "Clorox", respectivamente, en los que se pactó que los precios para el consumidor final son fijados por los productores y la remuneración de **TECNOQUÍMICAS** no depende de dicho precio.

#### **2.1.1.2. Respecto del cumplimiento y los efectos del acuerdo**

- De haber existido un cartel empresarial, no produjo efecto alguno, tal y como se probó con diversas declaraciones y correos electrónicos.
- Los mismos delatores cuando se refirieron a los efectos del cartel empresarial, indicaron que no se cumplían los acuerdos y que nunca tuvieron efecto en el mercado.
- Las pruebas con las que la Resolución Sancionatoria pretende demostrar que los acuerdos sí se cumplían realmente evidencian lo contrario.
- En ninguna de las declaraciones que se rindieron por personas citadas como testigos o investigados se reconoció que se hubiera generado algún efecto en el mercado derivado del acuerdo de precios.

#### **2.1.1.3. Respecto de los sustentos económicos con los que se fundamentó la existencia del acuerdo y sus efectos**

- El ejercicio teórico de cuantificación del impacto económico del cartel es equivocado, y por ser teórico no prueba que en el mercado se hubieran presentado los efectos que supone. Las pruebas que obran en el expediente demuestran que si llegó a existir un acuerdo anticompetitivo, el mismo no afectó negativamente a los consumidores.
- El supuesto aumento de precios del cartel empresarial (entre un 10% y 30%) no puede ser la base para calcular efectos y sustentar una sanción. Debe establecerse y cuantificarse cuál es el efecto real causado en el mercado.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- No se encontró en el documento *"Hard Core Cartels Recent progress and challenges ahead, 2003"* que la OCDE sostuviera que los carteles generan aumentos de precios de entre 10% y 30%, como se afirmó en la Resolución recurrida.
- El documento de la OCDE analiza mercados totalmente diferentes al colombiano y carece de representatividad estadística, por lo que resulta antitécnico considerar, con base en dicho documento, que el cartel investigado pudo generar de forma sostenida precios entre el 10% y 30% superiores.
- El enfoque de presunción simple utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio tiene deficiencias importantes, por lo que se sugiere el uso de otras metodologías para examinar efectos y daños de carteles empresariales. Dichas metodologías fueron utilizadas en los estudios económicos aportados con las observaciones al Informe Motivado, en los que se probó la no existencia de efectos anticompetitivos en el mercado.
- La Resolución recurrida descartó los análisis económicos presentados por **TECNOQUÍMICAS** que demostraron que el supuesto cartel empresarial no habría tenido efecto en el mercado. Específicamente, se evidenció que la tendencia de los precios era marcadamente negativa durante el periodo investigado, demostrando que el principal efecto de los carteles fue un hecho ausente.
- Las pruebas de la ejecución del acuerdo presentadas por la Delegatura en su análisis, correspondieron a casos aislados, donde la constante fue el incumplimiento de los consensos revelados en las pruebas documentales.
- Aun si el acuerdo se hubiera materializado y los precios hubieran aumentado, el peso porcentual de los productos dentro de la canasta de productos considerados en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) es bajo, por lo que difícilmente podría hablarse de un efecto sobre el ingreso real disponible del consumidor promedio en Colombia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio concluyó erróneamente que el supuesto acuerdo afectó el nivel general de precios en la economía, generando un efecto inflacionario. Si las suposiciones de la Resolución fueran ciertas, no se entiende cómo guarda correspondencia con el comportamiento de la inflación en Colombia durante el periodo investigado.
- El ejemplo presentado por la Resolución parte de los efectos que acarrea un aumento en precios por encima del nivel de equilibrio, cuando tal circunstancia no fue probada en el presente caso.
- Según la teoría, el comportamiento en los precios se asocia a caídas en la cantidad demandada frente a la oferta potencial, lo cual no ocurrió en el caso analizado, pues las cantidades aumentaron e incluso fueron requeridas inversiones para la expansión de la capacidad instalada.
- La Superintendencia de Industria y Comercio asume una demanda totalmente inelástica por el hecho de pertenecer a la canasta básica familiar. Lo anterior, invalida plenamente los resultados del ejercicio, pues la elasticidad debe ser estimada y no asumida. Suponer una demanda totalmente inelástica implica asumir el máximo daño posible derivado de la cartelización empresarial.
- Teniendo en cuenta el índice de Lerner, el cual corresponde al inverso de la elasticidad precio de la demanda, asumir una demanda totalmente inelástica implicaría partir de la suposición de que las empresas investigadas actúan como un monopolista y tienen el máximo grado posible de poder de mercado, cuando no ha sido probado siquiera que los supuestos consensos de precios fueron materializados.
- Suponer una demanda totalmente inelástica implica asumir la existencia de un único bien, perfectamente homogéneo sin alternativas de sustitución, desconociendo que existen varios oferentes, con innumerables presentaciones de producto.
- Una condición de perfecta inelasticidad implica que **TECNOQUÍMICAS** podía incrementar el precio de sus pañales sin considerar la afectación de sus volúmenes de venta, por lo que

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

carecería de sentido realizar un acuerdo de precios. Se desconoce que distintos niveles de precios implican cambios en la elasticidad de la demanda.

- El análisis realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio carece de rigor metodológico, pues establece como supuesto del ejercicio lo que debería ser el resultado del mismo y equivocadamente lo denomina "escenario contrafactual". Asumir un daño del 10% o el 30% no equivale a definir el escenario contrafactual.
- Lo que la Resolución Sancionatoria llama "*estimación teórica del daño potencial del cartel*", es una simple multiplicación de lo que asume por daño, sin que exista una sola prueba fáctica practicada sobre el mercado de pañales en Colombia, las cifras de cantidades del mercado y la supuesta duración del cartel.
- Demostrar si el presunto acuerdo generó o no un efecto en el mercado, así como determinar la magnitud del mismo, es de gran relevancia, pues determina la gravedad de las conductas endilgadas y tiene consecuencia directa sobre el valor de las multas que se imponen.
- No es posible aceptar la forma de estimación del daño, pues no corresponde con la realidad del mercado ni evidencia lo ocurrido en el periodo investigado, pues como lo ha demostrado **TECNOQUÍMICAS**, el mercado de pañales presenta resultados y comportamientos coherentes con un mercado en competencia.
- Contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, sí es posible determinar con exactitud cuál fue el impacto económico concreto que sobre la competencia y el mercado tuvo el comportamiento de los investigados, tal y como lo evidencian los estudios económicos aportados por **TECNOQUÍMICAS**.
- Se descarta el supuesto impacto y daño al mercado señalado por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues las condiciones de competencia que se presentaron en el mercado de pañales para bebé en Colombia, sí correspondieron a aquellas que se han debido presentar en un escenario de competencia.
- No existe evidencia empírica que muestre un cambio estructural en la variabilidad de los precios en ninguno de los segmentos analizados al comparar el periodo colusivo con el periodo post-colusión.
- Al modelar estructuralmente la demanda de pañales y estimar los costos marginales y márgenes brutos de rentabilidad de las empresas de la industria, y compararlos con escenarios hipotéticos de conductas colusivas, se encontró que los resultados se acercan más a un referente competitivo que a aquellos que obtendrían empresas con alto poder y dominio de mercado.
- Se evidenció una reducción de los precios en términos reales durante el periodo investigado, hubo cambios permanentes en las participaciones y las utilidades de la industria fueron bajas, equiparables a una inversión de bajo riesgo.
- El precio promedio de los pañales en Colombia durante el periodo investigado estuvo por debajo del rango mundial de los precios de referencia internacionales.
- No se observó la entrada de empresas extranjeras al mercado, lo cual revela que los márgenes de beneficios del mercado colombiano de pañales para bebés están en niveles razonables, incompatibles con los intereses de un cartel empresarial.
- Los precios reales de los pañales son muy cercanos a los precios simulados en un escenario de competencia perfecta.

#### **2.1.1.4. Respecto de la valoración de las pruebas**

- No se le puede dar a las declaraciones de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** la calidad de confesión respecto de las actividades de mercadeo que supuestamente desarrollaba **TECNOQUÍMICAS**, pues su dicho fue corregido en su última declaración y no se cumplen los requisitos para configurar la confesión de **TECNOQUÍMICAS**, por no representar a dicha sociedad.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- Darle el valor que se le dio a la primera declaración de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** y omitir lo afirmado en la segunda declaración desconoce, de un lado, los principios de indivisibilidad de la confesión (aun cuando no la constituye) y, del otro, las demás pruebas que soportan lo afirmado por el declarante en la segunda oportunidad, tales como las declaraciones de otros investigados y todas las pruebas documentales que han sido aportadas al proceso.
- No se valoraron bajo la sana crítica las declaraciones de **MAUREM CHEJNE GÓMEZ, ANDREA MADRIÑÁN OLANO, LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN, VANESSA HATTY BENAVIDES** y **FERNANDO PÁEZ NIETO**, pues a pesar de estar su vinculación laboral claramente soportada con las certificaciones que se allegaron al proceso y con su propia declaración, la resolución afirma que mintieron al respecto.
- Teniendo cuenta la complejidad que tiene este caso y el tiempo que transcurrió para proferir la decisión, cuestionaron si el Superintendente de Industria y Comercio y los miembros de su Consejo Asesor pudieron conocer el proceso a profundidad.

#### 2.1.1.5. En relación con el monto de la sanción

- Las multas deben imponerse considerando cada uno de los factores previstos por la norma. La Resolución Sancionatoria no indica cuál es el peso de cada factor en la graduación de la multa, sin embargo, en el caso concreto algunos de los elementos de graduación no se presentan, razón por la cual se solicita la reducción de la sanción.
- La Resolución Sancionatoria parte por decir que toda conducta restrictiva tiene un impacto importante en el mercado. Si dicha circunstancia fuera cierta no existiría un criterio de graduación para el "impacto", pues siempre tendría que aplicarse el peso que a este se dé en su totalidad.
- Para determinar que una conducta tuvo impacto se debe probar cuál fue efectiva y cualitativamente ese impacto. En este caso, el Despacho reconoce que con la información obrante en el expediente no es posible determinar cuál fue el impacto económico concreto sobre la competencia y el mercado, por lo tanto, no existe prueba del impacto.
- El ejercicio teórico realizado en la Resolución Sancionatoria no se basa en la realidad fáctica y comprobada de lo sucedido en el mercado, por lo que tampoco constituye prueba del impacto.
- Los estudios económicos presentados por **TECNOQUÍMICAS** prueban que la conducta investigada no generó impacto en el mercado.
- La Resolución Sancionatoria señaló que en relación con el beneficio obtenido debía tenerse en cuenta que la investigada desarrolló estrategias que le permitieron determinar condiciones del mercado sin las cargas que implica el actuar en competencia por más de una década. En relación con lo anterior debe tenerse en cuenta que cualquier conducta restrictiva de la competencia conlleva desarrollar estrategias que le permitan determinar condiciones del mercado, de no ser así la conducta carecería de significatividad.
- En el presente caso no se determinó el beneficio obtenido por los miembros del presunto cartel y, por el contrario, se demostró que **TECNOQUÍMICAS** no obtuvo beneficio alguno, pues sus ingresos no tenían siquiera relación con los precios de los pañales que distribuía.
- Respecto del criterio relativo al comportamiento procesal, la Resolución Sancionatoria indicó que **TECNOQUÍMICAS** había mentido al indicar que no participaba en el mercado y que **TECNOSUR** se involucró en la práctica restrictiva por instrucción de **KIMBERLY**. Sin embargo, ambas afirmaciones no son mentira sino que se corresponden con la realidad.
- No puede considerarse que las discrepancias, las opiniones diferentes o las percepciones distintas acerca de quién participa en el mercado y cómo lo hace sea equivalente a mentir. Si así fuera, las investigaciones carecerían de sentido y el derecho de defensa y contradicción desaparecería.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- La conducta procesal no constituye una circunstancia de agravación, pues no está prevista como tal en la Ley 1340 de 2009.
- Para efectos de graduar la multa, el referente debería basarse en la actividad relacionada con el mercado relevante, en este caso, la reventa de pañales para bebé.

## **2.1.2. Argumentos presentados por las personas naturales vinculadas con TECNOQUÍMICAS**

### **2.1.2.1. Argumentos presentados por DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER (Vicepresidente Senior de Ventas de TECNOQUÍMICAS)**

- Los correos con base en los cuales se argumenta que **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** recolectaba información para el seguimiento del cartel obedecen simplemente a la labor habitual de chequeo de precios que hace el equipo de ventas y que es fundamental para que se definan las estrategias de competencia a través de las actividades de mercadeo.
- No existe prueba de que **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** hubiera participado constantemente en la conducta que se le atribuye, pues el correo de 2006, corresponde al conocimiento que supuestamente tuvo en ese momento y no a que conociera o fuera consciente de que las reuniones con propósitos anticompetitivas se hubieran repetido. De esta forma, la conducta estaría caducada.
- De no revocarse la sanción impuesta, solicitó reducir el monto de la multa pues su grado de participación fue bajo. Adicionalmente, respecto de las presuntas imprecisiones en que según la Resolución Sancionatoria cayó el investigado destacó que, en primer lugar, no se especifica cuáles fueron, por lo que no puede ejercerse el derecho de defensa, y de existir, no pueden tenerse como agravante por no estar así dispuesto en la norma.

### **2.1.2.2. Argumentos presentados por FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA (Presidente de TECNOQUÍMICAS y Representante Legal de TECNOSUR)**

- No es cierto que el investigado hubiera confesado haber asistido a reuniones con sus competidores desde 2001 hasta 2012. Por el contrario, el investigado afirmó haberse reunido con funcionarios de **KIMBERLY** en Panamá en el año 2000, oportunidad en la cual conoció a los funcionarios de **FAMILIA** y la única ocasión en la que trató de temas de precios, pues los contactos siguientes que continuaron hasta 2006 fueron encuentros sociales.
- Los contactos que se mantuvieron con **KIMBERLY**, accionista de **TECNOSUR**, no podrían calificarse como parte del acuerdo restrictivo de la competencia, pues naturalmente **KIMBERLY** estaba interesado en el negocio y el comportamiento de los productos de **TECNOSUR**, sociedad en la que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** era miembro de Junta Directiva y Representante Legal.
- Ninguna de las pruebas con las que se vincula al investigado hace referencia a **TECNOQUÍMICAS** y sobre todas operó la caducidad.
- Aunque la Resolución Sancionatoria afirma que el investigado respondió de manera evasiva e inconsistente, no se determinan los aspectos en los que supuestamente se dieron las imprecisiones, ni en qué preguntas fue evasivo.
- Las respuestas del investigado fueron precisas y coherentes respecto de la relación entre **KIMBERLY**, **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** sin que en el expediente existan pruebas que demuestren lo contrario.
- No puede afirmarse que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** mintió, pues su declaración y defensa fueron presentadas de conformidad con su percepción de los hechos objeto del proceso, por lo cual el que el Despacho hubiera llegado a conclusiones diferentes no implica que la versión del investigado sea mentirosa.
- De no revocar la decisión de sanción contra el investigado, se solicita reducir la multa impuesta, pues se impuso un 10% de la sanción como agravante, cuando el comportamiento procesal no está contemplado como agravante en la ley.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**2.1.2.3. Argumentos presentados por MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS (Gerente de mercadeo de TECNOQUÍMICAS)**

- No existen actuaciones posteriores a la fecha de caducidad (11 de julio de 2011) que vinculen a la investigada. Las únicas pruebas existentes se refieren a correos electrónicos que recibió de forma pasiva.
- Teniendo en cuenta que **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** desempeñaba sus funciones para **TECNOSUR**, de confirmarse la posición de la Resolución en el sentido que **TECNOSUR** no participaba en el mercado, la sanción impuesta debería ser revocada.
- Si la sanción no se revoca debe reducirse la multa impuesta, pues se impuso un 10% como agravante de la sanción con base en la conducta procesal, que no está contemplada como causal de agravación en la ley.

**2.1.2.4. Argumentos presentados por ERNESTO TRUJILLO PÉREZ (Vicepresidente Senior de Absorbentes de TECNOQUÍMICAS y Gerente General de TECNOSUR)**

- Teniendo en cuenta que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** desempeñaba sus funciones para **TECNOSUR**, de confirmarse la posición de la Resolución en el sentido que **TECNOSUR** no participaba en el mercado, la sanción impuesta debería ser revocada.
- A sus declaraciones no se les puede dar el valor de confesión respecto de las actividades de mercadeo que supuestamente desarrollaba **TECNOQUÍMICAS**.
- Darle valor a la declaración rendida por el investigado en noviembre de 2013 y no a la siguiente dentro del proceso, desconoce la indivisibilidad de la confesión y la divisibilidad de la declaración de parte.
- Si se considera que la segunda declaración no debe ser tenida en cuenta porque no era espontánea, la misma consideración debería hacerse respecto de las declaraciones de los delatores que tampoco eran espontáneos por conocer la finalidad de sus declaraciones.
- Si la sanción no se revoca debe reducirse la multa impuesta, pues se impuso un 10% como agravante de la sanción con base en la conducta procesal, que no está contemplada como causal de agravación en la Ley.

**2.1.2.5. Argumentos presentados por LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de TECNOQUÍMICAS) y VANESSA HATTY BENAVIDES (Asociada de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en TECNOQUÍMICAS)**

- Para que pueda considerarse que las personas naturales son responsables de conductas contrarias a la libre competencia deben tener la calidad de administradores, según lo estableció la misma Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución de Apertura y Pliego de Cargos. **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** y **VANESSA HATTY BENAVIDES** eran funcionarios de niveles inferiores y no pueden calificarse como administradores, por lo tanto, no se les puede imputar responsabilidad como personas naturales y debe revocarse la sanción impuesta.
- Cambiar o ampliar el concepto de administradores hoy en día vulnera el derecho de defensa de los investigados.
- Aunque en la Resolución Sancionatoria se afirma que los investigados mintieron, no se señala en qué aspectos habrían mentido.
- Los investigados, desde el nivel de sus cargos, percibían que trabajaban y desarrollaban sus labores para **TECNOSUR**, compañía con la que firmaron sus contratos de trabajo, lo que no puede calificarse como mentira por ser diferente a lo concluido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- De no revocarse la sanción impuesta debe disminuirse su monto, atendiendo a que la imposición de un agravante por "conducta procesal" es improcedente, al no existir dicho agravante en la norma.

## 2.2. Argumentos presentados por FAMILIA

- El fundamento para no otorgar a **FAMILIA** la exoneración de la multa del 70% es contradictorio, en la medida en que en la Resolución Sancionatoria se reconoció expresamente que para el momento de la decisión final no es posible entrar a cuestionar circunstancias relacionadas con la admisión al Programa de Beneficios por Colaboración, sin embargo fundamentó negar el beneficio del 70% en supuestas imprecisiones relacionadas con fragmentos de respuestas dadas por **FAMILIA**, justamente al momento de ingresar al Programa. Este cuestionamiento es inoportuno y violatorio del principio de confianza legítima.
- Las razones en que se basó la Superintendencia de Industria y Comercio para no conceder a **FAMILIA** la reducción del 70%, no correspondieron a lo que se denominan requisitos de permanencia sino que estuvieron relacionados con los requisitos de ingreso.
- Cuando se admitió a **FAMILIA** al Programa de Beneficios por Colaboración, se determinó que cumplía con los requisitos de ingreso consagrados en el Decreto 2896 de 2010, entre los cuales se encuentra haber suministrado pruebas que agreguen valor a la actuación. Sin embargo, en la Resolución Sancionatoria se afirma que la información proporcionada por **FAMILIA** perdió valor agregado.
- La imprecisión atribuida a **FAMILIA** en relación con la duración del acuerdo anticompetitivo no existió, por cuanto no obstante manifestó en la respuesta a un requerimiento de información que las concertaciones sobre el acuerdo anticompetitivo se llevaron a cabo hasta principios de 2011, igualmente reconoció en el mismo documento y a lo largo de la investigación que su ejecución se extendió durante todo 2011. De hecho, si alguna imprecisión tuvo lugar, esta fue propiciada por la Superintendencia de Industria y Comercio, comoquiera que al requerir la información hizo varias preguntas que no fueron claras y además aparecían de forma repetitiva.
- No se presentaron las pruebas que evidencien las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la participación de **FAMILIA** en el acuerdo anticompetitivo hasta 2012.
- No es cierto que **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** haya indicado que **FAMILIA** participó en el cartel empresarial durante 2012, pues dicho investigado durante su declaración lo que manifestó fue que las últimas reuniones con **FAMILIA** de que tenía recuerdo fueron en 2010. Por su parte, **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** sostuvo que la última reunión en la que estuvieron presentes funcionarios de **FAMILIA** fue aproximadamente a mediados de 2011.
- La imprecisión que se atribuyó a **FAMILIA** y con base en la cual le fue negado el beneficio de exoneración de la multa del 70% no tiene ningún asidero con la respuesta completa que en su oportunidad expresó **FAMILIA** al requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual se reconoció que como consecuencia del acuerdo se hacían variaciones incrementales en las listas de precios.
- La respuesta de **FAMILIA** en la cual indicó que continuamente se concedían descuentos o notas de crédito para burlar el acuerdo empresarial no puede calificarse de imprecisa, pues está probado que durante la vigencia del cartel se aplicaron descuentos y promociones que motivaron reclamaciones y amenazas entre las empresas, de lo cual da cuenta la decisión sancionatoria y todas las compañías investigadas.
- Las pruebas aportadas por **FAMILIA** y las declaraciones de sus empleados le permitieron a la Superintendencia de Industria y Comercio reforzar su capacidad de probar la infracción y la dinámica precisa del cartel empresarial a través de los años.
- La decisión de no concederle a **FAMILIA** la exoneración del pago de la multa en un porcentaje del 70% se encuentra desprovista de un sustento normativo que la justifique, en tanto que el Decreto 2896 de 2010 en ninguna parte consagra que la existencia de "imprecisiones", traiga como consecuencia una reducción del porcentaje del beneficio que debe obtenerse.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- La justificación del criterio de dosificación relacionado con el impacto de la conducta no corresponde al sustento real de un perjuicio sobre el mercado sino a la conducta misma sancionada, porque todo cartel empresarial trae implícito abstraer los precios de una dinámica competitiva.
- La sumatoria de participaciones en el mercado de las empresas infractoras no puede ser un elemento para graduar la multa de **FAMILIA**, en tanto ello implicaría que sea sancionada por elementos correspondientes a otras empresas.
- De la existencia del cartel no puede concluirse la obtención de un beneficio por parte del infractor, pues de ser así, sobraría este criterio de graduación, ya que en todos los casos tendría que concluirse su aplicación para graduar la multa en la máxima.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al momento de ponderar el criterio de graduación relacionado con la conducta procesal del investigado con base en el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, ya que se trata de dos aspectos cuya fuente legal y consecuencias son completamente distintas.
- Al haberse calculado la multa en función de los ingresos globales de **FAMILIA** se incurrió en un error que trajo consigo una desproporción en el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que la multa impuesta tuvo como referente no los ingresos asociados con la conducta anticompetitiva sancionada sino los ingresos operacionales globales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no podía haber impuesto la multa máxima a **FAMILIA**, en tanto ello únicamente sería posible si concurrieren las distintas causales de agravación y no se verificara ninguna circunstancia de atenuación, lo cual no ocurrió.

#### **2.2.1. Argumentos presentados por las personas naturales vinculadas con FAMILIA**

##### **2.2.1.1. Argumentos presentados por DARÍO REY MORA**

- Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, el 24 de julio de 2009, no estaban sancionadas las conductas de facilitar y colaborar, por lo que no podría atribuirse responsabilidad a un investigado por ellas antes de la fecha indicada.
- **DARÍO REY MORA** no tuvo una conducta activa sino meramente omisiva, lo cual está demostrado porque no aparece mencionado en los correos electrónicos cruzados entre las personas que ejecutaron el acuerdo empresarial anticompetitivo y tomaron medidas para su implementación. Situación distinta ocurrió con **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** y **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR**, cuya participación activa se encuentra documentada en la Resolución recurrida.
- El tiempo durante el cual **DARÍO REY MORA**, en su posición de Gerente General de **FAMILIA**, infringió las normas de competencia, fue mucho menor al tiempo durante el cual lo hicieron sus homólogos de **TECNOQUÍMICAS** y **KIMBERLY**.
- Teniendo en cuenta que la conducta de **DARÍO REY MORA** es de menor gravedad y duración que la de los funcionarios de las otras dos compañías sancionadas, debe recibir una menor sanción. Lo contrario sería un trato discriminatorio y una causal de nulidad por irrespetar los principios de proporcionalidad entre la falta y la sanción y de igualdad entre los investigados.
- La Resolución Sancionatoria le otorga credibilidad a la declaración de **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** para considerar que **DARÍO REY MORA** se reunió con él para acordar precios, la cual no cumple los estándares probatorios definidos por el Código de Procedimiento Civil, que exigen que el testimonio debe ser exacto y completo, y que el testigo debe exponer la razón de la ciencia de su dicho, con explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho.
- **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** inculpó a **DARÍO REY MORA** y admitió toda clase de hechos sin reparo alguno, movido por el ánimo de recibir los beneficios por colaboración. Este es el ejemplo del riesgo moral que genera la exoneración total prevista en el Programa de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Beneficios por Colaboración, que permite la presencia de investigados que brindan declaraciones incorrectas que agravan la situación de otros investigados.

- Las pruebas del expediente evidencian que funcionarios distintos a los máximos directivos de las empresas investigadas, fueron quienes en realidad forjaron el acuerdo de precios y lo implementaron. No obstante, estos funcionarios de segundo y tercer nivel obtuvieron una multa menor a la de **DARÍO REY MORA**.
- La Resolución Sancionatoria no consideró que el patrimonio de **DARÍO REY MORA** ya se ha visto reducido por efecto de la multa previamente impuesta en el caso de papeles suaves, la cual constituye un pasivo que disminuye el patrimonio líquido y su capacidad económica.
- Debe considerarse que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**, además de Presidente de **TECNOQUÍMICAS**, es accionista de dicha compañía y se desempeñó en su Junta Directiva, lo que le otorga una capacidad patrimonial mayor que la de **DARÍO REY MORA**. En consecuencia, la multa de **DARÍO REY MORA** debe ser sustancialmente menor que la de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**, pues es claro que el primero no ostenta la calidad de accionista de la compañía sino de empleado.
- La Resolución Sancionatoria desconoce el principio de *non bis in ídem* y lo establecido en el Convenio de Colaboración, ya que divide un solo acuerdo sobre dos productos (papeles suaves y pañales) en dos conductas, con lo cual agrava la situación de los sancionados, imponiéndoles dos multas por un solo acuerdo.
- La Resolución Sancionatoria no expresa cuáles fueron las supuestas imprecisiones que impidieron que se le reconociera a **DARÍO REY MORA** la reducción del 70% de la multa.
- No puede afirmarse que existe imprecisión de **DARÍO REY MORA**, tomando como base la vaga declaración de **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR**, quien sin precisar su dicho, dijo que el acuerdo de precios duró todo el tiempo que él estuvo vinculado a **KIMBERLY**, a lo cual la Superintendencia le unió la fecha de retiro de este funcionario de esa empresa, y concluyó sin otro soporte, que el acuerdo se extendió hasta el 2012.
- Incluso si se aceptara que hubo imprecisiones menores, debe entenderse que las mismas pudieron darse porque **DARÍO REY MORA** no conocía el detalle del acuerdo de precios de pañales, pues no lo vigilaba ni lo ejecutaba, y ni siquiera estaba copiado en los correos cruzados entre competidores.

#### 2.2.1.2. Argumentos presentados por ANA MARÍA GAVIRIA URIBE, PABLO FELIPE CALLE NOREÑA y AURELIO TORRES ECHEVERRI

- La decisión de no concederle a **FAMILIA** la reducción del 70% de la multa corresponde a una falsa motivación, pues la misma está fundamentada en el ingreso de **FAMILIA** al Programa de Beneficios por Colaboración, frente al cual, según la propia Superintendencia de Industria y Comercio, no es jurídicamente procedente realizar valoración alguna. La reducción solo podía basarse en las obligaciones de permanencia previstas en los artículos 4 y 11 del Decreto 2896 de 2010, las cuales fueron cumplidas cabalmente por **FAMILIA**, como se indica en la Resolución No. 43218 de 2016.
- Las supuestas imprecisiones de **FAMILIA** fueron dilucidadas durante el curso de la investigación administrativa gracias a las declaraciones de los propios funcionarios de **FAMILIA** y otras pruebas arrimadas al proceso, lo que denota la colaboración seria y efectiva de dicha empresa durante la investigación.
- No existió imprecisión en la información aportada por **FAMILIA** para acceder al Programa de Beneficios por Colaboración, pues una cosa es el periodo durante el cual se produjeron las concertaciones y otro el periodo durante el cual se ejecutó el acuerdo empresarial anticompetitivo.
- No existe razón para que no se le otorgue a **FAMILIA** la reducción del 70% de la multa, toda vez que (i) reconoció expresamente que participó en el acuerdo; (ii) suministró pruebas de valor agregado significativo; (iii) colaboró durante el curso de la investigación; (iv) no fue el instigador

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

del acuerdo; y (v) puso fin a la conducta antes de la solicitud al Programa de Beneficios por Colaboración.

- El monto de la sanción debe calcularse con base en los ingresos durante la conducta anticompetitiva y no en los ingresos de 2015.
- El porcentaje del 33% sobre los ingresos de 2015 de **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** no es congruente con la motivación expuesta en la providencia recurrida, si se compara con los otros funcionarios de **FAMILIA**.

### **2.3. Argumentos presentados por HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA (Gerente General de KIMBERLY entre agosto y diciembre de 2004)**

- **KIMBERLY** engañó con dolo a la Superintendencia de Industria y Comercio, pues al momento de presentar una operación de integración en 1998 mediante la cual adquirió el control de la fabricación de pañales de **TECNOSUR**, ocultó un acuerdo de accionistas donde se demuestra que la realidad era una diferente a la que se manifestó a la Autoridad.

Este ocultamiento o fraude procesal tuvo una duración permanente hasta diciembre de 2013, tiempo dentro del cual **KIMBERLY** tuvo posición de dominio ilegal en el mercado de fabricación de pañales en Colombia, lo cual también fue ocultado por **KIMBERLY** al momento de hacer las delaciones.

### **2.4. Argumentos presentados por DRYPERS**

- Ninguna de las pruebas cuenta con la suficiente certeza y con el rigor necesario para lograr desvirtuar la presunción de inocencia de **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) o de cualquier otro funcionario de **DRYPERS**. Se trata de pruebas circunstanciales, indirectas, ambiguas y contradictorias.
- No existe evidencia sobre cuál fue el supuesto rol de **ARTURO CELIS CALDAS** en la reunión de la que trata el documento adjunto al correo electrónico de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) de 13 de diciembre de 2005. No puede tomarse como evidencia de participación en la reunión, de su nivel de participación, o si en efecto en esa reunión acordó el precio de los pañales. El documento ni siquiera constituye prueba indiciaria de la participación de **DRYPERS**.
- **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), en su declaración nunca indica haberse reunido con **DRYPERS**, ni con **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) entre 2004 y 2006. Igualmente, **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente del Negocio Corporativo de **FAMILIA**) manifestó no tener certeza sobre la participación de **ARTURO CELIS CALDAS** en esa supuesta reunión.
- El hecho de que las marcas de **DRYPERS** aparezcan en la presentación adjunta al correo electrónico de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) de 13 de diciembre de 2005 no demuestra ni que **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) hubiera participado en la referida reunión, ni que respecto de esas marcas de pañales existiera un acuerdo de precios.
- No puede admitirse que una notificación de una citación a una reunión equivale a demostrar que esa reunión existió. La citación, sin elementos de juicio adicionales, no demuestra que **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) hubiera asistido a la reunión. Tampoco permitiría demostrar cuál fue su rol en la reunión y si efectivamente acordó los precios de los pañales. Dicho documento es circunstancial, insuficiente y abiertamente contradictorio. Admitir dicho documento como prueba en contra de **DRYPERS**, implicaría una valoración aislada de un medio de prueba para derivar responsabilidad por parte de un particular.
- Existe evidencia en el expediente que controvierte las afirmaciones en relación con esta prueba, entre ellas, están las afirmaciones realizadas por **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** (Gerente General de **KIMBERLY**), **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**).

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- El "Acta de reunión de industria junio 1 de 2006" presenta múltiples inconsistencias, según las mismas declaraciones de las personas que aparecen relacionadas como participantes de la reunión. Dichas inconsistencias comprometen el valor probatorio de la prueba.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció el testimonio de **OLGA VALLEJO**, ex empleada de **DRYPERS**, quien asistió a una reunión con competidores a la que acompañó a **ARTURO CELIS CALDAS** el 1 de junio de 2006. Esta declaración fue confirmada por **ANDRÉS JARAMILLO** (Gerente de Mercadeo y Comercial de **DRYPERS** para agosto de 2013), en su testimonio del 14 de abril de 2015.
- Los testimonios de funcionarios de las empresas competidoras de **DRYPERS** respecto de las reuniones entre los años 2005 y 2006 no vinculan a **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**).
- **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) manifestó que tuvo contacto con los competidores una o dos veces, con la intención de llevar a cabo una reunión de industria sin la intención de fijar precios, lo cual no está prohibido por ley.
- Existe evidencia sobre el comportamiento de los precios de los pañales que acreditan que **DRYPERS** no participó en las conductas investigadas. Mientras los movimientos de los otros competidores tienden a ser paralelos y semejantes, los precios de **DRYPERS** presentan marcadas variaciones que tendieron a la baja. Los precios de **DRYPERS** son los más bajos del mercado y evidencian una inestabilidad incompatible con un intento de acuerdo de precios.
- **DRYPERS** no aparece relacionada con el presunto esquema de seguimiento establecido por quienes aparentemente hicieron el cartel empresarial. Por el contrario, las pruebas coinciden en que ninguna de las empresas competidoras hacían seguimiento a los precios de **DRYPERS**.

**TERCERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

**TECNOQUÍMICAS** aportó con su recurso de reposición unas pruebas documentales que solicitó fueran tenidas como prueba.

Por su parte, **HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** (Gerente General de **KIMBERLY** entre agosto y diciembre de 2004), frente a quien se archivó la investigación, solicitó que se decretaran como prueba diez (10) testimonios de diferentes personas y que se incorporaran al expediente algunos documentos.

Mediante Resolución No. 52696 del 8 de agosto de 2016, se decretó tener como prueba los documentos allegados por **TECNOQUÍMICAS** y se rechazó el decreto y práctica de las pruebas solicitadas por **HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** (Gerente General de **KIMBERLY** entre agosto y diciembre de 2004) por impertinentes. Así mismo, se corrió traslado de las pruebas aportadas por **TECNOQUÍMICAS** a los demás investigados por un término de cinco (5) días.

**CUARTO:** Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

El Despacho agrupó para su análisis los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los investigados, así:

#### **4.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos de TECNOQUÍMICAS relacionados con su participación en el mercado y en el cartel empresarial sancionado**

**TECNOQUÍMICAS** fundamentó su recurso de reposición principalmente en que la empresa que participó en el mercado afectado y que desarrolló las actividades de mercadeo de los pañales Winny fue **TECNOSUR** y no **TECNOQUÍMICAS**. En este sentido, el recurrente sostuvo que **TECNOSUR** no es simplemente una planta que fabrica productos para terceros sino una empresa que, además



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

de fabricar el 100% de sus pañales, se encarga de la creación de valor de sus marcas y las actividades de mercadeo que favorecen la comercialización de sus productos.

Pues bien, analizados los argumentos de **TECNOQUÍMICAS**, el Despacho debe confirmar la conclusión de la Resolución Sancionatoria en el sentido de que las pruebas obrantes en el expediente demuestran, sin espacio a la más mínima duda, que **TECNOQUÍMICAS** sí participó y sí participa en la comercialización y mercadeo de pañales desechables para bebés. Así mismo, se encuentra plenamente demostrado que **TECNOQUÍMICAS** participó desde su origen y por más de una década, en un cartel empresarial para fijar directa e indirectamente los precios de los pañales desechables para bebé en Colombia, y que incluso tuvo un papel protagónico y de liderazgo en el mismo.

Teniendo en cuenta lo anterior y atendiendo las pruebas de la participación y liderazgo de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial de precios sancionado, este Despacho procederá a dar respuesta a los argumentos de **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición respecto de la calidad con la que actuaba **TECNOQUÍMICAS** en el mercado de pañales desechables para bebé, la relación entre **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, la vinculación laboral de las personas naturales investigadas y las decisiones sobre precios y estrategias de mercadeo con el fin de dar respuesta a los argumentos esbozados en el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria en el caso *sub examine*.

#### **4.1.1. TECNOQUÍMICAS participó y lideró el cartel empresarial para fijar los precios de los pañales desechables para bebé en Colombia**

Parte importante del recurso de reposición de **TECNOQUÍMICAS** se esfuerza, inútilmente, en intentar demostrar que **TECNOSUR** era la empresa que comercializaba el producto objeto del acuerdo cartelista objeto de sanción, y que por ende, fue el agente del mercado que realmente participó en el cartel empresarial investigado. Sin embargo, un análisis integral de las pruebas del expediente conllevó a la Superintendencia de Industria y Comercio a concluir, que la empresa a la que debe atribuírsele la responsabilidad por la conducta investigada es **TECNOQUÍMICAS** y no **TECNOSUR**, decisión que luego de analizar los argumentos y pruebas del recurso de reposición, debe confirmarse plenamente ante el contundente material probatorio obrante en el expediente.

En efecto, en el expediente obra evidencia de que las primeras reuniones que dieron inicio al cartel empresarial de pañales desechables para bebé aquí sancionado, se habrían realizado aproximadamente en 2001 entre **KIMBERLY**, **FAMILIA** y **TECNOQUÍMICAS**, como consecuencia directa de las dificultades que estaban afrontando por la fuerte competencia que se estaba presentando entre ellos, y respecto de las cuales necesitaban tomar medidas imperiosas que aniquilaran la franca y libre competencia en el mercado.

Así lo admitió expresamente **LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO** (Gerente General de **FAMILIA** desde 1980 hasta 2007) en el interrogatorio que rindió ante esta Superintendencia, calificando este escenario como *"guerra de precios y descuentos"* que los iba a *"desangrar"* y sobre el cual necesitaban tomar medidas imperiosas.

Veamos lo dicho por **LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO** (Gerente General de **FAMILIA** desde 1980 hasta 2007):

**"LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO:** (...) *En el caso particular de pañales, como les conté, dado el ingreso de **PRODUCTOS FAMILIA** al mercado de pañales, que **KIMBERLY** lo consideraba, y **TECNOQUÍMICAS**, pues un competidor muy formidable porque así es. Se inició una guerra de precios y descuentos que duró tres o cuatro años (...) Algún día, no sé cómo, no sé, cómo empezaron estas cosas que están hablando en la Habana, pues una guerra y bueno, 'nos vamos a sangrar aquí, venga a ver si somos capaces de arreglar esta guerra', tal como suena.*

(...)

**FAMILIA:** *¿Puede precisarle al Despacho, aproximadamente cuándo fue la primera reunión de estos temas con la competencia?*

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO:** (...) *posiblemente en el 2001 diría yo, pero no puedo dar la respuesta con total certeza.*"<sup>1</sup>

De esta declaración queda en evidencia, entre otras cosas, que para el entonces Gerente y representante legal de **FAMILIA**, no solo era claro en que **TECNOQUÍMICAS** participaba en el mercado de pañales sino que era visto como *"un competidor muy formidable"* en dicho mercado. Al respecto, las reglas de la experiencia y la sana crítica indican que un gerente de una compañía del tamaño de **FAMILIA** (una de las empresas más importantes de Colombia y con mayor trayectoria), por lo menos tiene claro quiénes son sus competidores, pues es con ellos con quienes se disputa el mercado, mercado que vale cientos de miles de millones de pesos al año.

Por su parte, en el correo electrónico del 13 de junio de 2003 que se transcribe a continuación, **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, para entonces Business Manager de **TECNOQUÍMICAS** e investigada en la presente actuación, le envió a los funcionarios encargados del mercado de pañales de las demás empresas cartelistas<sup>2</sup> (**KIMBERLY** y **FAMILIA**) los precios acordados, advirtiéndoles sobre la fecha a partir de la cual dichos precios debían subir (1 de julio de 2013) y el porcentaje adicional que debían subir (5%) sobre los precios objetivos que ya deberían haber alcanzado (15%, 20%, 25% y 50%) promediando un descuento del 8.8% y que **"deben aparecer en las góndolas, como precios al consumidor."**

Obsérvese con detenimiento el correo electrónico del 13 de junio de 2003 de **TECNOQUÍMICAS** a **KIMBERLY** y **FAMILIA** y copiado entre otros a **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (para entonces Presidente de **TECNOQUÍMICAS** y Representante Legal de **TECNOSUR**):

**"From:** mpcorrea [mailto:mpcorrea@tecnoquimicas.com]  
**Sent:** Friday, June 13, 2003 3:31 PM  
**To:** Matias Gaviria Uribe; Kunzel, Patricia; Luz Angela Wills Toro  
**Cc:** Karlov, Glenn; Ernesto Trujillo; **Francisco Jose Barberi**; De Bedout, Juan Ernesto  
**Subject:** Precios

**De acuerdo a nuestro último acuerdo el 1° de Julio nuestros precios deberán subir 5%. Este incremento es obviamente, sobre el objetivo que ya deberíamos haber alcanzado, por tanto les estoy enviando nuevamente los precios objetivos (supermercados y tradicionales) a los que debemos estar apuntando a partir de dicha fecha.**

Los archivos son:

**-Precios Super. Julio-03:** Es el mismo archivo que les envié para el desmonte de Junio pero con la actualizada del 5% de incremento adicional. Inicialmente están los precios de facturación netos al supermercado, por etapas, (sin IVA) y en seguida **los precios (marcados, mínimos y promedios) que deben aparecer en las góndolas, como precios al consumidor.** Les recuerdo que el promedio a total país incluye 25% de la venta con 20% de descuento, 25% de la venta con 15% de descuento y 50% de la venta sin descuento, esto promedia un descuento de 8.8%. Está pendiente para la siguiente reunión la disminución de estos niveles promocionales.

**-Precios Trad. Julio-03:** Este archivo muestra inicialmente los precios netos de venta a un mayorista (sin IVA). Luego calcula los precios del mayorista a una tienda, en distintas plazas (plazas que marginan con el 10%, caso Centro Pacífico; plazas que marginan con el 6%, caso Atlántico; plazas que marginan con el 5% caso Corabastos) y los precios a tiendas que deben tener los distintos distribuidores que compiten con la plaza (3% por encima del precio del mayorista).

**Para lograr estos nuevos precios objetivos, especialmente en el canal tradicional, los incrementos son en algunas regionales y algunas referencias superiores al 5%. Por favor tengan muy en cuenta esto.**

<sup>1</sup> Folio 7600 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente. Minuto 2:13 de la segunda parte.

<sup>2</sup> **MATÍAS GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo de Cuidado Infantil de **KIMBERLY**), **LUZ ÁNGELA MARÍA WILLS TORO** (para entonces Representante Legal Suplente de **FAMILIA**), con copia a **GLENN KARLOV** (para entonces Gerente General de **KIMBERLY**), **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**), **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (para entonces Presidente de **TECNOQUÍMICAS** y Representante Legal de **TECNOSUR**) y **JUAN ERNESTO DE BEDOUT** (para entonces Vicepresidente LAO de **KIMBERLY**).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**El 27 de mayo que nos vimos les entregué nuestra nueva lista de precios con el 5% de incremento adicional, la cual hemos entregado a los clientes desde la primera semana de Junio, les ruego me hagan llegar las suyas.**

(...)<sup>3</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, es **TECNOQUÍMICAS** quien insta a **KIMBERLY** y **FAMILIA** para que procedan a realizar el incremento de precios conforme a lo acordado, para lo cual les envía pormenorizadamente los precios para supermercados, mayoristas, tiendas e incluso para el consumidor final que adquiere los pañales en las góndolas de los supermercados. Al respecto debe señalarse que para esta fecha, **KIMBERLY** ya había adquirido el 50% de **TECNOSUR** y suscrito el acuerdo de accionistas con **TECNOQUÍMICAS**, por lo que el correo electrónico que se citó previamente, es demostrativo no solamente de que efectivamente existió un acuerdo de precios entre **TECNOQUÍMICAS**, **KIMBERLY** y **FAMILIA**, sino también que quien hacía parte del cartel empresarial era **TECNOQUÍMICAS** y no **TECNOSUR**, como insistentemente se lo han querido hacer creer en el curso de la investigación con el propósito de desviar la atención del Despacho.

En el siguiente correo electrónico del 13 de diciembre de 2007, con asunto "*Precios droguerías (sic)*" remitido por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) y dirigido a **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), con copia a **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**), da cuenta de que en el 2007, **TECNOQUÍMICAS** reclama a **KIMBERLY** señalando que su precio seguía "malo", al haber encontrado que en las droguerías estaba 3% por debajo del suyo y el de **FAMILIA** y, por ende, incumpliendo los acuerdos alcanzados en desarrollo del cartel empresarial:

**"De:** Andrea Madriñan [mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com]  
**Enviado el:** jueves, 13 de diciembre de 2007 3:35 p. m.  
**Para:** Galvis, Maria Ximena [Maria.Ximena.Galvis@kcc.com](mailto:Maria.Ximena.Galvis@kcc.com)  
**CC:** Pablo Felipe Calle Noreña [pablocn@familia.com.co](mailto:pablocn@familia.com.co)  
**Asunto:** Precios droguerías

Ximena, cómo estás?? Te cuento que acabo de hablar con la persona encargada de droguerías y me informa que **tu precio sigue abajo un 3% por debajo de pequeñín y mío.** (has estado prácticamente 9 meses con el precio 3% abajo). **Quiero saber si vas a seguir con estos precios. Pues de ser así me toca bajarme.** Me dijiste que el 3 de diciembre esto quedaba arreglado pero **tengo facturas de ayer y el precio sigue malo.** Me parece una bobada que no subas el 3% cuando pequeñín sí subió el mes pasado y tu compromiso era hacerlo el 3 de dic.

saludos

Andrea Madriñán  
Gerente Mercadeo  
Tecnoquímicas S.A.  
Teléfono: (57) +2 8825555 Ext. 1143  
Email: [amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)  
Web: <http://www.tecnoquimicas.com>"<sup>4</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Como puede apreciarse en el correo electrónico que antecede, no solo es evidente la existencia del cartel empresarial de precios sino la existencia de un seguimiento y monitoreo permanente, mecanismos de reclamaciones entre los cartelistas, además de amenazas de retaliaciones en caso de persistir los "incumplimientos" por parte de **KIMBERLY** respecto de los compromisos de subir los precios.

Este correo refuta, por si solo, la argumentación que **TECNOQUÍMICAS** le ha querido hacer creer en su recurso de reposición al Despacho, en el sentido de que quien fijaba los precios en el mercado

<sup>3</sup> Folio 3115 del Cuaderno Reservado SIC No. 7 del Expediente.

<sup>4</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "*Precios droguerías (sic)*" con extensión .msg. Ruta: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

era **TECNOSUR** y no **TECNOQUÍMICAS**, y que **TECNOSUR** era una simple subordinada de la gran "corporación internacional" que es **KIMBERLY** frente a la que no le quedaba otra opción que aceptar sumisamente sus órdenes. En efecto, el correo en mención da cuenta claramente de que: (i) es **TECNOQUÍMICAS** quien monitorea los precios y quien tiene la capacidad de tomar la decisión de subir los precios de los pañales, pues en el caso de que **KIMBERLY** no cumpliera los acuerdos, a **TECNOQUÍMICAS** (no a **TECNOSUR**) le tocaría "bajarse", a pesar de parecerle "una bobada" dado que **FAMILIA** con su marca Pequeñín sí había subido los precios el mes pasado; (ii) la amenaza expresa de retaliaciones por parte de **TECNOQUÍMICAS** desvirtúa completamente la tesis de que las decisiones de precios obedecían a órdenes que impartía **KIMBERLY** a **TECNOSUR**, pues de existir tal subordinación simplemente la amenaza no existiría y tampoco involucraría a **FAMILIA**; (iii) la amenaza de **TECNOQUÍMICAS** de bajar sus precios demuestra claramente que era ella quien fijaba los precios, y que no era una subordinada de **KIMBERLY**; y (iv) que el gran líder del cartel empresarial, o por lo menos el que se comportaba como tal, era **TECNOQUÍMICAS**, pues monitoreaba precios, ordenaba alzas y amenazaba con retaliaciones, como un líder en cualquier cartel empresarial de esta o de otra naturaleza.

Adicionalmente, el correo en cita fue enviado por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) desde una cuenta de correo electrónico cuyo dominio pertenece a **TECNOQUÍMICAS** ([amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)), con lo cual es evidente que era esta empresa y no **TECNOSUR** quien participaba en el cartel empresarial de precios investigado y realizaba las labores de seguimiento propias del mismo. Además, basta con leer que **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** se identificó en ese correo electrónico como Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**. Sobre estos aspectos se referirá el Despacho más adelante en la presente Resolución.

En la misma línea, en el correo electrónico del 30 de junio de 2009 que se transcribe a continuación<sup>5</sup>, **TECNOQUÍMICAS** vuelve a recriminar a **KIMBERLY** por no alinearse con los precios concertados, con los precios cuadrados, con los precios amañados o si se quiere, con los precios fijados artificialmente. Obsérvese que nuevamente **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), desde su cuenta de correo electrónico [amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com) le escribe el 30 de junio de 2009 a **MARIA XIMENA GALVIS RINCÓN** de **KIMBERLY**, lo siguiente:

*"De: Andrea Madriñán Olano [mailto:[amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)]*

*Enviado el: Martes, 30 de Junio de 2009 04:57 p.m.*

*Para: Galvis, María Ximena*

*Asunto: Ayuda*

*Hola como estas Xime espero que bien, ya sé que tú no estás encargada de los precios de pañales, pero la verdad no sé con quién hablar. **Te envío el archivo para que porfa se traten de alinear con los precios que estamos teniendo en cadenas de supermercados. Este fue lo último que cuadramos, los precios full y los de evento.** Me gustaría que compartieras esta información con la persona que ahora se dedica a este tema. La verdad los precios de Huggies están muy por debajo de estos que estamos teniendo.*

*Mil gracias*

*Andrea Madriñán*

**Gerente Mercadeo**

**Tecnoquímicas S.A.**

*Teléfono: (57) +2 8825555 Ext. 1143*

*Email: [amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)*

*Web: <http://www.tecnoquimicas.com>"<sup>6</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

El archivo adjunto al que se refiere el anterior correo electrónico, denominado "Workbook1.xls", contiene los precios indicados, clasificados por cada etapa de los *Tiers* 2 y 4:

<sup>5</sup> Correo electrónico del 30 de junio de 2009, con asunto "Ayuda", de **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) dirigido a **MARIA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), con el archivo adjunto "Workbook1.xls".

<sup>6</sup> Folio 3263 del Cuaderno Reservado SIC No. 8 y folio 2066 del Cuaderno Reservado SIC No. 2 del Expediente. Archivo "Ayuda[278525]", con ruta de acceso: D:\PAÑALES\EMP PAÑALES\4. XIMENA GALVIS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

<b>Facturación SIN IVA</b>				
		TQ	FAM	Para actividades (es el 20%)
<b>Tier 4</b>	<b>et 0</b>	377	379	302
	<b>et 1</b>	442	437	350
	<b>et 2</b>	534	532	426
	<b>et 3</b>	650	646	517
	<b>et 4</b>	806	808	645
	<b>et 5</b>	884	873	698
		TQ	FAM	Para actividades (es el 20%)
<b>Tier 2</b>	<b>et 1</b>	354	349	279
	<b>et 2</b>	427	426	341
	<b>et 3</b>	520	518	414
	<b>et 4</b>	644	646	515
	<b>et 5</b>	707	698	558
<b>Facturación CON IVA</b>				
		TQ	FAM	Para actividades (es el 20%)
<b>Tier 4</b>	<b>et 0</b>	437	440	350
	<b>et 1</b>	513	507	406
	<b>et 2</b>	619	617	494
	<b>et 3</b>	754	749	600
	<b>et 4</b>	935	937	748
	<b>et 5</b>	1.025	1.013	810
		TQ	FAM	Para actividades (es el 20%)
<b>Tier 2</b>	<b>et 1</b>	411	405	324
	<b>et 2</b>	495	494	396
	<b>et 3</b>	603	601	480
	<b>et 4</b>	747	749	597
	<b>et 5</b>	820	810	647

Como se dijo en la Resolución Sancionatoria, pruebas como el anterior correo electrónico entre dos empresas (**TECNOQUIMICAS** y **KIMBERLY**) que supuestamente deben estar compitiendo en el mercado por la lealtad y la fidelidad del cliente (compitiendo por enamorar al cliente con buenos y competidos precios), no encuentran explicación alguna diferente a la existencia de un grosero, vulgar e ilegal cartel empresarial para la fijación artificial de los precios de los pañales desechables para bebés en el mercado colombiano, con el fin de burlar la libre competencia económica, las leyes de la oferta y la demanda y traicionar la confianza de los consumidores y demás agentes del mercado en la cadena de distribución y, lo más grave, vulnerar la propia economía social de mercado, es decir, violar el modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia.

Adicionalmente, no puede pasar de largo el Despacho el hecho de que el archivo de Excel adjunto, que contiene los precios de pañales desechables para bebés, clasificados por cada etapa de los *Tiers* 2 y 4, utiliza la expresión "TQ", frente a la cual no cabe la más mínima duda de que se trata de **TECNOQUÍMICAS**, aspecto que soporta incluso más la conclusión de que es esta compañía, y no **TECNOSUR**, quien participó en el cartel empresarial bajo decisión.

De otro lado, se insiste en el ya recurrente hecho de que el correo en cita fue enviado por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) desde una cuenta de correo electrónico cuyo dominio pertenece a **TECNOQUÍMICAS** ([amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)), con lo cual es evidente que era esta empresa y no otra la que participaba en el cartel empresarial de precios investigado y realizaba las labores de seguimiento propias del mismo. Sobre este aspecto se referirá el Despacho más adelante en la presente Resolución.

Es importante advertir que en el correo electrónico del 30 de junio de 2009 transcrito, se evidencia con total claridad que **TECNOQUÍMICAS** es quien hace la fijación de precios, es la encargada de que las demás empresas cartelistas se alineen, pues no de otra forma se entendería la reclamación o suplica de **TECNOQUIMICAS** a **KIMBERLY** expresada en "...para que porfa se traten de alinear con los precios que estamos teniendo en cadenas de supermercados. Este fue lo último que cuadrarnos, los precios full y los de evento. Me gustaría que compartieras esta información con

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

la persona que ahora se dedica a este tema. **La verdad los precios de Huggies están muy por debajo de estos que estamos teniendo.** Obsérvese que la pretensión de **TECNOQUÍMICAS** no es otra que la de que **KIMBERLY** suba los precios de los pañales Huggies, porque a juicio de **TECNOQUÍMICAS**, los pañales Huggies de **KIMBERLY** están muy baratos y eso es contrario a lo acordado (contrario a lo cuadrado).

Otra de las numerosas pruebas de la participación efectiva de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial de pañales desechables para bebé sancionado es el siguiente correo electrónico<sup>7</sup> del 7 de abril de 2009, en el que **TECNOQUÍMICAS** a través de su entonces Gerente de Mercadeo, la pluricitada **ANDREA MADRIÑÁN OLANO**, propone a las otras empresas cartelistas (**KIMBERLY** y **FAMILIA**) dejar de vender su producto a una gran cadena de supermercados que no quería subir los precios y que nuestra posición y la de **FAMILIA** (léase **TECNOQUÍMICAS** y **FAMILIA**) es que si **EL ÉXITO** no quiere comprar más caro, pues que no les compren y en ese sentido, buscaba también una misma posición de su otro competidor **KIMBERLY**. Obsérvese que **TECNOQUÍMICAS**, interactúa no solo con **KIMBERLY** sino también con **FAMILIA**, lo cual obviamente descarta innumerables falsos argumentos de defensa esbozados por **TECNOQUÍMICAS** en esta investigación.

Observemos entonces el correo electrónico del 7 de abril de 2009 remitido por **TECNOQUÍMICAS** a **KIMBERLY** y **FAMILIA**:

**"De:** Andrea Madrinan Olano [<mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com>]  
**Enviado el:** Martes, 07 de Abril de 2009 10:58 a.m.  
**Para:** Galvis, Maria Ximena; Pablo Felipe Calle Noreña; Ana Maria Gaviria Uribe  
**Asunto:** Nuevos precios supermercado

*Ximena estos son los precios de cada uno en supermercados a partir de este mes de abril, como ves no son igualitos y mejor que hayan quedado así. Ahí también están los precios para aniversarios Grandes (como el de megaprima) por ejemplo. Si tienes alguna inquietud nos dices. No sé si a ustedes les pasó, **que el Éxito no quiere el alza.. Que porque no quiere subir precios.. Nuestra posición y la de Familia es que de malas, si no quieren comprar a los nuevos precios pues que no nos manejen.** Creo que es una posición sana (...).*

Andrea Madriñán  
Gerente Mercadeo  
Tecnoquímicas S.A.  
Teléfono: (57) +2 8825555 Ext. 1143  
Email: [amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)  
Web: <http://www.tecnoquimicas.com><sup>8</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Este correo electrónico da cuenta de otra de las aristas del acuerdo ilegal de precios encontrada por la Superintendencia de Industria y Comercio, consistente en el comportamiento en bloque (comportamiento monopolista propio de los carteles empresariales) cuando es necesario ejercer presión al mayorista que se resista a incrementar el precio del producto cartelizado. Como puede observarse, en esta oportunidad, al interior del cartel empresarial se propone dejar de vender el producto a una gran cadena de supermercados (**EL ÉXITO**) que no quería subir los precios y a la cual, le resultaría inviable seguir resistiéndose a subir los precios y dejar de recibir los pañales provenientes del cartel empresarial que corresponden al 85% del total del mercado. Los carteles empresariales actúan como un solo agente en el mercado, como un agente dominante, como un agente monopolista, pues así adquieren poder de mercado para controlar y exigir lo que les resulte factible y deseable.

<sup>7</sup> Correo electrónico, del 7 de abril de 2009, con asunto "Nuevos precios supermercado", dirigido por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Director de Trade Marketing de **FAMILIA**) y **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), al cual se adjuntó el archivo denominado "nuevos precios supermercados.xls".

<sup>8</sup> Folio 3696 del Cuaderno Reservado SIC No. 10 y folio 2066 del Cuaderno Reservado SIC No. 2 del Expediente. Archivo "RV\_Nuevos precios supermercado", con ruta de acceso: D:\PAÑALES\EMP PAÑALES\4. XIMENA GALVIS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Además de lo anterior, valga resaltar que el correo electrónico del 7 de abril de 2009 ya transcrito, proviene de **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), enviado desde una cuenta de correo electrónico cuyo dominio pertenece a **TECNOQUÍMICAS** ([amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)), que incluye los datos de contacto de **TECNOQUÍMICAS** y que refieren a la página web [www.tecnoquimicas.com](http://www.tecnoquimicas.com), con lo cual es evidente que era esta empresa y no **TECNOSUR** la que participaba en el cartel empresarial de precios investigado y realizaba las labores de seguimiento propias del mismo y de otra parte, muestra que la relación de **TECNOQUÍMICAS** no era solo con **TECNOSUR** y **KIMBERLY**, sino con **FAMILIA**.

En el correo electrónico del 14 de agosto de 2007<sup>9</sup>, con asunto "RE: Cheque Precios Droguerías", **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**) reclama a los demás cartelistas, es decir, **TECNOQUÍMICAS** y **KIMBERLY**, por desvíos en el acuerdo anticompetitivo, al paso que amenaza que de no corregir dicha situación, se vería obligado a modificar los precios de sus pañales para "conservar competitividad". Este correo permite observar con claridad que **TECNOQUÍMICAS** hacía parte del cartel empresarial de precios, comoquiera que era recipiente de los reclamos provenientes de los otros cartelistas cuando se desviaba ocasionalmente de lo pactado:

"De: Pablo Felipe Calle Noreña

Enviado el: Martes, 14 de Agosto de 2007 08:55 a.m.

Para: 'Galvis, Maria Ximena'; 'mchejne@tecnoquimicas.com'; 'Fernando Páez Nieto'; 'mauricio.VÉLEZ@kcc.com'

CC: Alejandro Botero Arango; Aurelio Torres Echeverri

Asunto: RV: Chequeo Precios Droguerías.

*Les envío amplios diferenciales de precio que se vienen presentando en canal droguerías con ambas marcas (Suministro comparativo con precios de Copidrogas y Dromayor)*  
**DIFERENCIALES**

**Con Tecnoquímicas** – Diferencias entre 9%-12% adicionalmente a la oferta de 10 Pañitos gratis que equivale a un 8% en ahorro de producto complementario para el consumidor (Suministro Factura que evidencia la oferta de los pañitos) Andrea manifestó que monitorea los precios de Pequeñín en Copidrogas y que se pone parity, pero la realidad es totalmente diferente (Tecnoquímicas es el más barato)

**Con Kimberly**

Diferencias entre 4%-6%

Adicionalmente están bonificando la compra de Huggies con Jeringas, que igualmente representan rentabilidad para el droguista ya que este las vende, lo que equivale a rebaja de precios.

**De no corregirse dicha situación esta semana están obligando a que Pequeñín corrija sus precios para conservar competitividad,**

Saludos".<sup>10</sup>

Como se puede advertir en los diferentes correos electrónicos que -a título de ejemplo- han sido mencionados previamente, resulta más que evidente que **TECNOQUÍMICAS** era el competidor con el cual **FAMILIA** y **KIMBERLY** acordaban ilegalmente los precios, se recriminaban incumplimientos de lo acordado y se amenazaba con retaliaciones de no corregirse las desviaciones del acuerdo. Por otra parte, si se presta atención a los correos bajo análisis, **TECNOSUR** ni siquiera es mencionada en las comunicaciones estudiadas; todas las comunicaciones cruzadas en la ejecución del cartel empresarial antes citado, son enviadas por **TECNOQUÍMICAS** o dirigidas a esta compañía. En otros correos hemos visto cómo **TECNOQUÍMICAS** asume el rol de liderar, hacer

<sup>9</sup> Correo electrónico del 14 de agosto de 2007<sup>9</sup>, con asunto "RE: Cheque Precios Droguerías", de **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**), dirigido a **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), **MARUEM CHEJNE GÓMEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo para el canal tradicional de **TECNOQUÍMICAS**), **FERNANDO PÁEZ NIETO** (para entonces Director de Mercadeo para el Canal Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS**) y **MAURICIO VÉLEZ** (**KIMBERLY**), con copia a **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**) y a **AURELIO TORRES ECHEVERRI** (para entonces Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**).

<sup>10</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11. Archivo "RE: Cheque Precios Drogue" con extensión .msg. Ruta: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

seguimientos, dar órdenes, transmitir amenazas y retaliaciones, pero en este caso, quien lo hace es **FAMILIA** y quien las recibe es **TECNOQUÍMICAS** y **KIMBERLY**.

Una prueba adicional de la participación activa de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial y de la continuidad histórica del mismo, se evidencia a través de reclamos por incumplimiento del acuerdo, como puede observarse en la cadena de correos de 2011 que se muestra a continuación, en la que, en el marco de recriminaciones mutuas entre los miembros del cartel empresarial al encontrar en algunos puntos de venta precios diferentes a los acordados, **TECNOQUÍMICAS** finaliza la cadena de correos enviando a **FAMILIA** y **KIMBERLY** una presentación preparada con las facturas que demostraban el incumplimiento del acuerdo en aquellos puntos de venta, a las cuales estampó marcas de "**NO CUMPLEN ACUERDO**" o "**SI CUMPLEN ACUERDO**", según el caso. Esto traducido en el lenguaje universal colusorio, significa "**NO CUMPLEN ACUERDO CARTELISTA**" o "**SÍ CUMPLE ACUERDO CARTELISTA**".

Y obviamente, la amenaza de **FAMILIA** a **KIMBERLY** y **TECNOQUÍMICAS** en relación con qué pasa si no cumplen con lo acordado en el cartel empresarial, quedó allí evidenciada explícitamente. Amenaza **FAMILIA** así: "**De no corregirse dicha situación esta semana están obligando a que Pequeñín corrija sus precios para conservar competitividad**". Es decir, la corrección o modificación de **FAMILIA** de sus precios de pañales desechables para bebé marca Pequeñín no es una decisión unilateral estratégica de la compañía sino una retaliación por el incumplimiento temporal, episódico o esporádico de los co-cartelistas **KIMBERLY** y **TECNOQUÍMICAS** en relación con los precios acordados de los pañales en el mercado colombiano al interior del cartel empresarial sancionado.

En efecto, mediante correo del 17 de agosto de 2011, con asunto "*Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios*", de **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Director Trade Marketing de **FAMILIA**) dirigido a **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**) y **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**), con copia a **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente Corporativo de **FAMILIA**) y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**), le manifestó su reclamo por no haber procedido oportunamente con el alza de precios acordada.

Veamos el referido correo electrónico del 17 de agosto de 2011:

"From: Pablo Calle Norena <pablocn@familia.com.co>  
Date: Wed, 17 Aug 2011 09:40:19  
To: Juan Pablo Grech Vivas <jpgrech@tecnoquimicas.com>; Luis Felipe Puerto Tobon <lfpuerto@tecnoquimicas.com>  
Cc: Ana Maria Gaviria Uribe <anagu@familia.com.co>; Alejandro Botero Arango <alejandrob@familia.com.co>; Ernesto Trujillo Perez <etrujillo@tecnoquimicas.com>  
Subject: Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios

Juan Pablo

**Mes y medio después de la fecha definida de incremento del precio a la tienda, sigo encontrando facturas de Winny al canal tiendas sin alza de precios.**

**Hace mes y medio se desmontaron las actividades puntuales de Pequeñín a la tienda que pretendían compensar el diferencial con Winny y ustedes no han efectuado el incremento.**

**Ernesto le manifestó a Ana que el precio a la tienda quedaría corregido el viernes 12 de agosto.**

Por tal razón busqué facturas posteriores a dicha fecha, 13 y 15 de agosto.

En las mismas se evidencia NO incremento del precio, diferenciales vs precio objetivo cercanos al 5%

Los pañales Winny con empaque individual tienen precio inferior de compra por parte del tendero que los pañales Pequeñín sin empaque individual.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*Con dicha situación se está presentando, que en algunas zonas, donde el mayorista trabaja la categoría con margen bajito, el tendero compra a menor precio el pañal Winny, que el mismo mayorista.*

**Como comprenderás esta situación es insostenible,**

*Saludos,*<sup>11</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Obsérvese cómo **FAMILIA** le reclama a **TECNOQUÍMICAS** y le exige subir los precios de los pañales desechables para bebé por encontrarse por debajo del precio objetivo (en su lenguaje, corregir los precios para ajustarlos o alinearlos con los precios objetivo acordados en el cartel empresarial). Termina esta recriminación cartelista de **FAMILIA** a **TECNOQUÍMICAS**, con la lapidaria frase de que **"Como comprenderás esta situación es insostenible"**, es decir, para una empresa como **FAMILIA** y como **TECNOQUÍMICAS**, no falsear la competencia es insostenible, es decir, solo es sostenible su participación en el mercado a través de acuerdos que falseen los precios o acuerdos colusorios, porque competir y la competencia son, sencillamente, mecanismos insostenibles de participación en un mercado. Dicho de otra manera, para **FAMILIA** y **TECNOQUÍMICAS** cumplir la Constitución y ley, serle fiel a la economía social de mercado, participar en un mercado sin atentar contra los consumidores y empresarios colombianos, resulta sencillamente *"insostenible"*.

En respuesta a lo anterior, en correo del mismo 17 de agosto de 2011, con asunto *"Re: Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios"*, de **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**) dirigido a **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Director de Trade Marketing de **FAMILIA**), **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**), **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**) y **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente Corporativo de **FAMILIA**), se dio respuesta en los siguientes términos:

*"De: Juan Pablo Grech Vivas [mailto:jpgrech@tecnoquimicas.com]*

*Enviado el: miércoles, 17 de agosto de 2011 9:57 a. m.*

*Para: Pablo Calle Norena <pablocn@familia.com.co>; Ernesto Trujillo Perez <etrujillo@tecnoquimicas.com>; anagu@familia.com.co; alejandroba@familia.com.co*

*Asunto: Re: Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios*

**Pablo, según el acuerdo con Ernesto, a partir del 12 se subieron los precios de Bucaramanga y Medellín, y a partir del 16 Cali, Pereira y Bogotá.**

*También aprovecho para decirte que hasta finales de Julio, me he encontrado facturas de ustedes en Cali y Bogotá donde regalan ristras de toallitas que he venido denunciando hace más de 2 meses.*

*Por favor a día de hoy quisiera que verificaras los precios de todas las ciudades donde tenemos TaT para que compruebes que efectivamente ya subimos el precio.*

*Y adicional que hablaras con los distribuidores de Cali y Bogotá para que no sigan regalando las ristras de toallitas que he venido viendo en las facturas.*

*Saludos.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Obsérvese que en este correo del 17 de agosto de 2011, **FAMILIA** le recuerda a **TECNOQUÍMICAS** que hay un compromiso al interior del cartel empresarial y que fruto de ese acuerdo colusorio ya se subieron los precios en Bucaramanga y Medellín desde el 12 de agosto de 2011 y en Cali, Pereira y Bogotá desde el 16 de agosto de 2011 (día anterior al del correo electrónico), lo cual obviamente muestra no solo que **TECNOQUÍMICAS** era parte del cartel empresarial y que su actividad en el cartel obviamente estaba relacionado con organizar y definir los precios de los pañales desechables para bebé en el mercado colombiano, sino que el cartel empresarial sí tuvo efectos en el mercado, los acuerdos se implementaban y que el efecto era subir torticera y artificialmente los precios sin importarles ni las prohibiciones constitucionales ni legales, como tampoco el buen funcionamiento de la economía de mercado, la eficiencia económica y mucho menos, los empresarios de la cadena de comercialización o los consumidores colombianos (entre ellos, los más pobres), en este caso de

<sup>11</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado **TECNOQUÍMICAS** No. 1 del Expediente, archivo "Re- Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\DOCUMENTOS\PLAN 2011\AGOSTO 2011.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Bucaramanga, Medellín, Cali, Pereira y Bogotá. En relación con el precio, **FAMILIA** le dice a **TECNOQUÍMICAS** que puede verificar que en todas las ciudades en donde tienen TaT ya subieron los precios (efectos del cartel en el mercado a través de la puesta en ejecución de los acuerdos) y que eso pueden verificarlo. De otra parte, dice **FAMILIA** a **TECNOQUÍMICAS** que dejen de regalar rstras de toallitas con los pañales, porque al final eso termina afectando el precio objetivo acordado o el precio del producto en el mercado.

Momentos después, es decir, el mismo 17 de agosto de 2011, **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**), remitió el siguiente mensaje<sup>12</sup>, con la ya referida presentación como archivo adjunto "*Precios Pequeñín Julio y Agosto 2011.ppt*", a **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Director de Trade Marketing de **FAMILIA**) y **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**), con copia a **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente Corporativo de **FAMILIA**) y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**):

*"De: Juan Pablo Grech Vivas [mailto:jpgrech@tecnoquimicas.com]*

*Enviado el: miércoles, 17 de agosto de 2011*

*Para: Pablo Calle Noreña <pablocn@familia.com.co>; Ernesto Trujillo Perez*

*<etrujillo@tecnoquimicas.com>; anagu@familia.com.co; alejandroba@familia.com.co*

*Asunto: Re: Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios*

*Según lo comentado, les adjunto las facturas de Pequeñín donde no cumplen los acuerdos de precios en todo Julio.*

*Pero en aras de estar claros con respecto a los precios nuestros a la tienda, a partir del 16 en todos lados estamos con precio según objetivo."*

Obsérvese cómo en este correo electrónico del 17 de agosto de 2011, **TECNOQUÍMICAS** le contesta a **FAMILIA**, dándole relativo parte de tranquilidad respecto del cumplimiento de los acuerdos cartelistas sobre el precio de los pañales desechables para bebé en Colombia. Por un lado, **TECNOQUÍMICAS** le manda a **FAMILIA** unas facturas de su marca Pequeñín, que probarían que **FAMILIA** incumplió en julio de 2011 con los precios acordados, pero de otra parte **TECNOQUÍMICAS** le dice a **FAMILIA** que "en aras de estar claros con respecto a los precios nuestros a la tienda, a partir del 16 [refiriéndose al 16 de julio de 2011] en todos lados estamos con precio según objetivo.", es decir, que **TECNOQUÍMICAS** estaba cumpliendo desde el día anterior con la fijación de precios acordada en el cartel empresarial de los pañales desechables para bebé en el mercado colombiano. Esto obviamente prueba que el cartel empresarial de precios sí surtía efectos en los precios de los pañales, en contra del sistema económico, los consumidores colombianos, el buen funcionamiento de los mercados y la eficiencia económica.

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>12</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado **TECNOQUÍMICAS** No. 1 del Expediente, archivo "Re- Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios [1]", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\DOCUMENTOS\PLAN 2011\AGOSTO 2011.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

### CASO 1

DISTRJASS S.A.		FACTURA DE VENTA	
NIT: 800.187.204-6		No. 0101818	
CALLE 17 N° 37, CORREGIMIENTO LA DOLORES, PARISHA CAVAZAR TEL: 6060333-30			
EMPRESA: ESPANOLAS CONTINENTES LEECH STEEL DE CALABOZOS CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS		CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS	
EMPRESA: ESPANOLAS CONTINENTES LEECH STEEL DE CALABOZOS CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS		CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS	

Fecha de expedición: 27/02/2015

Fecha de vencimiento: 07/02/2015

Subjetos: REGISTRO DE EMPRESAS DE CÁMBIO / JUZGADO SUBJETOS

Valor: \$ 329.465 / 60 = 549,108

### CASO 2

DISTRJASS S.A.		FACTURA DE VENTA	
NIT: 800.187.204-6		No. 01018021	
CALLE 17 N° 37, CORREGIMIENTO LA DOLORES, PARISHA CAVAZAR TEL: 6060333-30			
EMPRESA: ESPANOLAS CONTINENTES LEECH STEEL DE CALABOZOS CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS		CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS	

Fecha de expedición: 26/07/2015

Fecha de vencimiento: 26/07/2015

Subjetos: REGISTRO DE EMPRESAS DE CÁMBIO / JUZGADO SUBJETOS

Valor: \$ 32.965 / 60 = 549,083

Compromiso: \$ 560

Regulan Bullrich - Riston 52.965 / 60 = 882,75

57.565 / 60 = 959,25 vs 560 - 093

### CASO 3

DISTRJASS S.A.		FACTURA DE VENTA	
NIT: 800.187.204-6		No. 01018058	
CALLE 17 N° 37, CORREGIMIENTO LA DOLORES, PARISHA CAVAZAR TEL: 6060333-30			
EMPRESA: ESPANOLAS CONTINENTES LEECH STEEL DE CALABOZOS CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS		CIENSA FLECHER INCUBADORA DE BOMBAS ALTERNATIVAS MECANICAS	

Fecha de expedición: 07/05/2015

Fecha de vencimiento: 07/05/2015

Subjetos: REGISTRO DE EMPRESAS DE CÁMBIO / JUZGADO SUBJETOS

Valor: \$ 42.136

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este sentido, en el siguiente correo electrónico<sup>13</sup> remitido el 19 de mayo de 2011, por **TECNOQUÍMICAS** a través de su Gerente de Mercadeo de Winny a los demás cartelistas (**FAMILIA** y **KIMBERLY**), se observa que los reclamos por incumplimientos ocasionales de los acuerdos eran parte misma de la dinámica del cartel empresarial, en la que ante los desvíos ocasionales encontrados, los co-cartelistas recriminados proceden a corregirlos y así continuar su actividad con los precios pactados:

**De:** JuanPablo Grech [mailto:jpgrech@yahoo.com]  
**Enviado el:** jueves, 19 de mayo de 2011 10:56 a. m.  
**Para:** anagaviria04@hotmail.com; pablofelipec@une.net.co; ahe500@hotmail.com; fabio.tellez@yahoo.com; Diana Zapata <dianizapata@yahoo.com.mx>  
**Asunto:** Precio Pequeñín y Huggies

Hola Ana/Pablo, les adjunto una factura de la costa donde se evidencia que Pequeñín está regalando una ristra de toallitas en Etapa 2 en la llegada a la tienda y obviamente el precio queda desposicionado. **Por favor revisen esta situación para que no nos encontremos este tipo de inconsistencias con los acuerdos.**

**Respecto al tema del precio de Winny a la tienda, como les dije a partir de Mayo 23 ya quedan corregidos en todos los territorios según lo acordado.**

Diana, me encontré que Huggies está pegando papel higiénico en todas las etapas del Tier 2 en la plaza de Cartago ... dicen que la oferta viene de fábrica, así que por favor revisa.

Les adjunto fotos"<sup>14</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De este correo electrónico se debe destacar, además, que las comunicaciones fueron enviadas y dirigidas desde y hacia direcciones de correos electrónicos personales o no institucionales, en lo que para el Despacho no tiene una explicación razonable distinta a la conciencia que tenían los cartelistas sobre la ilegalidad de su conducta y su intención de mantener oculto el cartel empresarial no usando correos institucionales o evitando usarlos con frecuencia.

Prueba también este correo electrónico que **TECNOQUÍMICAS** hacía reportes periódicos de su comportamiento a los demás miembros del cartel empresarial (**KIMBERLY** y **FAMILIA**) respecto de su propio cumplimiento en el mercado con los compromisos adquiridos al interior del acuerdo cartelista. Por ejemplo, informa **TECNOQUÍMICAS** en este correo electrónico a **KIMBERLY** y **FAMILIA**, que el precio de sus pañales desechables Winny en la tienda queda corregido, según lo acordado, a partir del 23 de mayo de 2011, es decir, en 4 días. Obsérvese literalmente lo anunciado por **TECNOQUÍMICAS**: "**Respecto al tema del precio de Winny a la tienda, como les dije a partir de Mayo 23 ya quedan corregidos en todos los territorios según lo acordado.**". Es decir, **TECNOQUÍMICAS** adquiría compromisos y anunciaba que los implementaría, lo que para cualquier persona pues es plena prueba, una de las tantas, del efecto del cartel en el mercado por la vía de implementar efectivamente precios artificiales o cartelistas.

De otra parte, se demostró que durante los más de once (11) años en los que permaneció el cartel empresarial de precios, dentro de su dinámica se hacían necesarias reuniones ocasionales para actualizar los acuerdos colusorios y establecer nuevas condiciones de los mismos. A continuación se presentan algunas de las pruebas que obran en el expediente y que dan cuenta de que **TECNOQUÍMICAS** era participante activo de estas reuniones, como es apenas obvio como cartelista líder o influyente en el acuerdo colusorio.

Mediante correo electrónico del 21 de enero de 2009, con asunto "*Reunión Lunes en Bogotá*", remitido por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), dirigido a **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**), **ANA**

<sup>13</sup> Correo electrónico el 19 de mayo de 2011, con asunto "*Precio Pequeñín y Huggies*", remitido por **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**) dirigido a **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Director de Trade Marketing de **FAMILIA**), **ANDRÉS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ** (para entonces Brand Trade Activator del Canal Pañaleras de **KIMBERLY**), **FABIO HERNÁN TÉLLEZ RODRÍGUEZ** (para entonces Brand Trade Activator del Canal Pañaleras de la Zona Cundinamarca de **KIMBERLY**) y **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**).

<sup>14</sup> Folio 3126 a 3129 del Cuaderno Reservado SIC No. 7 y folio 4981 del Cuaderno Reservado SIC No. 13 del Expediente, archivo "Juan P. Grech Familia", con ruta de acceso: D:\SICMAILS PRUEBA FIJACIÓN PRECIOS.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), **MARUEM CHEJNE GÓMEZ** (Gerente de Mercadeo para el Canal Tradicional de **TECNOQUÍMICAS**) y **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**), se confirma una reunión que tendría lugar en Bogotá en enero de 2009, específicamente *"para el tema de precios"*.

Observemos con detenimiento este correo electrónico del 21 de enero de 2009 remitido por **TECNOQUÍMICAS** a **KIMBERLY** y **FAMILIA**:

*"De: Andrea Madriñán Olano [mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com]  
Enviado el: Miércoles, 21 de Enero de 2009 11:55 a.m.  
Para: Pablo Felipe Calle Noreña; Ana María Gaviria Uribe; Galvis, María Ximena;  
Maruem Chejne Gómez; Luis Felipe Puerto Tobón  
Asunto: Reunión Lunes en Bogotá"*

*Hola ya confirmé con Ximena la reunión para el tema de precios. Será en Bogotá el lunes 26 de enero a las 2:30. Ximena queda pendiente de confirmarnos el sitio de la reunión.*

*Andrea Madriñán  
Gerente Mercadeo  
Tecnoquímicas S.A.  
Teléfono: (57) +2 8825555 Ext. 1143  
Email: amadrinan@tecnoquimicas.  
Web: <http://www.tecnoquimicas.com>"<sup>15</sup>  
(Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Sin el ánimo de ser reiterativos, llama la atención que, a pesar de la insistencia de **TECNOQUÍMICAS** en señalar que no tenía nada que ver con el acuerdo cartelista de precios, la reunión que menciona el correo electrónico citado *"para el tema precios"*, fue enviado por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), desde una cuenta de correo electrónico cuyo dominio pertenece a **TECNOQUÍMICAS** ([amadrinan@tecnoquimicas.com](mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com)), que incluyen los datos de contacto de **TECNOQUÍMICAS** y que refieren a la página web [www.tecnoquimicas.com](http://www.tecnoquimicas.com), con lo cual es evidente que era esta empresa y no **TECNOSUR**, la que participaba en el cartel empresarial de precios investigado, además de lo ya mencionado en muchos otros correos electrónicos ya referidos.

Ahora bien, la dinámica normal del cartel empresarial implicaba que sus participantes, conscientes de la ilegalidad de su conducta, utilizaran los medios a su alcance para ocultar sus prácticas anticompetitivas. Por ello, en las comunicaciones necesarias para la coordinación y seguimiento del cartel empresarial, procuraron, en algunas ocasiones, no utilizar cuentas de correo institucional sino las personales. Esta circunstancia, típica de un cartel empresarial en cualquier parte del mundo y en cualquier mercado, quedó evidenciada en el siguiente correo electrónico del 8 de febrero de 2011, con asunto *"Lista mails"*, que **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**) remitió desde su correo personal [lfpuerto@hotmail.com](mailto:lfpuerto@hotmail.com) a las direcciones de correo electrónico [ah500@hotmail.com](mailto:ah500@hotmail.com), [jgrech@yahoo.com](mailto:jgrech@yahoo.com), [anagaviria04@hotmail.com](mailto:anagaviria04@hotmail.com), [vanessahatty@hotmail.com](mailto:vanessahatty@hotmail.com), [dianizapata@yahoo.com.mx](mailto:dianizapata@yahoo.com.mx), [lfpuerto@hotmail.com](mailto:lfpuerto@hotmail.com).

En ese mensaje se lee:

*"From: lfpuerto@hotmail.com  
To: ah500@hotmail.com; jgrech@yahoo.com; anagaviria04@hotmail.com;  
vanessahatty@hotmail.com; dianizapata@yahoo.com.mx; lfpuerto@hotmail.com  
Subject: Lista mails  
Date: Tue, 8 Feb 2011 15:08:41 -0500"*

*Estos son todos los mails de la reunión.*

*Saludos,*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Luis Felipe Puerto Tobón**  
(57) 320.674.25.66<sup>16</sup>

Las direcciones de correo electrónico referidas en el mensaje transcrito corresponden, en su orden, a **ANDRÉS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ** (para entonces Brand Trade Activator del Canal Pañaleras de **KIMBERLY**), **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**), **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **VANESSA HATTY BENAVIDES** (para entonces Asociado de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en **TECNOQUÍMICAS**), **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) y **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**).

Otra forma de ocultamiento del cartel empresarial que se encontró, consistió en la utilización de términos en clave para referirse a los demás participantes del cartel empresarial. Así se puede observar en los siguientes correos electrónicos en los cuales, para referirse a los otros co-cartelistas en el marco de los acuerdos anticompetitivos, se acudía al término "los amigos".

Un ejemplo es el correo electrónico del 19 de mayo de 2011, en el que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) le escribe a **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**) con el fin de dar respuesta a un correo que este le había remitido el mismo 19 de mayo de 2011, respecto de un reclamo por supuestos incumplimientos del acuerdo cartelista. Nótese que se refiere a los co-cartelistas como "los amigos":

**"From:** Ernesto Trujillo Perez <etrujillo@tecnoquimicas.com>  
**Date:** Thu, 19 May 2011 12:09:10 -0500  
**To:** Juan Pablo Grech Vivas <jpgrech@tecnoquimicas.com>  
**Subject:** Fwd: Factutras TQ Cali-Medellín

*Pero es válido el reclamo? Si es así informar a los amigos de la decisión"*<sup>17</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original)

Posteriormente, mediante correo electrónico del 1 de julio de 2011<sup>18</sup>, remitido por **SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA** (Gerente Regional del área de consumo masivo en **KIMBERLY**) a -entre otros destinatarios- **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (Brand Trade Manager de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), con asunto: "*Rv: COMFANDI*", se solicitó que se le consultara a "los amigos" por una promoción de **FAMILIA** que tuvo lugar hasta el 15 de julio de ese año 2011.

De estos correos se colige, sin el menor asomo de duda, la consciencia que tenían los miembros del cartel empresarial sobre la ilegalidad de las prácticas que estaban realizando. Había consciencia de infringir la ley, determinación para infringir la ley, costumbre de infringir la ley e indiferencia con los efectos que en el mercado y la gente podría generar la conducta de cartelización, bochornosa como la que más.

Adicionalmente, se evidencia que todas las pruebas encontradas en los correos institucionales de las personas involucradas en las conductas cartelistas, dan cuenta solamente de un fragmento de la práctica restrictiva de la libre competencia durante todo el tiempo de su existencia, pues, como se lee en el correo con asunto "*Rv: Reunión Lunes Bogotá*" antes citado, muchos de los contactos entre los empleados de **TECNOQUÍMICAS**, **KIMBERLY** y **FAMILIA** también se llevaban a cabo de forma telefónica y, en general, a través de medios de comunicación de carácter personal, lo cual hace más fácil su ocultamiento, pero no imposible su descubrimiento, como ocurrió en este caso del cartel empresarial de precios de pañales desechables para bebé en el mercado colombiano.

<sup>16</sup> Folio 3484 a 3491 del Cuaderno Reservado SIC No. 9 y folio 4981 del Cuaderno Reservado SIC No. 13 del Expediente, archivo "*Precios excel compromisos*", con ruta de acceso: D:\SIC\MAILS PRUEBA FIJACIÓN PRECIOS.

<sup>17</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado TECNOQUÍMICAS No. 1 del Expediente, archivo "*RE- Factutras (sic) TQ Cali-Medellín*", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\DOCUMENTOS\PLAN 2011\JUNIO 2011.

<sup>18</sup> Folio 3190 del Cuaderno Reservado SIC No. 8 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Otro ejemplo de las reuniones celebradas por los co-cartelistas, esta vez en Cali y auspiciada por **TECNOQUÍMICAS** en febrero de 2011, se observa del correo electrónico del 9 de febrero de 2011<sup>19</sup>, con asunto "20110208 – Reunión de Precios Cali.xlsx", que tiene el archivo adjunto denominado "20110208 – Reunión de Precios Cali.xlsx", enviado por **ANDRÉS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ** (para entonces Brand Trade Activator del Canal Pañaleras de **KIMBERLY**) a **FABIO HERNÁN TÉLLEZ RODRÍGUEZ** (para entonces Brand Trade Activator para el Canal Pañaleras para la Zona Cundinamarca de **KIMBERLY**), al que se adjuntó un archivo en el que se observa un título "ACUERDO DE PRECIOS" y en el que se determinan los compromisos que las empresas investigadas pactaron en una reunión en febrero de 2011, organizada y auspiciada por **TECNOQUÍMICAS**, en relación con los precios de los pañales en cada etapa y de cada canal, así como los descuentos de conformidad con cada tipo de evento realizado por las grandes cadenas. Nótese que en una de las hojas del archivo también se incorporaron los correos electrónicos personales o no institucionales de las personas que habrían participado en la reunión:

"De: Hernandez, Andres  
 Enviado el: miércoles, 09 de febrero de 2011 03:19 p.m.  
 Para: Tellez, Fabio H  
 Asunto: 20110208 - Reunion de Precios Cali.xlsx

(...)

<b>ACUERDO PRECIOS</b>		feb-11			
Supermercados	EL MARGEN MINIMO DE SUPERMERCADOS FUE CALCULADO CON EL 8%				
	Aniversario	Separata	Pago de Exhibicion	Techo	
Diferencial: 13 vs 174	15%	20%	20%	20%	
					14250

Descuento con pañitos húmedos: Se valora el precio de los pañitos a consumidor y se restan al precio marcado. Eso se divide entre el número de pañales.

Tradicional		SI					
	Lista 100	418					
	Lista 95	397	95304	384	Winny en cali suponiendo que margina el mayorista un 9%		
	Lista 90	376		92160			
Farma							
Winny	Droguista (Ejempl	412					
	Con Automatico	400					
Independientes	407 Winny						
NO VAMOS EN EL SIGUIENTE AUTOSPOT							
Pañalera							

(...)" (Destacado fuera de texto)

Se reitera que las direcciones de correo electrónico referidas en el mensaje transcrito corresponden, en su orden, a **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**), **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **VANESSA HATTY BENAVIDES** (para entonces Asociado de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en **TECNOQUÍMICAS**), **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**) y **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (para entonces

<sup>19</sup> Folio 4981 del Cuaderno Reservado SIC No. 13 del Expediente, archivo "Andres (sic) Hernandez (sic) compromisos", con ruta de acceso: D:\SICMAILS PRUEBA FIJACIÓN PRECIOS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**). Adicionalmente, se llama nuevamente la atención sobre el título del correo: "**ACUERDO PRECIOS**".

Teniendo en cuenta este contexto, es importante traer a colación las declaraciones de algunos de los empleados y ex empleados de las empresas investigadas, que señalaron lo siguiente cuando se les preguntó sobre las reuniones del cartel empresarial en las que participaba **TECNOQUÍMICAS** como miembro activo del cartel empresarial de precios. Nótese que, en ocasiones, las reuniones eran realizadas en Cali, convocadas por **TECNOQUÍMICAS**<sup>20</sup>:

- **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales **FAMILIA**):

"**DELEGATURA**: ¿Podría especificar el conocimiento que tiene o su participación en estos acuerdos que nos indicó?"

**ALEJANDRO BOTERO ARANGO**: Cuando yo entré como gerente de mercadeo de baby, fui contactado por **MARÍA DEL PILAR CORREA** de **TECNOQUÍMICAS**<sup>21</sup>, quien manejaba el negocio de pañales en **TECNOQUÍMICAS**, me invitó a una reunión en Cali, reunión a la cual asistí, y a partir de ahí se empezaron a dar una serie de reuniones siguientes."<sup>22</sup>

- **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** (Gerente General de **KIMBERLY**):

"**DELEGATURA**: ¿Ya después con qué empleados de **FAMILIA** se reunía generalmente?"

**FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR**: Normalmente se reunían los que manejaban cada categoría, entonces **XIMENA GALVIS** en el caso de **COLOMBIA KIMBERLY**, con su par en el caso de **TECNOQUÍMICAS**<sup>23</sup>, con su par en el caso de **FAMILIA**.

**DELEGATURA**: ¿Solamente los que manejaban cada categoría?"

**FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR**: Normalmente eran los que manejaban cada categoría, sí. Ahora, yo podía llamar a los de **TECNOQUÍMICAS** o a los de **FAMILIA** y decirles, o viceversa. Nos poníamos de acuerdo en un aumento, eso se comunicaba a los que manejaban las categorías, y las categorías se hablaban entre ellos, y ponían ya en blanco y negro todos los detalles."<sup>24</sup>

- **SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA** (Gerente Regional de Consumo Masivo Zona Pacífico de **KIMBERLY** entre 2010 y 2012):

"**DELEGATURA**: ¿Podría indicarnos qué temas se discutieron en dicha reunión?"

**SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA**: Pues el tema principal era el desorden, digamos, o la continua guerra que había de precios en el mercado, de todas las marcas, donde, digamos, se planteó que había muchos descuentos en todos los canales y la

<sup>20</sup> De acuerdo con el testimonio de **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY** entre 2010 y 2012), cada uno de los cartelistas organizaba en su ciudad de operación las reuniones en desarrollo del cartel:

"**DELEGATURA**: ¿podría indicarnos quién realizaba específicamente la convocatoria a estas reuniones?"

**DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ**: pues a ver, a la primera a mí me llamó **ERNESTO TRUJILLO**, yo no sé quién cuadraba pero a mí me llamo **ERNESTO TRUJILLO** y me dijo tal día a tal hora; la segunda que fue en el Marriot, también me llamaron directamente **TECNOSUR ERNESTO**, tal día a tal hora y las otras ya son dentro de la misma reunión se decía hagámosla en Bogotá tal... 20 de mayo, y había un tema, si se hacía en Bogotá el encargado de seleccionar el hotel y de pagarlo como tal era **KIMBERLY**, eso se pagaba con la tarjeta corporativa mía, si era en Cali por decir algo, en el Club Ejecutivos **ERNESTO TRUJILLO** se encargaba de todo y lo pagaba asumo **ERNESTO** porque él era el que firmaba, y si se hacía en Medellín lo tenía que pagar **FAMILIA**." (Minuto 1:34:59 a 1:36:01, folio 8017 del Cuaderno Reservado SIC No. 15 del Expediente)

<sup>21</sup> Nótese que, como se dijo anteriormente, las personas relacionadas con el acuerdo de precios vinculaban indistintamente a los funcionarios de **TECNOQUÍMICAS** con esa compañía o con **TECNOSUR**.

<sup>22</sup> Folio 8232 a 8235 del Cuaderno Reservado **FAMILIA** No. 1 del Expediente. CD 1. Minuto 27:10.

<sup>23</sup> Un ejemplo más de la referencia indistinta a **TECNOQUÍMICAS** como **TECNOQUÍMICAS** o **TECNOSUR**.

<sup>24</sup> Folio 9528 del Cuaderno Público No. 45 del Expediente. Minuto: 7:14 de la segunda parte.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*intención era colocar algunos parámetros en cada canal para ir al mercado y que esta guerra parara."*<sup>25</sup>

- **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY** entre 2010 y 2012):

"**DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ:** (...) digamos que la primera [refiriéndose a las reuniones entre los cartelistas] tuvo como fin conocernos. A la segunda, que voy con **SILVIO CASTRO**, fue más de información, tengo entendido que estas reuniones se venían manejando tiempo atrás, entonces, digamos que, nos hicieron una especie de inducción, de aclaración, cómo era que se manejaban los términos, a qué se referían ellos, esa fue la segunda reunión. En la tercera... Digamos que en la segunda reunión se aclararon, digamos que se nivelaron conceptos, de qué era un tier, de qué considerábamos un evento mayor, que si esto era cadena o no era cadena. Entonces digamos que fue como más de entendimiento, de explicación de cómo era que se manejaban los términos."

(...)

"**DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ:** Se hicieron unas reuniones en donde se hablaban, los temas eran tratar de... pues el objetivo era organizar un poco los canales para evitar el desangre que se venía trayendo en la guerra de precios entre las tres compañías.

(...)

"**DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ:** A la tercera reunión, digamos que ya ahí se hablaba de evidencias, de cómo se estaban desangrando los canales. Cada uno de los proveedores, digamos que llevaba sus informaciones de compañía y de mercado y demás para mirar, pues, qué era lo que estaba saliendo al canal, a qué precio, sobre todo, estaba saliendo en términos de ofertas al canal, que era un desangre altísimo, y ahí se empieza a revisar el tema de cómo nos organizamos en el canal para no seguir en la guerra de precios que cada vez pues bajaba más el precio al canal y pues desangraba cada una de las compañías. Ahí es cuando se definen en la tercera reunión parámetros como, '¿bueno, para usted el evento mayor qué es? ah bueno entonces en evento mayor no demos sino hasta tantos puntos', o sea el margen de llegada al canal, usted puede llegar como quiera, pero no le dé más de, por decir algo, no sé, el 30% en cierto tipo de evento. Ya la cuarta reunión, que es prácticamente la última a la que asisto, ya se habló de decir 'bueno, somos capaces o no somos capaces', por una situación que se venía presentando en el mercado (...) Entonces era necesario, se evidenciaba, que debíamos hacer algo, y el deber hacer algo fue incrementar precios y esa fue la última reunión."<sup>26</sup>

En adición de lo anterior, las pruebas del expediente son claras en demostrar que **TECNOQUÍMICAS** y los otros miembros del cartel no solo fijaron directamente los precios de los pañales desechables para bebé en el mercado, mediante el acuerdo para incrementar en determinado porcentaje o fijando *precios objetivo*, sino que también, se cartelizaron para fijar indirectamente los precios de los pañales desechables para bebé a través de la limitación de descuentos, promociones u obsequios.

En efecto, al siguiente correo electrónico enviado por la Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**<sup>27</sup>, **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, a los otros cartelistas, se adjuntó el acta de una de las reuniones del cartel empresarial y una presentación con los puntos acordados, de la cual puede observarse que uno de estos puntos era el desmonte de descuentos:

"martes 13/12/2005 1:01 p. m.

María del Pilar Correa <[mpcorrea@tecnoquimicas.com](mailto:mpcorrea@tecnoquimicas.com)>

Reunión

Para [acelis@drypers-colombia.com.co](mailto:acelis@drypers-colombia.com.co); Alejandro Botero Arango

<sup>25</sup> Minuto 12:18. Folio 9417 del Cuaderno Público No. 44 del Expediente.

<sup>26</sup> Minuto 18:31. Folio 8017 del Cuaderno Reservado SIC No. 15 del Expediente.

<sup>27</sup> Correo del 13 de diciembre de 2005 con asunto "Reunión", de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a **ARTURO CELIS CALDAS** (para entonces Gerente General de **DRYPERS**) y a **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), con copia a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**).

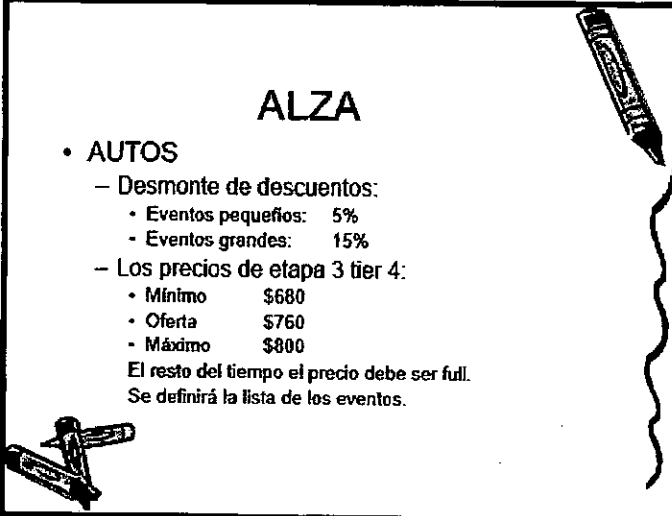
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CC Ernesto Trujillo

Adjunto el acta de la reunión del día de ayer.

Saludos,<sup>28</sup>

El archivo adjunto de este correo, denominado "Bogotá-2.ppt", contiene la presentación referida en la que se resume todo lo discutido en la reunión mencionada. En las diapositivas de la presentación se encontró lo siguiente:



**ALZA**

- AUTOS
  - Desmote de descuentos:
    - Eventos pequeños: 5%
    - Eventos grandes: 15%
  - Los precios de etapa 3 tier 4:
    - Mínimo \$680
    - Oferta \$760
    - Máximo \$800

El resto del tiempo el precio debe ser full.  
Se definirá la lista de los eventos.

Obsérvese cómo se habla de que el precio de los pañales desechables para bebé, por regla general, debe ser full. Dice el archivo adjunto "El resto del tiempo el precio debe ser full". Se establece los precios de los pañales de etapa 3 tier 4 con precio mínimo, precio de oferta y precio máximo. Y adicionalmente, los porcentajes del 5% (eventos pequeños) y 15% (eventos grandes) para el desmote de los descuentos. Es decir, todo tipo de acuerdos cartelistas sobre el precio en razón de un mínimo y un máximo, precios de oferta y un listado de eventos grandes y pequeños para participar con descuentos entre el 5% y el 15%, lo cual en realidad, no es más que una de las tantas muestras de este grosero cartel empresarial que aquí se sanciona, que se reitera, lesiona sin escrúpulos a la población colombiana, fundamentalmente a los consumidores más pobres de nuestro país, que se vieron obligados durante años, a adquirir los pañales desechables para bebé no al precio de mercado, no al precio de competencia, sino al falso y caprichoso precio que unos cuantos empresarios inescrupulosos decidieron porque sí y ante sí.

Como fue costumbre durante la ejecución del cartel empresarial, reiterando lo ya dicho, el correo electrónico fue enviado por **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) desde una cuenta de correo electrónico cuyo dominio pertenece a **TECNOQUÍMICAS** ([mpcorrea@tecnoquimicas.com](mailto:mpcorrea@tecnoquimicas.com)), con lo cual es evidente que era esta empresa y no **TECNOSUR**, la que participaba en el cartel empresarial de precios investigado, como infructuosamente lo pretenden hacer ver.

En el mismo sentido, obra en el expediente otra presentación con los puntos acordados en una reunión posterior, enviada nuevamente por **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a través de correo electrónico a todos los miembros del cartel empresarial, en la que se acuerda el desmote de descuentos, así como la eliminación de muestreo en puntos de venta:

En efecto, el correo electrónico del 1 de febrero de 2006, enviado por **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**) y **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), con copia a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**), **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** (para entonces Vicepresidente

<sup>28</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "Reunión (folios 6 al 19)" con extensión .msg. Ruta: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\4. ALEJANDRO\_BOTERO-GERENTE\_NEGOCIO\CORREOS ENCONTRADOS EVIDENCIA 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Senior de Ventas de **TECNOQUÍMICAS**), **CARLOS ALBERTO JIMÉNEZ (TECNOQUÍMICAS)** y **MARTHA LUZ GONZÁLEZ (TECNOQUÍMICAS)**, da cuenta de que en la reunión mencionada se acuerda el desmonte de descuentos, así como la eliminación de muestreo en puntos de venta:

"miércoles 01/02/2006 10:37 a.m.

María del Pilar Correa <[mpcorrea@tecnoquimicas.com](mailto:mpcorrea@tecnoquimicas.com)>

<no subject>

Para Alejandro Botero Arango; [maria.ximena.galvis@kcc.com](mailto:maria.ximena.galvis@kcc.com)

CC Ernesto Trujillo; Diego Quijano; Carlos Alberto Jiménez; Martha Luz González

Adjunto el acta de la reunión de industria de la semana pasada.

Saludos,

María del Pilar Correa Lenis

Business Manager

Tecnosur

Phone: (572) 882-5555 ext 1212

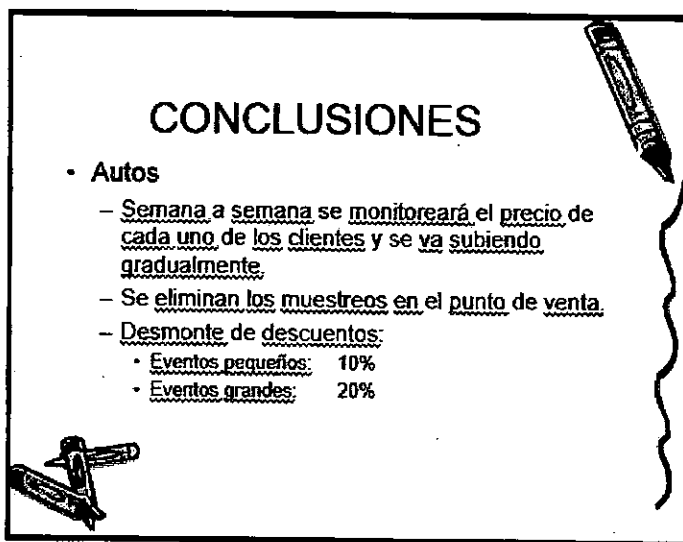
Fax: (572) 882-3004

Mobile: (57311) 764-6824

[mpcorrea@tecnoquimicas.com](mailto:mpcorrea@tecnoquimicas.com)"

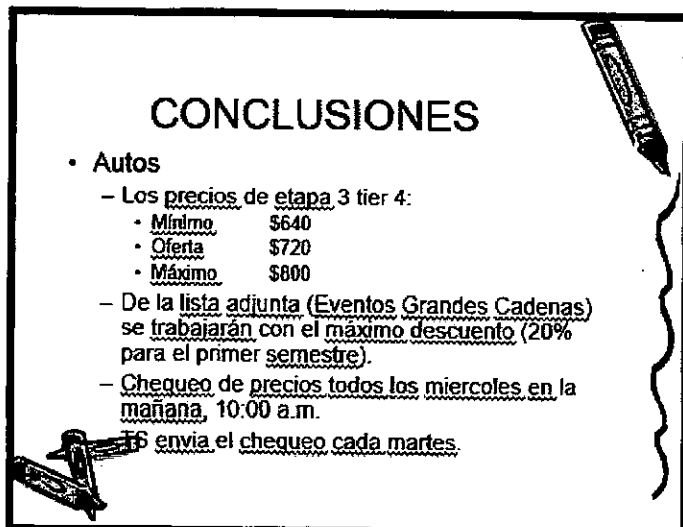
Los archivos adjuntos al correo del 1 de febrero de 2006, denominados "*Bogotá-3.ppt*"<sup>29</sup> y "*Eventos Grandes Cadenas 2006.xls*", acreditan con contundencia el propósito de estos contactos entre las empresas competidoras **TECNOQUÍMICAS**, **KIMBERLY** y **FAMILIA**, en donde obsérvese que se indica que "*Semana a semana se monitoreará el precio de cada uno de los clientes y se va subiendo el precio gradualmente*". Sin duda alguna, un cartel con efectos en el mercado, efectos sobre el precio y precios subiendo o al alza.

A continuación se copian algunas de las diapositivas enviadas:



**CONCLUSIONES**

- Autos
  - Semana a semana se monitoreará el precio de cada uno de los clientes y se va subiendo gradualmente.
  - Se eliminan los muestreos en el punto de venta.
  - Desmonte de descuentos:
    - Eventos pequeños: 10%
    - Eventos grandes: 20%



**CONCLUSIONES**

- Autos
  - Los precios de etapa 3 tier 4:
    - Mínimo: \$640
    - Oferta: \$720
    - Máximo: \$800
  - De la lista adjunta (Eventos Grandes Cadenas) se trabajarán con el máximo descuento (20% para el primer semestre).
  - Chequeo de precios todos los miercoles en la mañana, 10:00 a.m.
  - Se envía el chequeo cada martes.

<sup>29</sup> Nótese la secuencia con el archivo adjunto del correo del 13 de diciembre de 2005, denominado "*Bogotá-2.ppt*". Ambos archivos adjuntos contenían las presentaciones resumen de las reuniones del cartel.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así mismo, a continuación se muestra el acta de otra de las reuniones del cartel empresarial (**Acta de Reunión de Industria – Junio 1 de 2006 – Bogotá**), enviada como archivo adjunto de un correo electrónico de 2006, en la que puede observarse con claridad que los co-cartelistas, además de acordar fijar los precios de los pañales de Tiers 0, 1 y 2, se proponen eliminar las actividades promocionales, tales como bonos, muestreos u obsequios:

**"ACTA DE REUNIÓN DE INDUSTRIA  
JUNIO 1 DE 2006  
BOGOTA**

**ASISTENTES:**

F. Alvira  
A. Celis  
A. Botero  
P. Calle  
F. PÁEZ  
M. Jessem  
X. Galvis

**TIER 0**

Las marcas que clasifican en este tier son bolsas blancas tipo poly y Smiles.

El posicionamiento de precio es 95% cuanto Tier 1 es 100%.

Si el precio de compra del distribuido es en tier 1 \$250, el tier 0 debe quedar a \$238.

**TIER 1**

Se sugiere revisar un punto con relación a que Chicolastic Classic debía ser 5% menos que el resto, pero que **el grupo piensa** que al ser el líder del segmento debería ser parity.

Arturo Celis va a revisar el tema y nos hará saber su nueva posición.

**Se propone controlar las actividades promocionales de la siguiente forma:**

**No bonos**

**No pacas de producto por nada**

**No muestreos dentro del punto de venta**

**No más de 2 meses de actividad al comercio**

Precio de compra T1		con margen de 6%
P/1-2	\$170	\$180
M/3	\$250	\$265
G/4	\$310	\$329

Se propone revisar pruebas de laboratorio de Chicolastic Classic Plus, para revisar su posicionamiento de precios, pues es un pañal de tela, con cubierta impresa, velero y con desempeño de tier 1. Hoy en día es 10%-12% por encima de Chicolastic Classic.

**TIER 2**

Se revisó la implementación de precios de CKC y SCA en Cali y **TS se alineará el Lunes 5 de junio a \$390, \$421 y \$433.**

Se debe revisar esta misma implementación en Eje Cafetero por parte de CKC, **para que SCA y TS se ajusten (Lunes 5 de junio)**

Se debe revisar en oriente lo siguiente: Distribuidos a Mayorista \$411 y Distribuidor a Tienda \$421 por parte de CKC, pues TS ya está así.

**Se debe revisar el precio de etapa 2 de Pequeñín Extraconfort.**

En el canal supermercados se comentó que marca propia Carrefour está haciendo un muestreo en todos los puntos de venta y A. Celis debe tomar acción para que esto no continúe así.

**Se habló de la subasta de Éxito, y ninguno estaría con interés en ir con ellos.**

Los precios de supermercados vienen con tendencia creciente, con algunos ajustes que se deben hacer, pero eso nos da pie para sugerir un incremento de 5% para ser efectivo a mediados de Julio (después de Don Julio)

Se sugiere hacer una reunión de "presidentes" para tocar varios temas que no se resuelven en nuestro foro:

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*Tema de formulaciones de producto – desempeño entre tiers.*

*Tema de ruta de precios entre distribuidores y mayoristas a tiendas.*

*Temas comunes de la industria (TLC, productos de segundas empaçadas como primeras, registros sanitarios andinos, etc).*

*Nueva reunión: Miércoles 7 de Julio, 11:00 am (Teleconferencia)<sup>30</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

Como puede observarse, participaron en la reunión **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Trade Marketing de **FAMILIA**), **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), **FERNANDO PÁEZ NIETO** (Director de Mercadeo de Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS** entre 2006 y 2008), **ARTURO CELIS CALDAS** (para entonces Gerente General de **DRYPERS**), **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) y **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** (Gerente General de **KIMBERLY**). En esa oportunidad, además, se fijó la fecha de la próxima reunión.

De otra parte, en el correo del 8 de noviembre de 2007, con asunto "RV: Notas", de **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**), dirigido a **MARUEM CHEJNE GÓMEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo para el canal tradicional de **TECNOQUÍMICAS**), **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) y **FERNANDO PÁEZ NIETO** (para entonces Director de Mercadeo para el Canal Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS**), se recriminan nuevamente las actividades promocionales, advirtiendo que "[a] este paso, nos va a costar volver retomar el positivo ritmo que traíamos de generación de valor":

*"De: Pablo Felipe Calle Noreña*

*Enviado el: Jueves, 08 de Noviembre de 2007 09:26 a.m.*

*Para: 'mchejne@tecnoquimicas.com'; 'Galvis, Maria Ximena'; 'Fernando Paez Nieto'*

*Asunto: RV: Notas*

*De acuerdo, muy importante que nos reunamos.*

*Me parece que con el tema de Notas y actividades basadas en precio, Están mal acostumbrando al comercio, a ver quién les da más...El día que no les den qué??*

*Si no le dan a todo el mundo genera inequidad y resentimiento y si le dan a todo el mundo, ¿Cuánto vale?*

*Además de las notas de ambos que son dañinas, veo con preocupación los niveles de descuento de ambos.*

*Tengo infinidad de facturas recientes de ambos a clientes de Supermercados independientes, pañaleras, mayoristas de todo el país con descuentos entre 3%-7%.*

*Están devolviendo los precios de la categoría 2 años.*

***A este paso, nos va a costar volver retomar el positivo ritmo que traíamos de generación de valor***

*Me parece urgente la reunión, sugiero martes 13 o viernes 16 de noviembre en Medellín.*

*Favor confirmar*

*Saludos".<sup>31</sup> (Negrilla fuera del texto original)*

Este correo refleja varios aspectos. De una parte, el texto del correo electrónico pone de manifiesto la equivocada percepción que las empresas cartelistas tienen del concepto de "generación de

<sup>30</sup> Folio 3786 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente.

<sup>31</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "Nota", con ruta de acceso: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

valor", en el sentido que son "dañinas" para el mercado los descuentos, promociones y en general, "actividades basadas en precio". De otra parte, se resalta nuevamente que a quien se dirige el correo electrónico es **MARUEM CHEJNE GÓMEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo para el canal tradicional de **TECNOQUÍMICAS**), a la cuenta de correo electrónico [mchejne@tecnoquimicas.com](mailto:mchejne@tecnoquimicas.com), cuyo dominio pertenece a **TECNOQUÍMICAS**.

En el siguiente correo electrónico<sup>32</sup>, **TECNOQUÍMICAS** solicita a los demás miembros del cartel "enmarcarse" o coordinar estrategias concertadas para los eventos promocionales de las grandes cadenas de supermercados. Nótese que nuevamente es **TECNOQUÍMICAS**, a través de **VANESSA HATTY BENAVIDES** (para entonces Asociado de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en **TECNOQUÍMICAS**) quien demuestra el liderazgo en las actividades cartelistas, proponiéndolas a los demás participantes:

*"From: vanessahatty@hotmail.com  
To: dianizapata@yahoo.com.mx; anagaviria04@hotmail.com  
CC: etrujillo@tecnoquimicas.com; jpgrech@tecnoquimicas.com; lfpuerto@hotmail.com;  
mpcorrea@tecnoquimicas.com  
Subject: Eventos Tipo C Clientes  
Date: Tue, 5 Apr 2011 18:01:25 +0000*

Hola,

Adjunto el listado de los eventos Tipo C para que nos enmarquemos todos:

**Carrefour:**

Aniversario Febrero  
Evento Junio que compita a Megaprima  
Aniversario Octubre SEPTIEMBRE 24 A OCTUBRE 20

**Éxito:**

Aniversario Feb  
Megaprima JUNIO 28 A JULIO 13  
Aniversario Oct OCTUBRE 29 A NOVIEMBRE 15:

**Olimpica:**

Olimpiadas Olimpica MARZO 05 A ABRIL 06  
Aniversario Sao Jul JUNIO 16 A JULIO 4  
Gran Evento Especial Oct OCTUBRE 15 A NOV 21

**La 14:**

Festival de la Familia Feb  
Festival Millonario Jun  
Aniversario Oct

**Comfandi:**

Aniversario Mar

**Colsubsidio:**

Días Mágicos Mar  
Más por Menos Abr  
Aniversario Sept

Quedo atenta a sus comentarios,

Saludos,

<sup>32</sup> Correo electrónico del 5 de abril de 2011, con asunto "Eventos Tipo C Clientes", que remitió desde su correo personal **VANESSA HATTY BENAVIDES** (para entonces Asociado de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en **TECNOQUÍMICAS**) a **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care **KIMBERLY**) y **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE** (para entonces Gerente del Negocio de Pañales de **FAMILIA**), con copia a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**), **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**), **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de **TECNOQUÍMICAS**) y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Business Manager de **TECNOQUÍMICAS**).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Vanessa Hatty<sup>33</sup>

Sobre los acuerdos para el desmonte de las promociones, también se refirieron los propios funcionarios de **TECNOQUÍMICAS** en el interrogatorio rendido durante la investigación, en los siguientes términos:

- **MARUEM CHEJNE GÓMEZ** (Asociado de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS** entre 2004 y 2005 y encargado del Canal Tradicional de la misma compañía entre 2006 y 2009):

"**DELEGATURA:** ¿Podría indicarnos si en alguna ocasión usted asistió a alguna reunión con funcionarios de las empresas **KIMBERLY, FAMILIA** o **DRYPERS**, empresas que son competidoras en el mercado de pañales desechables para bebé?"

**MARUEM CHEJNE GÓMEZ:** Sí asistí a reuniones.

**DELEGATURA:** ¿Podría indicarnos cuál fue el motivo de dichas reuniones?"

**MARUEM CHEJNE GÓMEZ:** El interés por parte nuestro, nuestro objetivo era desmontar el exceso de actividades promocionales que había en el mercado.<sup>34</sup>

- **FERNANDO PÁEZ NIETO** (Director de Mercadeo de Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS** entre 2005 y 2009):

"**DELEGATURA:** ¿Podría indicarnos específicamente qué asuntos se discutieron en esa reunión?"

**FERNANDO PÁEZ NIETO:** En esa reunión y en las siguientes, básicamente hablamos de reducir el nivel promocional.

**DELEGATURA:** ¿Podría indicarnos qué significa reducir el nivel promocional?"

**FERNANDO PÁEZ NIETO:** En el caso específico de las grandes cadenas a las que yo, pues tenía responsabilidad, eran unos niveles promocionales muy agresivos, supremamente altos, y pues queríamos tratar de reducir.<sup>35</sup>

- **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**):

"**DELEGATURA:** ¿Podría indicarnos por favor cuál fue el motivo de esta reunión que nos acaba de indicar, la de 2007?"

**ANDREA MADRIÑÁN OLANO:** ¿El motivo? Pues primero, mi jefe me hacía ir a las reuniones, me decía que tenía que cumplir con ir a esas reuniones, y lo que se me pedía que tenía que hacer era tratar de buscar reducir el nivel de descuentos que teníamos en ese año.

(...)

**DELEGATURA:** ¿Podría indicarnos cómo fue el desarrollo de esta reunión?"

**ANDREA MADRIÑÁN OLANO:** Como te dije anteriormente, nosotros internamente tenemos unos chequeos de precios que se hacían semanalmente a los puntos de ventas, y cuando veíamos ese tipo de descuentos locos pues íbamos como a decir, más o menos, a la competencia que de qué se trataba, que esos eran unos descuentos muy locos y tratar de bajarlos un poco para que al final existiera un mercado, pues, con más orden en ese sentido. Esa era como la principal misión que tenían esas reuniones.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Folio 3132 3134 del Cuaderno Reservado SIC No. 7, folios 3306 a 3307 del Cuaderno Reservado SIC No. 8 y folio 4981 del Cuaderno Reservado SIC No. 13 del Expediente (Mails prueba fijación precios\Precios Excel compromisos).

<sup>34</sup> Minuto 17:45. Folio 8130 del Cuaderno Reservado TECNOSUR No. 4 del Expediente.

<sup>35</sup> Folio 8134 del Cuaderno Reservado TECNOSUR No. 4 del Expediente. Minuto 14:56.

<sup>36</sup> Folio 8095 del Cuaderno Reservado TECNOSUR No. 4 del Expediente. Minuto 22:27.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

En conclusión, a partir de las pruebas anteriormente expuestas, que entre muchas otras obran en el expediente, se encuentra plenamente acreditado que entre los años 2001 y 2012, **TECNOQUÍMICAS** participó de un acuerdo anticompetitivo (cartel empresarial) para la fijación de los precios de los pañales desechables para bebé junto con **KIMBERLY** y **FAMILIA**. La conclusión del Despacho se encuentra fundamentada en la confesión y reconocimiento de responsabilidad de dos (2) de las tres (3) empresas cartelizadas, esto es, **KIMBERLY** y **FAMILIA** y en numerosas pruebas directas e indirectas que dan cuenta suficientemente de la cartelización empresarial, así como de la evidente participación de **TECNOQUÍMICAS** en el acuerdo anticompetitivo, incluso, desempeñando un papel protagónico dentro de la dinámica cartelista y con efectos en el mercado y precios de los pañales desechables para bebé comercializados en Colombia.

Por lo anterior, para este Despacho, los argumentos y pruebas de **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición, en relación con que la empresa vinculada con las actividades propias del cartel era **TECNOSUR** y no **TECNOQUÍMICAS**, no desvirtúan la gran cantidad de pruebas directas de su participación en el cartel anteriormente expuestas, las cuales evidencian la situación real y efectiva advertida en la presente investigación, de que fue **TECNOQUÍMICAS** y no **TECNOSUR** la que participó en el cartel empresarial sancionado. De hecho, si en gracia de discusión este Despacho acogiera los argumentos de **TECNOQUÍMICAS** en relación con la participación de **TECNOSUR** en el cartel investigado, la consecuencia lógica sería sancionar a dicha empresa por su responsabilidad en la conducta investigada, pero ello no exoneraría de responsabilidad a **TECNOQUÍMICAS**, toda vez que las múltiples pruebas directas e indirectas que obran en el expediente, entre las que están las mencionadas en esta Resolución y las señaladas en la Resolución Sancionatoria, demuestran sin lugar a dudas la participación de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial.

Así entonces, a continuación se procederá a analizar las pruebas y los argumentos de **TECNOQUÍMICAS** tendientes a demostrar su ausencia de responsabilidad de conformidad con aspectos meramente formales.

#### **4.1.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los TECNOQUÍMICAS relacionados con su participación en el mercado**

Como se dijo anteriormente, **TECNOQUÍMICAS** fundamentó su recurso de reposición principalmente en que la empresa que participó en el mercado afectado y que desarrolló las actividades de mercadeo de los pañales Winny no fue **TECNOQUÍMICAS**, sino **TECNOSUR**. En este sentido, el recurrente sostuvo que **TECNOSUR** no es simplemente una planta que fabrica para terceros, sino una empresa que, además de fabricar el 100% de sus pañales, se encargaba de la creación de valor de sus marcas y de las actividades de mercadeo que favorecen la comercialización de sus productos.

Para fundamentar este argumento, **TECNOQUÍMICAS** manifestó que contrario a lo que se espera de las empresas que simplemente son maquiladoras, **TECNOSUR**, al ser el dueño de la marca Winny, invertía en la publicidad y el mercadeo de la misma con un presupuesto anual que era asignado a un departamento de mercadeo propio, y desarrollado y ejecutado por este, al paso que **TECNOQUÍMICAS** simplemente se dedicaba a realizar la gestión de ventas, con base en los precios y condiciones que **TECNOSUR** previamente definía. Según el impugnante, lo anterior puede evidenciarse de las actas de Junta Directiva de **TECNOSUR**, en las que se establecía y aprobaba el plan de mercadeo, proyectando las estrategias a seguir en aspectos como distribución y precio y, en el hecho que **TECNOSUR** permanentemente realizaba estudios de mercado, contrataba la publicidad y pagaba la nómina de ciertos empleados.

Frente a estos argumentos, el Despacho debe comenzar por señalar que la conclusión de la Resolución Sancionatoria y que aquí se confirma, en cuanto a que la comercialización y mercadeo de los pañales fabricados por **TECNOSUR** era realizada por **TECNOQUÍMICAS**, fue producto del análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, que permitió afirmar, sin lugar a equívocos, que de acuerdo con su verdadero desempeño en el mercado, **TECNOSUR** fungía como una planta de producción que fabricaba los pañales que **TECNOQUÍMICAS** se encargaba de promocionar y comercializar autónomamente.

En efecto, del análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, para este Despacho resulta claro que, pese a los inútiles esfuerzos de **TECNOQUÍMICAS** durante la investigación para presentar una versión en la que -en contra de toda lógica y prueba-, pretendió mostrar a **TECNOSUR** como una empresa que participaba y era activa en la comercialización y venta de



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

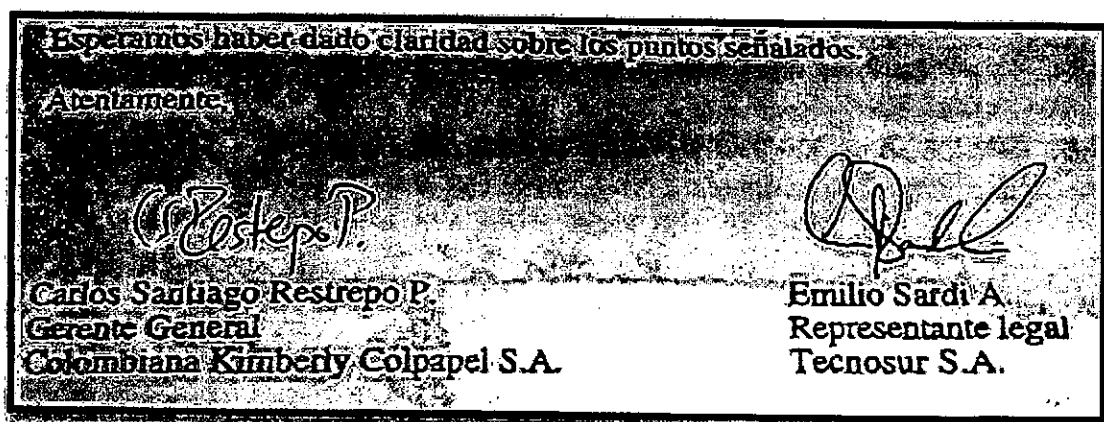
pañales, que contrató a **TECNOQUÍMICAS** para que simplemente fungiera como operador logístico o empresa de mensajería para llevar el producto desde su planta a la bodega del cliente y para gestionar el cobro correspondiente, la realidad es que **TECNOSUR** desde su creación se limitó a fabricar los pañales que **TECNOQUÍMICAS** se encargaba de promocionar y comercializar autónomamente.

De hecho, **TECNOQUÍMICAS** parece olvidar que la afirmación según la cual, **TECNOSUR** se desempeñaba en el mercado como una planta de producción, no fue una construcción propia y fantasiosa de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que proviene, como se pasa a explicar, de documentos y declaraciones libres y espontáneas de los más altos directivos tanto de **TECNOSUR** como de **TECNOQUÍMICAS**, pruebas que, incluso, ya se transcribieron y analizaron en el acápite inmediatamente anterior de esta resolución en donde con claridad quedó probado, hasta la saciedad, que **TECNOQUÍMICAS** participó en el cartel, incluso como líder, y que fijó los precios de manera concertada, coludida y cartelista junto con **KIMBERLY** y **FAMILIA**, traicionando la confianza del sistema económico, los empresarios y los consumidores, gravemente afectados con su impúdico y deshonesto proceder, amén de abiertamente ilegal.

Ciertamente, en el expediente obra un documento del 24 de diciembre de 1998 presentado y firmado conjuntamente por **TECNOSUR** y **KIMBERLY**, mediante el cual estas empresas informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio la operación por medio de la cual **TECNOQUÍMICAS** vendió el 50% de las acciones de **TECNOSUR** a **KIMBERLY**. En dicho documento, los intervinientes en la operación (**TECNOSUR** y **KIMBERLY**) claramente puntualizaron que **TECNOSUR** "(...) es en esencia una planta productiva, con máquinas y marcas de pañal"<sup>37</sup> y que **TECNOQUÍMICAS** tiene "(...) el manejo de toda la operación" con las obligaciones de "(...) oferta y venta de las mercaderías (...) que lo impelen a estar actuando frente al cliente y conquistando el mercado"<sup>38</sup>.

Nótese que del aparte transcrito del documento presentado por **TECNOSUR** y **KIMBERLY** ante la Superintendencia de Industria y Comercio, puede observarse con claridad que, en esencia, la actividad de **TECNOSUR** es la de una planta de producción, al paso que se explica que la gestión de **TECNOQUÍMICAS** consistía en la realización de actividades propias del mercadeo de los pañales fabricados por **TECNOSUR**, tales como ofrecer y vender los pañales y mantener el contacto directo con los clientes para efectos de "conquistar el mercado". Claro está, se le fue la mano a **TECNOQUÍMICAS**, porque terminó estando en contacto con sus más importantes competidores **KIMBERLY** y **FAMILIA** y creando con ellos un cartel empresarial de precios en el mercado de pañales desechables para bebé en Colombia. Nótese igualmente que de ninguna manera se sugiere siquiera implícitamente que **TECNOSUR** tuviera algún tipo de influencia sobre estas actividades de comercialización y mercadeo realizadas exclusivamente por **TECNOQUÍMICAS**, según su propia manifestación.

Para efectos de corroborar la veracidad y contundencia de las afirmaciones de **TECNOSUR** en relación con su condición de planta de producción, a continuación se presenta una imagen del aparte del documento citado, en el que aparece que fue suscrito por **EMILIO SARDI APARICIO**, Representante Legal de **TECNOSUR** y **CARLOS SANTIAGO RESTREPO POSADA**, Representante Legal de **KIMBERLY**:



<sup>37</sup> Folio 109 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>38</sup> Folio 106 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En adición de lo anterior, en el expediente también obra una comunicación del Presidente de **TECNOQUÍMICAS**, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** del 25 de septiembre de 2013 y remitida a **ANTONIO CAICEDO GUTIÉRREZ** (Vicepresidente de LAO<sup>39</sup> de **KIMBERLY**), en la que abordaba aspectos relacionados con la posible continuidad de la relación de inversionista de **KIMBERLY** en **TECNOSUR**, y en la que precisó en los siguientes términos los roles en el mercado de **TECNOSUR** y **TECNOQUÍMICAS**:

*"(...) le expreso con gran respeto que no comparto su afirmación sobre la existencia de un 'posible conflicto de interés' derivado de la condición de Tecnoquímicas de socio y distribuidor de Tecnosur, como quiera que el negocio conjunto que se ha desarrollado durante los últimos quince años comprende la elaboración de los productos por Tecnosur y la distribución que de los mismos hace y hacia Tecnoquímicas desde el establecimiento de Tecnosur en Zona Páez."<sup>40</sup>*

Como puede observarse, en esta oportunidad es el Presidente de **TECNOQUÍMICAS**, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**, quien reconoce que desde su establecimiento en la Zona del Río Páez, **TECNOSUR** se ha encargado de la elaboración de los productos, al paso que la distribución de los mismos era tarea de **TECNOQUÍMICAS**, óigase bien, de **TECNOQUÍMICAS**.

Al respecto, debe anotarse que en ninguna parte del documento se atribuyó o al menos se sugirió que **TECNOSUR** tuviera la función de determinar las condiciones en que **TECNOQUÍMICAS** llevaría a cabo la distribución y comercialización de los productos, como lo pretende sostener **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición, en franca contradicción con los elementos probatorios que acreditan, de forma directa, que la labor de comercialización, fijación de precio, determinación de ofertas, entre otros, era tarea de **TECNOQUÍMICAS**.

Más adelante en el mismo documento, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS**), continuó resaltando las labores de distribución y mercadeo que realizó **TECNOQUÍMICAS** durante los quince (15) años siguientes a la inversión de **KIMBERLY** en **TECNOSUR**. Nótese que el Presidente de **TECNOQUÍMICAS** no se refiere exclusivamente a la distribución de los pañales como agente logístico por parte de **TECNOQUÍMICAS**, como pretende hacerse ver en el recurso de reposición, sino que es claro en afirmar que **TECNOQUÍMICAS** también tiene a su cargo el mercadeo de los pañales:

*"En estos casi quince años de la relación jamás se ha cuestionado el desempeño de la distribución y mercadeo y las renovaciones se han producido sin sobresaltos ni cuestionamientos" (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En el mismo documento, el Presidente de **TECNOQUÍMICAS** continúa manifestando que precisamente esta condición del negocio, en la que **TECNOSUR** se encargaba exclusivamente de la fabricación de los pañales y **TECNOQUÍMICAS** de la operación de la empresa, incluyendo la distribución y mercadeo de los pañales, es la que le garantizó a la Superintendencia de Industria y Comercio la continuidad del control de **TECNOQUÍMICAS** sobre **TECNOSUR** y permitió que no fuera necesario objetar la operación. Es decir, en el mencionado documento, el Presidente de **TECNOQUÍMICAS** reconoce nuevamente que desde la inversión de **KIMBERLY** en **TECNOSUR**, quince (15) años atrás, siempre fue claro tanto para **TECNOQUÍMICAS** como para **KIMBERLY**, que era una condición incuestionable del negocio, que **TECNOQUÍMICAS** se encargara exclusivamente de la operación de **TECNOSUR**, lo cual incluía la distribución y mercadeo de los pañales:

*Esta situación, lejos de representar nunca un conflicto de interés, fue por el contrario una condición sine qua non para que se permitiese por Tecnoquímicas la inversión que realizó Kimberly. Esta condición, así como el soporte de la administración, fueron conocidos y aceptados por parte de Kimberly y resultaron cruciales cuando la operación le fue informada a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en particular en cuanto a los condicionamientos resaltados en la radicación 98070282-21, los cuales fueron comunicados conjuntamente y con carácter vinculante para ambas partes y frente a la SIC el 23 y 24 de diciembre de 1998. Fue en razón de ellos que esa entidad*

<sup>39</sup> Sigla de Latin American Operation (Operación en Latinoamérica).

<sup>40</sup> Folio 323 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*consideró que "en las particulares y específicas circunstancias por ustedes señaladas", las cuales implican "que las entidades continuarán siendo empresas independientes", no se requería de información a la SIC, pero advirtiendo expresamente que de desaparecer o cambiar cualquiera de dichos condicionamientos, sería necesario obtener la autorización de integración de esa entidad. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Las anteriores evidencias dan cuenta de que los roles de **TECNOSUR** como fabricante y **TECNOQUÍMICAS** como comercializador, provienen de documentos firmados y reconocidos por los más altos directivos, tanto de **TECNOSUR** como de **TECNOQUÍMICAS**. Además, en el expediente obra la declaración rendida por **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** el 18 de noviembre de 2013, en su calidad de Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**, quien también precisó, que "la operación productiva" es desarrollada por **TECNOSUR**, al paso que **TECNOQUÍMICAS** desarrolla "todos los conceptos de venta y distribución", por lo que resulta claro, que no se limita a realizar la operación logística consistente en transportar el producto de un punto a otro y reclamar el pago correspondiente, como lo manifestó **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS**), pretendiendo de manera dolosa y malintencionada, confundir al Despacho sobre los verdaderos roles de las empresas en mención y la supuesta no participación de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial objeto de investigación.

Dijo **ERNESTO TRUJILLO PEREZ**, en su calidad de Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**:

*"ERNESTO TRUJILLO PÉREZ: Es una junta directiva donde, se evidencia que la operación productiva la realiza la organización **TECNOSUR**, pero a través de estos contratos que ustedes han hecho referencia, la organización **TECNOQUÍMICAS** desarrolla todos los conceptos de venta y distribución, bajo un parámetro, de ¿cómo se llama? Consignación... no... ¿Cómo se llama este acto del contrato...? Bueno, yo le entrego los productos a Tecnoquímicas; Tecnoquímicas me los vende, me los distribuye y me los organiza bajo los parámetros de marketing y desarrollo que yo he emitido o mi equipo ha emitido. En ese orden de ideas hay funcionarios que pertenecen a **TECNOSUR** y hay funcionarios que pertenecen a **TECNOQUÍMICAS**. La gran parte operativa como les decía al comienzo, que es la gran planta operativa pertenece a **TECNOSUR** y gran parte de los funcionarios de marketing incluyéndome yo, pertenecemos a **TECNOQUÍMICAS**.*

(...)

*Dada la exigencia y a la vez la facilitación que nos entrega la Superintendencia con la aceptación de Joint Venture y los de **TECNOQUÍMICAS** autónomamente desarrollan sus actividades de mercadeo y ventas, pudimos con el tiempo pasar a un liderazgo absoluto. En estos instantes de la categoría de pañales desechables y lo que en ese entonces yo les contaba que teníamos 17, 18 por ciento, de pronto hasta menos, hoy tenemos 52, 51, 50 por ciento de participación, ha sido un manejo totalmente autónomo del mercadeo y reporte financiero a la sociedad **TECNOSUR** a través de su junta de directivos ¿Qué quiere decir eso? Que en ningún momento de las juntas directivas se establecen órdenes del día con énfasis en planeaciones de mercadeo, o estrategias de mercadeo o tácticas de mercadeo que yo tenga que compartirla con los miembros de junta directiva de miembros de Colpapel, por el contrario, casi que hemos sido muy recelosos en esto, y por eso nos enfocamos siempre a un informe financiero, a unos resultados como tal y a unas aprobaciones de junta, referente en versiones y a desarrollos de productos.*

*¿Qué hizo que se viera ese cambio?, si quiere que yo me extienda probarlo... o no es necesario, precisamente de autonomía. Nosotros, yo manejo la parte técnica con mi ingeniero de la organización **TECNOSUR**, todo lo que se refiere a equipos, todo lo que se refiere a desarrollo de productos y todo lo que se refiere a ese producto en el consumidor y a través de la organización **TECNOQUÍMICAS** me involucro totalmente en las estrategias de mercadeo; en las estrategias de ventas, para que **TECNOQUÍMICAS** me las implemente, pero yo las defino, y en las estrategias de desarrollo de otros negocios; y hablo de otros negocios porque recientemente unos cinco, seis, o siete años, entramos en un negocio que se llama toallitas wipes, toallitas húmedas, para el cual nosotros no estábamos presentes.*

(...)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*La segunda estrategia la enfocamos en los aspectos del mercadeo y cómo llegar al consumidor, y cómo descubrirle al consumidor lo que quiere, y cómo descubrirle al consumidor cuál es el precio al cual usted le debe dar un beneficio y para eso establecimos en la organización TECNOQUÍMICAS centros de estimulación y desarrollo que están aquí donde ustedes están y alberga alrededor de 80 bebés permanentemente.*

(...)

**DELEGATURA:** *¿Quiere detallar un poquito más cómo es la administración compartida?*

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** *La administración compartida es que yo establezco, he..., me equivoco al decir compartida es más una administración auditada, donde yo establezco unos parámetros y planes estratégicos y la presidencia de la organización me los audita y me los aprueba.*

**DELEGATURA:** *¿Cuál organización?*

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** **TECNOQUÍMICAS.** *Porque yo soy funcionario de TECNOQUÍMICAS, entonces yo audito, me audita mi gran jefe, ese es el parámetro, establece los parámetros.*

(...)

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ :** *Yo tengo dos equipos, tengo un equipo operativo de planta que es el que me hace los productos, con el que diseño los productos, y establezco cuales son los patrones que debe regir los productos los próximos 5 años, y tengo una organización, dentro de la organización TECNOQUÍMICAS, que me apoya para el desarrollo de los otros aspectos, como el mercadeo, la comunicación, la investigación, el punto de venta, bueno infinidad de situaciones que se da en este manejo de cosas, son muchas variables.*

(...)

**TECNOSUR es la compañía fabricante y tiene un contrato con Tecnoquímicas para distribuir.**

(...)

*Lo que yo tengo entendido es que ante la Superintendencia, quedó radicado un documento, donde TECNOQUÍMICAS actúa de una manera independiente y autónoma, frente a Kimberly en el manejo de los productos de TECNOSUR, y existe una junta directiva para evaluar los resultados de ley. Ósea que, ni yo conozco sus operaciones, ni ellos conocen las mías."*

Como puede observarse de los apartes de la declaración de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**), este alto directivo también coincide en afirmar con claridad, que **TECNOQUÍMICAS** actúa en el mercado como comercializador de los pañales fabricados por **TECNOSUR**, encargándose exclusivamente de su mercadeo y promoción.

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo afirmado por **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición, para este Despacho es claro que no puede afirmarse que **TECNOSUR** haya sido la empresa encargada de realizar las labores de mercadeo y comercialización de los pañales que produjo durante el período investigado, cuando las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que fueron propiamente los más altos directivos de estas empresas quienes manifestaron libremente lo contrario, esto es, que el rol de **TECNOSUR** en el mercado era como planta de producción y el de **TECNOQUÍMICAS** era como comercializador encargado del mercadeo de los pañales desechables para bebé fabricados por **TECNOSUR**.

Ahora bien, independientemente de que hayan sido los propios directivos de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** quienes reconocieron que **TECNOQUÍMICAS** comercializaba los pañales fabricados por **TECNOSUR**, deben recordar los impugnantes que la Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó esta condición en muchas otras pruebas obrantes en el expediente y en un análisis en conjunto de las mismas, que le permitió llegar a tal conclusión más allá de cualquier duda.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

En efecto, debe recordarse que para afirmar que de acuerdo a la verdadera estructura del mercado **TECNOSUR** es la planta de producción de los pañales que distribuye, promociona y comercializa **TECNOQUÍMICAS**, también se tuvieron en cuenta otros aspectos a partir de pruebas obrantes en el expediente. Dichas pruebas incluyen los antecedentes de la creación de **TECNOSUR** y de la capitalización que en dicha empresa hizo **KIMBERLY**, los cuales, como se mostrará a continuación, dan cuenta de que **TECNOQUÍMICAS** desde 1980 ha participado en la producción, comercialización y distribución de pañales, y de que la constitución de **TECNOSUR** y la posterior venta a **KIMBERLY** del 50% de esta última se realizó bajo especiales circunstancias y condiciones que permitieron a **TECNOQUÍMICAS** mantener bajo su potestad la comercialización de los pañales producidos por **TECNOSUR**.

Así bien, como se explicará en detalle más adelante, se encontró que **TECNOQUÍMICAS** había producido, comercializado y distribuido pañales desechables desde 1980 y hasta que en 1996, cuando con el objeto de acceder a los beneficios tributarios otorgados por la Ley 218 de 1995, conocida como "Ley Páez"<sup>41</sup>, decidió constituir a **TECNOSUR** como su subordinada para la producción de pañales. Así mismo, se demostró que desde la constitución de **TECNOSUR** en 1996, **TECNOQUÍMICAS** se encargaba exclusiva e independientemente de la comercialización y distribución de los pañales producidos por **TECNOSUR**. Esta situación, según las propias palabras del Presidente de **TECNOQUÍMICAS** en la comunicación ya citada líneas arriba, era una condición indispensable para que se accediera a vender el 50% de **TECNOSUR** a **KIMBERLY**, tal y como fue indicado a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se le informó sobre esta operación.

Una vez **TECNOQUÍMICAS** vendió a **KIMBERLY** el 50% de las acciones de **TECNOSUR** como consecuencia de la difícil situación financiera que estaba atravesando, la tarea de comercialización y distribución de los pañales que venía realizando **TECNOQUÍMICAS** desde la constitución de **TECNOSUR**, fue formalizada mediante un contrato denominado "Contrato de Depósito con Opción de Compra", celebrado el 1 de marzo de 1999 entre **TECNOSUR** y **TECNOQUÍMICAS**. Al respecto, recuérdese que esta era una condición necesaria para que **TECNOQUÍMICAS** accediera a vender la participación referida a **KIMBERLY**.

En adición de lo anterior, debe tenerse en cuenta que también fue celebrado otro contrato mediante el cual **TECNOQUÍMICAS** asumió la administración de **TECNOSUR**, lo cual incluía "(...) *la atención de la contabilidad, impuestos, procesamiento electrónico de la información, administración de la nómina, administración del recurso humano, atención y pago de proveedores, administración legal y financiera*"<sup>42</sup>.

De esta manera, nótese que los antecedentes de la creación de **TECNOSUR** y de la inversión que en dicha empresa hizo **KIMBERLY**, dan cuenta que (i) **TECNOQUÍMICAS**, quien venía produciendo y comercializando pañales desde 1980, constituyó a **TECNOSUR** para acceder a los beneficios tributarios otorgados por la Ley Páez y la encargó de la producción de pañales como su subordinada; (ii) como consecuencia de una difícil situación financiera, **TECNOQUÍMICAS** se vio obligada a vender el 50% de las acciones de **TECNOSUR** a **KIMBERLY**; (iii) **TECNOQUÍMICAS** estableció como una condición indispensable para vender el 50% de las acciones de **TECNOSUR** a **KIMBERLY**, que **TECNOQUÍMICAS** continuara a cargo de la operación y administración de la empresa, y especialmente, de la comercialización, mercadeo y distribución de los pañales producidos por **TECNOSUR**; (iv) las anteriores actividades, que venían realizándose desde la constitución de **TECNOSUR**, fueron formalizadas posteriormente mediante contratos de administración y de depósito con opción de compra; y (v) después de venderle el 50% de las acciones de **TECNOSUR** a **KIMBERLY** y durante más de quince (15) años, **TECNOQUÍMICAS** promocionó y comercializó exclusivamente los pañales producidos por **TECNOSUR**.

Como puede concluirse de lo anterior, son claras las razones por las cuales debe rechazarse el argumento expuesto por **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición, relacionado con que **TECNOSUR** era la empresa encargada de realizar las labores de mercadeo, promoción y comercialización de los pañales que producía, al paso que **TECNOQUÍMICAS** solamente se

<sup>41</sup> Folio 107 del Cuaderno Público No.1. Documento remitido por **KIMBERLY** y **TECNOSUR** a la Superintendencia de Industria y Comercio el 24 de diciembre de 1998 en el marco del trámite radicado con el No. 98070282. Así mismo lo afirmó **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**), obrante a folio 9869 del Cuaderno Público No. 47 del Expediente.

<sup>42</sup> Folio 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

limitaba a actuar como un agente de logística encargado de transportar el producto a su destino. Lo anterior, en la medida en que el análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, conformado por evidencia directa y contundente que incluso proviene de los propios directivos de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, da cuenta de que en el marco de su ejercicio en el mercado durante el periodo investigado, **TECNOSUR** actuó como la planta de producción de los pañales que distribuía, promocionaba y comercializaba **TECNOQUÍMICAS**.

Desde esta perspectiva, para este Despacho no resulta admisible la "estrategia" planteada por **TECNOQUÍMICAS** de retractarse convenientemente y en contra de la contundencia de todas las pruebas directas que dan cuenta de su responsabilidad, en el sentido de que a pesar que sus más altos directivos han afirmado en múltiples oportunidades y bajo diferentes circunstancias, que **TECNOQUÍMICAS** comercializa autónomamente los pañales desechables que fabrica **TECNOSUR** como planta de producción, ahora sostenga que **TECNOQUÍMICAS** no participó en el cartel empresarial, pues solamente se limitaba a actuar como un agente de logística encargado de transportar los pañales a su destino. Además, recuérdese que aunado a sus propias afirmaciones, en el expediente obran múltiples pruebas adicionales que sustentan las razones de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar a **TECNOQUÍMICAS**, las cuales fueron presentadas en la Resolución Sancionatoria y en otros acápites del presente acto administrativo.

Así entonces, resulta inaceptable, por decir lo menos, que **TECNOQUÍMICAS** pretenda que la Superintendencia de Industria y Comercio sea lo suficientemente ingenua para dejar de lado la gran cantidad de pruebas directas obrantes en el expediente, y que evidencian, sin lugar a duda, su responsabilidad en la conducta investigada, para aceptar que de conformidad con pruebas meramente formales –las cuales se analizarán en acápites siguientes– la Entidad deba proceder a absolver a **TECNOQUÍMICAS** de las conductas imputadas. De hecho, resultaría abiertamente ilegal que ante la existencia de pruebas directas y contundentes que demuestran la responsabilidad de un investigado por prácticas comerciales restrictivas, la Superintendencia de Industria y Comercio no proceda de conformidad con sus funciones legales y profiera las respectivas sanciones.

#### **4.1.3. Análisis del Despacho respecto de los argumentos y pruebas en relación con que las actividades de mercadeo eran desarrolladas de manera exclusiva por TECNOSUR**

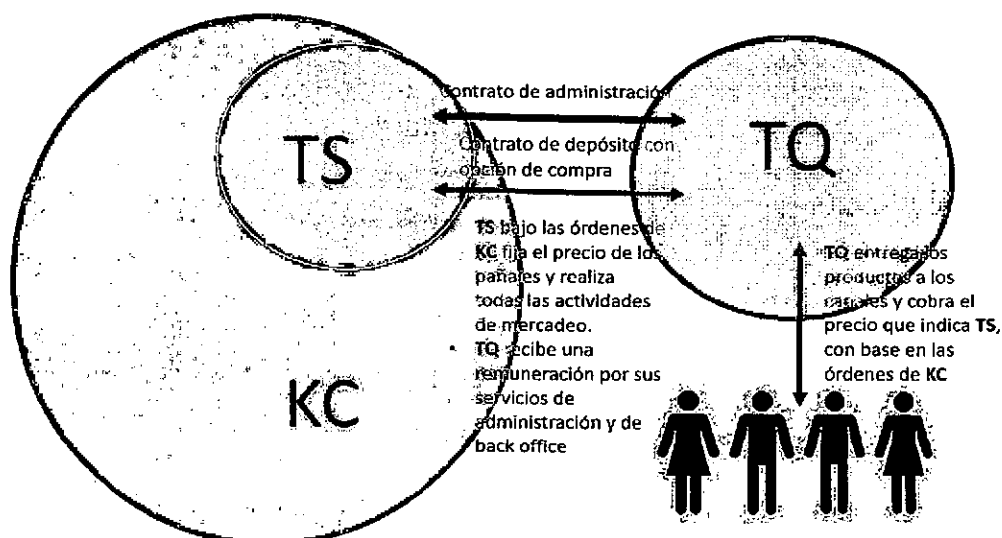
**TECNOQUÍMICAS**, a través de varios documentos entre los que se encuentran contratos y facturas, pretende demostrar que era **TECNOSUR** y no **TECNOQUÍMICAS** quien comercializaba los pañales para bebé y, por lo tanto, que fue **TECNOSUR** quien participó en el cartel empresarial que aquí se investiga.

Esta tesis (que se sostiene sólo si se admite que **TECNOQUÍMICAS** se limitaba a desempeñar funciones de agente logístico para entregar los productos), desconoce por completo la relación que tienen **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** expuesta anteriormente, según la cual **TECNOQUÍMICAS** no solo figuraba como la propietaria del 50% de **TECNOSUR** (hoy del 100%), sino también como su creadora, cuyo origen formal tuvo como propósito recibir los beneficios tributarios derivados de la Ley Páez (Ley 218 de 1995).

De acuerdo con la tesis (por llamarla de alguna manera) de **TECNOQUÍMICAS** presentada en su recurso de reposición, la relación que mantenía con **TECNOSUR** se limitaba a una relación contractual, en la que supuestamente **TECNOQUÍMICAS** se encargaba de la logística de distribución del producto y de los aspectos administrativos de **TECNOSUR**, a cambio de un pago que era independiente del precio al que se vendían los pañales en los diversos canales. Según esta tesis, que **TECNOQUÍMICAS** pretende soportar con un concepto proferido por la firma Ernst & Young, entre otras pruebas, tal relación contractual tenía una estructura que podría graficarse de la siguiente forma:

**ESPACIO EN BLANCO**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Como puede observarse en la gráfica anterior, la estructura alegada por **TECNOQUÍMICAS** desconoce por completo que **TECNOQUÍMICAS** era accionista de **TECNOSUR**, que sus ingresos, además de la remuneración formal pactada en virtud de los contratos suscritos, provenían de las utilidades de **TECNOSUR** y, que el reporte del negocio por parte de **TECNOSUR**, y en consecuencia, la existencia de contratos, facturas y demás aspectos relacionados con el mercadeo, obedecía a la necesidad de reportar todos los ingresos del negocio de fabricación y venta de pañales como actividades desarrolladas por una sociedad beneficiaria de una zona franca permanente.

En efecto, **TECNOSUR** hace parte del Conjunto Industrial Parque Sur–Villa Rica–Cauca que se constituyó desde 2008 como Zona Franca Permanente, de conformidad con el Decreto 780 de 2008, producto de la unión de varias empresas que hicieron inversiones en el marco de los beneficios que contemplaba la Ley Páez (Ley 218 de 1995) desde 1996, fecha en la que se constituyó **TECNOSUR** como sociedad subordinada de **TECNOQUÍMICAS**. Esto explica que formalmente los ingresos y egresos –que se soportan con los contratos y facturas que fueron aportados por **TECNOQUÍMICAS** junto con su recurso de reposición– fueran reportados como propios de **TECNOSUR** y no de **TECNOQUÍMICAS**. Si el reporte no se hiciera de esta forma y, por lo tanto, formalmente los gastos e ingresos se atribuyeran a **TECNOQUÍMICAS**, no podrían favorecerse de los beneficios tributarios de los que gozan por estar en zona franca.

Debe recordarse, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria y en este acto administrativo, que **TECNOSUR** fue creada en 1996 con domicilio en Santander de Quilichao – Cauca, con el único propósito de acogerse a los beneficios de la Ley Páez (Ley 218 de 1995<sup>43</sup>). En 1999 cambió su domicilio a lo que es hoy el Conjunto Industrial Parque Sur–Villa Rica–Cauca, zona franca permanente, en donde continuó y continúa haciéndose acreedor de los beneficios de la referida Ley Páez.

Es por lo expuesto, que las pruebas que pretenden dar cuenta de los ingresos o egresos formales de **TECNOSUR** en el negocio de venta de pañales desechables para bebé, no desmienten el análisis que hizo este Despacho en la Resolución Sancionatoria sobre la participación de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial sancionado. En efecto, al margen del reporte que para efectos tributarios hiciera **TECNOSUR** a partir del acervo probatorio que obra en el expediente, no puede concluirse circunstancia diferente a que **TECNOQUÍMICAS** era y es, de cara a lo que interesa a esta investigación por prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de cartelización empresarial, el competidor en el mercado afectado y, fue quien participó en el cartel investigado de manera activa y protagónica, tal y como se probó en la Resolución Sancionatoria y se reiteró en los acápites anteriores.

<sup>43</sup> Folio 107 del Cuaderno Público No.1. Documento remitido por **KIMBERLY** y **TECNOSUR** a la Superintendencia de Industria y Comercio el 24 de diciembre de 1998 en el marco del trámite radicado con el No. 98070282. Así mismo lo afirmó **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Gerente General de **TECNOSUR**), obrante a folio 9869 del Cuaderno Público No. 47 del Expediente.

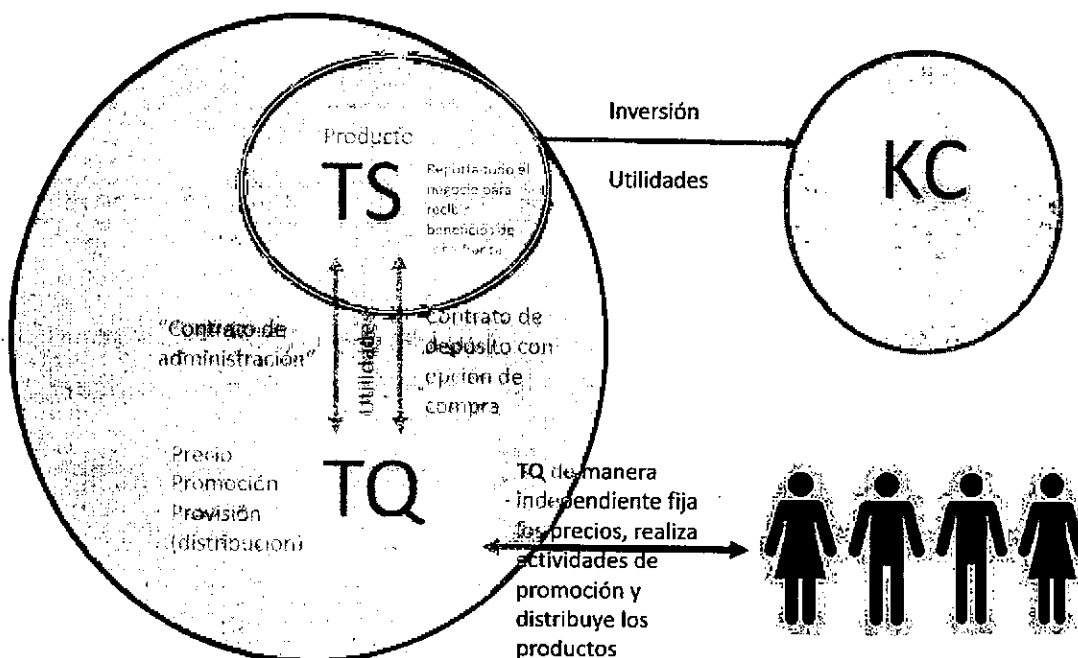
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, se recuerda que para efectos del cumplimiento de las finalidades de este tipo de investigaciones, lo que incumbe es la realidad del mercado, más allá de las formalidades que sirvan para otros propósitos, por ejemplo, tributarios. Así las cosas, el Despacho insiste en que obran en el expediente numerosas pruebas directas e indirectas que muestran, sin el menor asomo de duda, que **TECNOQUÍMICAS** no solo es quien comercializa y fija los precios de los pañales desechables para bebé en el mercado colombiano, sino que lo hizo por más de una década en el marco de un bochornoso cartel empresarial conformado entre **TECNOQUÍMICAS**, **KIMBERLY** y **FAMILIA**, como bien lo delataron y confesaron estas dos compañías, y que llevó, incluso, a las públicas excusas al país por parte de una de ellas (**FAMILIA**).

En la misma línea, debe resaltarse que el reporte de los ingresos y egresos del negocio de comercialización de pañales desechables para bebé como propios de **TECNOSUR** subsiste aún hoy cuando **TECNOQUÍMICAS** es dueña del 100% de **TECNOSUR**. Ciertamente, de conformidad con los estados financieros de 2014 y 2015, fechas para las cuales **KIMBERLY CLARK** ya no contaba con inversiones en **TECNOSUR**, el reporte de los ingresos y egresos relacionados con la comercialización de pañales sigue siendo de titularidad exclusiva de **TECNOSUR**. **TECNOQUÍMICAS**, por su parte, sigue reportando un ingreso por la distribución de los pañales como si aún hoy, siendo la propietaria exclusiva de **TECNOSUR**, mantuviera con esta sociedad una relación enmarcada en un contrato de "depósito con opción de compra" sin involucrarse, por supuesto, en las decisiones de precios y mercadeo.

Lo anteriormente expuesto confirma que aun perteneciendo el 100% del capital accionario de **TECNOSUR** a **TECNOQUÍMICAS** una vez **KIMBERLY CLARK** se retiró, subsiste la necesidad de reportar las actividades, gastos e ingresos formalmente como de **TECNOSUR** para obtener los beneficios tributarios, tal y como se hizo desde su constitución formal. De tal suerte, el reporte formal no refleja el funcionamiento real del negocio ni hoy ni cuando **KIMBERLY CLARK** tenía participación accionaria en **TECNOSUR**, ni mucho menos desvirtúa la gran cantidad de pruebas directas sobre la participación de **TECNOQUÍMICAS** en la comercialización y mercadeo de pañales que obran en el expediente.

El siguiente gráfico representa la realidad de cómo funciona el mercado según las pruebas obrantes en el expediente y la relación entre **TECNOQUÍMICAS**, **TECNOSUR** y la **CORPORACIÓN KIMBERLY CLARK** durante el periodo investigado en relación con el manejo del negocio de pañales:



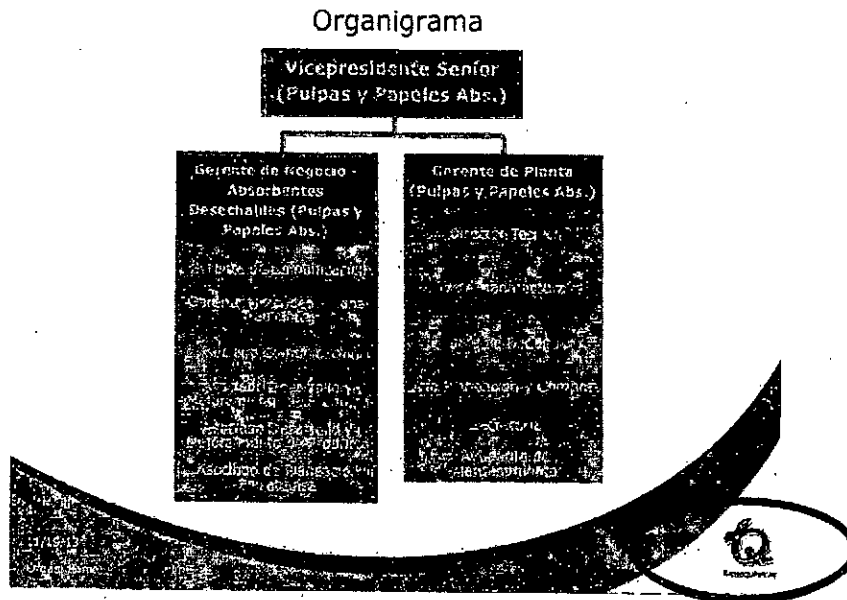
Ⓢ Ⓜ Ⓝ

Tal y como se representa en el gráfico expuesto anteriormente, **TECNOSUR** estructuralmente hace parte de **TECNOQUÍMICAS**. En relación con las actividades de mercadeo, tres de las "4P's" – precio, promoción y provisión – a las que refiere el recurrente en su memorial como constitutivas del concepto de "mercadeo", son manejadas exclusivamente por **TECNOQUÍMICAS** (TQ) mientras que la fabricación del producto está a cargo de **TECNOSUR** (TS), que ha sido concebida desde siempre –aun cuando no se había creado como sociedad independiente– como la planta de producción de pañales de **TECNOQUÍMICAS**.



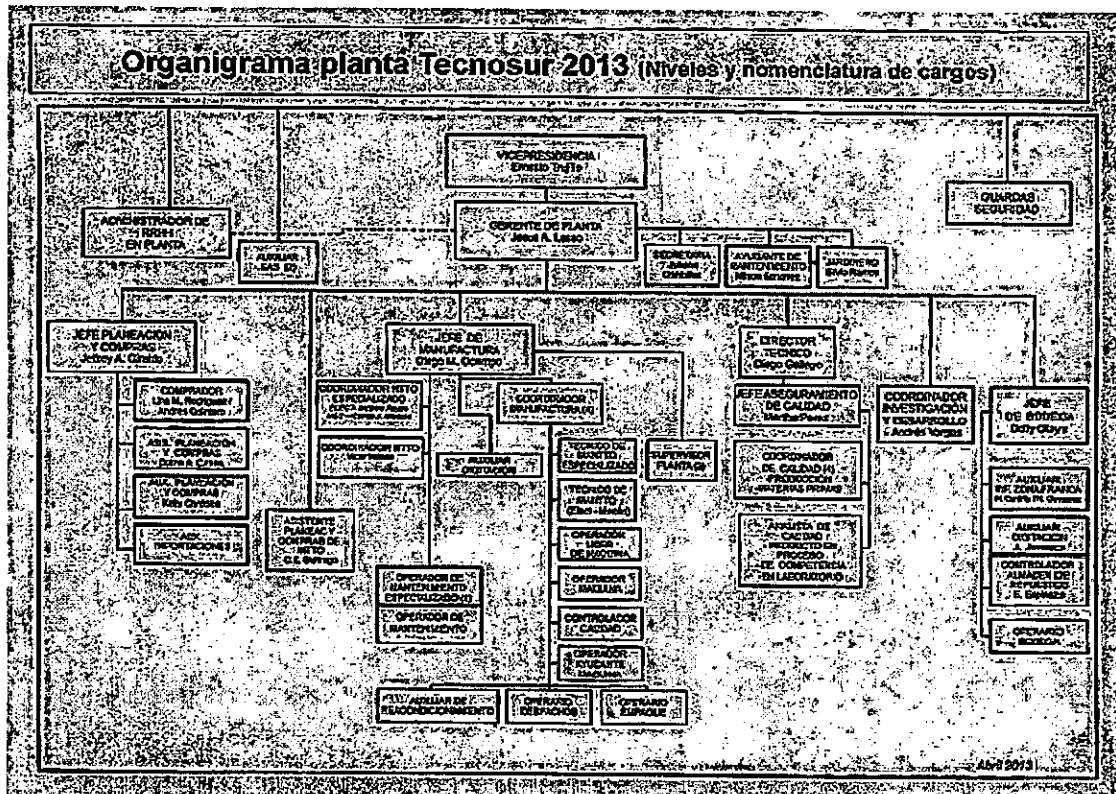
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La estructura organizacional con base en la cual **TECNOSUR** era concebida como la planta de producción de **TECNOQUÍMICAS** en el negocio de absorbentes es absolutamente clara en los organigramas de ambas empresas que obran como prueba en el expediente. El siguiente, es el organigrama de la unidad de negocio de "Pulpas y Papeles Absorbentes" de **TECNOQUÍMICAS**, que aportó esta compañía durante la visita administrativa practicada por la Superintendencia de industria y Comercio el 18 de noviembre de 2013<sup>44</sup>:



(Destacado fuera de la imagen original)

Por su parte, el siguiente organigrama corresponde a **TECNOSUR**<sup>45</sup>, organigrama que fue requerido en la visita administrativa realizada por la Superintendencia de industria y Comercio el 18 de noviembre de 2013 y entregado por **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Representante Legal de **TECNOSUR**):



<sup>44</sup> Folio 319 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

<sup>45</sup> Folio 81 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Frente a estos organigramas que fueron entregados directamente por **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, **TECNOQUÍMICAS** indicó en su recurso de reposición que ambos debían ser apreciados como uno solo y pertenecientes a **TECNOSUR**. Sin embargo, sorprende que no fuera esa su posición cuando presentó sus observaciones al Informe Motivado, en la que se limitó a indicar simplemente que los organigramas no estaban completos. Es aún más sorprendente, por decir lo menos, que **TECNOQUÍMICAS** afirme ahora que se trata de un solo organigrama que hace parte de **TECNOSUR**, mientras que, cuando fueron entregados los organigramas en plena visita administrativa, afirmó que correspondían, respectivamente, al negocio de pañales de **TECNOQUÍMICAS** y la estructura organizacional de **TECNOSUR**.

Este Despacho considera correcto, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, leer ambos organigramas como complementarios, pero no como erradamente lo pretende presentar la recurrente, sino entendiendo que el primero es el organigrama de la estructura del negocio de pañales de **TECNOQUÍMICAS**, que incluye la estructura de su planta **TECNOSUR**, mientras que el segundo organigrama es la desagregación de la estructura de **TECNOSUR**. De esta forma, los organigramas antes expuestos corresponden a la relación de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, siendo **TECNOSUR** la planta de producción de **TECNOQUÍMICAS** en el negocio de pañales desechables para bebé.

Por su parte, la **CORPORACIÓN KIMBERLY CLARK (KC)** tuvo una relación de socio inversionista que recibe utilidades por la gestión de **TECNOSUR** pero no tiene incidencia en ninguna de las actividades de mercadeo de los pañales que produce y que comercializa **TECNOQUÍMICAS**.

Tal y como se explicó en los acápite anteriores, **TECNOQUÍMICAS** suscribió dos contratos con **TECNOSUR** que le permitían manejar todo el negocio, tanto a nivel administrativo como comercial, sin que se afectara formalmente el reporte que hace **TECNOSUR** para beneficiarse de las concesiones tributarias que le da estar en una zona franca. Así, ambos contratos, el de "administración" y el de "depósito con opción de compra", con fundamento en los cuales percibían formalmente un determinado monto de ingresos, eran necesarios para respaldar de manera coherente la situación financiera que presentaban para efectos de obtener los beneficios tributarios otorgados por la pluricitada Ley Páez (Ley 218 de 1995).

No obstante lo anterior, no puede omitirse, como lo hace el estudio de Ernst & Young –que se abordará con mayor detalle más adelante–, que los ingresos de **TECNOQUÍMICAS** en relación con el negocio de pañales también se determinaban por las utilidades recibidas como accionista del 50% de **TECNOSUR**, lo que permite desvirtuar desde ya la tesis que sostuvo **TECNOQUÍMICAS** en su recurso y pretendió soportar en el concepto de Ernest & Young, según la cual los precios con los que se vendieran los productos le eran indiferentes en la medida en la que su ingreso era independiente a esta variable, pues lo cierto es que aun si se aceptara la tesis de **TECNOQUÍMICAS**, existiría un evidente interés de su parte en los precios a los que se venden los pañales por ser accionista y propietaria del 50% de **TECNOSUR**. Vender más, vender más caro y ahorrar costos, genera utilidades para **TECNOQUÍMICAS**, directa o indirectamente, con abstracción del modelo de negocio.

Habiendo explicado de manera general por qué carece de sustento el argumento de **TECNOQUÍMICAS**, se abordarán cada una de las pruebas con las que intentó soportar su argumento.




En primer lugar, **TECNOQUÍMICAS** presentó un concepto elaborado por Moisés Rubinstein con el que se pretende demostrar que **TECNOSUR** "no es simplemente una empresa maquiladora".

Dentro de dicho concepto se define la maquila como "una forma de producción en la que un individuo o grupo de individuos se comprometen a diseñar, elaborar o confeccionar un artículo para un tercero, quien es el que comercializa el producto con su propia marca". Respecto de esta definición debe destacarse que en efecto **TECNOSUR** no es una maquila de **TECNOQUÍMICAS**, **TECNOSUR** es la fábrica de **TECNOQUÍMICAS**. La diferencia entre estas dos figuras está en que **TECNOQUÍMICAS** no es un tercero para **TECNOSUR**, **TECNOQUÍMICAS** es propietario y creador de **TECNOSUR**, por lo tanto, la conclusión a la que llega dicho concepto, no excluye ni desmiente el análisis realizado por la Superintendencia y mucho menos excluye lo que es realmente relevante y determinante, que no es otra cosa que, la conclusión del Despacho según la cual, **TECNOQUÍMICAS** estuvo involucrada, por más de una década, en un cartel empresarial junto con **KIMBERLY** y **FAMILIA** en el mercado colombiano de pañales desechables para bebé que afectó a

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

las empresas que aguas abajo estuvieron en la cadena y a todos los colombianos, fundamentalmente a la población más pobre de nuestro país.

Ahora bien, el estudio basa sus conclusiones en la titularidad de las marcas con las que se comercializan los pañales y los gastos que se reflejan en los estados de resultados relacionados con el mercadeo. Sobre el particular deben destacarse varias cosas: en primer lugar, algunas de las marcas de las que es titular actualmente **TECNOSUR** fueron, antes de su constitución, de titularidad de **TECNOQUÍMICAS**, tal y como puede verificarse en la consulta de signos distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>46</sup>:

MARCAS	WINNY, amor como ningún otro otro		1-TECNOSUR S.A.S.	1166471	25	458788	17/08/2022	Concesión
MARCAS	WINNY BABYSECO		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	05 004839	25	330692	30/08/2016	Concesión
MARCAS	WINNY-MAS ABSORCION EN EL CENTRO La expresion MAS ABSORCION EN EL CENTRO Ira como explicativa.		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	92 351719 25	25	165388	29/07/2004	Concesión
MARCAS	WINNY MAS ABSORCION EN EL FRENTE La expresion MAS ABSORCION EN EL CENTRO Ira como explicativa		Nominativa 1- TECNOQUIMICAS S.A.	92 351721 25	25	165387	29/07/2004	Concesión
MARCAS	WINNY SITOS		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S. 2-TECNOSUR S.A.S.	10 026196	16	406605	25/08/2020	Concesión
MARCAS	WINNY ULTRATRIM GOLD NATURAL		1-TECNOSUR S.A.S.	08 070951	16	370736	26/01/2019	Concesión
MARCAS	WINNY ULTRATRIM SEC (ULTRATRIM-SEC:IRA-COMO EXPLICATIVA)		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	04 065700	16	291642	24/01/2023	Concesión
MARCAS	ULTRA WINNY		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	92 293865 5	5	136165	03/10/2006	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOQUIMICAS LTD.A & CIA S.C.A.	92 214270 3	3	115399	02/10/1991	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOQUIMICAS LTD.A & CIA S.C.A.	92 348798 3	3	115399	02/10/1991	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOQUIMICAS LTD.A & CIA S.C.A.	92 210888 16	16	110659	29/05/1990	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOQUIMICAS LTD.A & CIA S.C.A.	92 348796 16	16	110659	29/05/1990	Concesión
MARCAS	WINNY VITALE		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	03 075105	3	285047	12/07/2024	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S. 2-TECNOSUR S.A.S.	92 348797 28	28	115652.1	15/10/2021	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S. 2-TECNOSUR S.A.S.	92 348797 28	28	115652.1	15/10/2021	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOQUIMICAS LTD.A & CIA S.C.A.	92 198570 28	28	115652.2	15/10/1991	Concesión
MARCAS	WINNY UNA PRUEBA DE AMOR		1-TECNOSUR S.A.S.	01 084329	25	257147	25/09/2022	Concesión
MARCAS	WINNY SITOS		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S. 2-TECNOSUR S.A.S.	10 026195	5	406604	25/08/2020	Concesión
MARCAS	ULTRA WINNY		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	92 293865 16	16	139530 A	25/09/2022	Concesión
MARCAS	WINNY		Nominativa 1-TECNOQUIMICAS LTD.A & CIA S.C.A.	92 214269 5	5		01/01/1900	Cancelado
MARCAS	WINNY GOLD ULTRATRIM		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	01 045111	5	253341	12/08/2022	Concesión
MARCAS	WINNY ULTRATRIM COMFORT		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	04 013690	16	300110	30/09/2024	Concesión
MARCAS	www.winny.com.co		Nominativa 1-TECNOSUR S.A.S.	13 130876	35,38	483788	29/11/2023	Concesión

<sup>46</sup> Disponible en línea: <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/ConsultaEnLinea/2013/index.php#>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

MARCAS	WINNY MAS ABSORCION EN EL FRENTES La expresión MAS ABSORCION EN EL FRENTES ira como explicativa.	Nominativa	1-TECNOQUÍMICAS S.A.S.	92 351722 16	16	165527	25/07/2004	Concesión
MARCAS	WINNY GOLD ULTRATRIM	Nominativa	1-TECNOSUR S.A.S.	01 045108	16	758065	12/12/2022	Concesión
MARCAS	WINNY VITALDE	Nominativa	1-TECNOSUR S.A.S.	03 075107	16	348291	24/10/2025	Concesión
MARCAS	WINNY ULTRATRIM ACTIVE FIT	Nominativa	1-TECNOSUR S.A.S.	04 023540	16	288741	20/09/2024	Concesión
MARCAS	WINNY	Nominativa	1-CIA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.	95 060248	25			Negación
MARCAS	WINNY BABY SECO	Nominativa	1-TECNOSUR S.A.S.	05 004838	25	319012	29/09/2025	Concesión
MARCAS	WINNY	Nominativa	1-CIA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.	95 060253	25			Negación
MARCAS	WINNY	Nominativa	1-TECNOSUR S.A.S.	92 351737 25	25	292800	12/09/2023	Concesión
MARCAS	WINNY CINTA ADHESIVA PEGA DESPEGA La expresión CINTA ADHESIVA PEGA DESPEGA ira como explicativa.	Nominativa	1-TECNOQUÍMICAS S.A.S.	92 351717 25	25	153389	29/07/2004	Concesión
MARCAS	WINNY	Nominativa	1-TECNOSUR S.A.S. 2-TECNOSUR S.A.S.	92 214271 28	28	115652.1	15/10/2021	Concesión

En efecto, algunas de las marcas fueron de titularidad de **TECNOQUÍMICAS** y hoy pertenecen formalmente a **TECNOSUR**. La titularidad actual de las marcas a nombre de **TECNOSUR** se explica una vez más con la necesidad de reportar formalmente todo el negocio de comercialización de los pañales desechables para bebé, incluyendo los intangibles, como propiedad de **TECNOSUR** pues de otra forma no podrían obtenerse los beneficios tributarios que se tienen por estar en zona franca. Recuérdese que hoy cuando **TECNOQUÍMICAS** es el propietario de la totalidad de **TECNOSUR**, la titularidad de las marcas no ha variado y no por ello podría creerse que **TECNOQUÍMICAS** no tiene relación ni interés alguno en la comercialización y mercadeo de los pañales desechables para él.

En la misma línea, los gastos de "mercadeo" que se reportaban en los estados de resultados y balances generales, se explican por ser necesarios para efectos de obtener los beneficios tributarios antes mencionados. Estos gastos se soportan con, entre otros, los contratos que por publicidad y promoción se firmaron entre **TECNOSUR** y canales de televisión y empresas dedicadas a este tipo de labor.

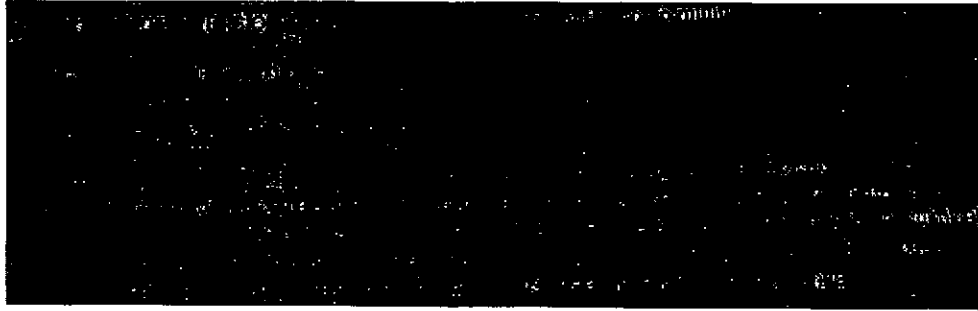
Sobre estos contratos es importante resaltar que algunos de ellos están suscritos tanto por **TECNOQUÍMICAS** como por **TECNOSUR** y otros se refieren al cliente como **TECNOQUÍMICAS-TECNOSUR**, refiriéndose a un solo agente.

A continuación se hará mención a dos de estos contratos en los que se hace evidente esta circunstancia:

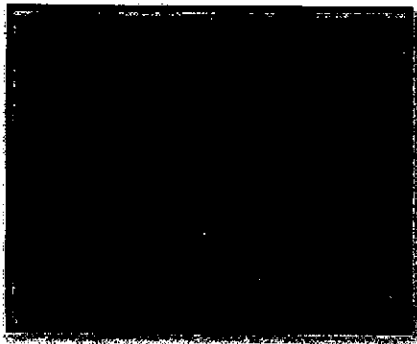
- El contrato de febrero 24 de 2012 suscrito con **OMD COLOMBIA S.A.S.** y **RCN TELEVISIÓN S.A.** refiere como clientes a **TECNOQUÍMICAS** y a **TECNOSUR**<sup>47</sup> y se contemplan las condiciones de ejecución del contrato, dándoles el tratamiento de un solo agente. En efecto, tal y como se evidencia en el extracto siguiente, el contrato se refiere a "Tecnoquímicas - Tecnosur" como un solo agente, lo que corresponde con el uso del lenguaje al que se hizo mención desde el Informe Motivado, en relación con la denominación indistinta de "**TECNOQUÍMICAS**" "**TECNOSUR**" o "**TECNOQUÍMICAS - TECNOSUR**", por parte de los diversos actores del mercado:

<sup>47</sup> Folios 13761 a 13763 del Cuaderno Público No. 60 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Adicionalmente, el contrato solo lo firma "**EMILIO SARDI**" en su calidad de "V.P. Tecnoquímicas":



Por lo anteriormente expuesto se concluye que, incluso para sus contratistas, **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** eran un solo agente que actuaba conjuntamente en el mercado.

- Comunicación dirigida por **EMILIO SARDI APARICIO**, en su calidad de Vicepresidente de **TECNOQUÍMICAS** y **MAURICIO UMAÑA BLANCHE**, Vicepresidente Comercial de **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** a **ÓSCAR CORTÉS**, Gerente de Negociaciones **OMD COLOMBIA**, con el fin de confirmar los términos de negociación entre **OMD COLOMBIA** y **CARACOL TELEVISIÓN S.A.** para el "cliente **TECNOQUÍMICAS - TECNOSUR**". Este es otro ejemplo de la actuación conjunta de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** que son percibidas como un solo agente en el mercado, es decir, un solo cliente.

Ahora bien, en adición del concepto de Moisés Rubinstein, **TECNOQUÍMICAS** presentó en su recurso de reposición dos conceptos de las firmas **DELOITTE ASESORES & CONSULTORES** y **ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.** Sobre el particular, debe advertirse en primer lugar, que dichos "conceptos" no tienen valor probatorio como prueba pericial, pues no sólo no cumplen con las condiciones formales para constituirse como tal, sino que además, parte de su objeto está en interpretar puntos de derecho, por lo que serían inadmisibles como pruebas periciales de conformidad con el artículo 226 del Código General del Proceso.

No obstante su carencia de valor probatorio, en gracia de discusión se advierte que las conclusiones de ambos "conceptos" son erradas. En efecto, dichos conceptos consideran que los ingresos de **TECNOQUÍMICAS** no estaban afectados por las variaciones de precios indicados por **TECNOSUR**, pues su ganancia estaba determinada por el costo de reventa y un porcentaje "*mark up*" fijo sobre dicho costo. En consecuencia, **TECNOQUÍMICAS** no tendría interés en el aumento de precios de los productos. Sin embargo, basta con reiterar lo que ya se afirmó en este acápite y es que ambos conceptos desconocen el interés que como propietario de **TECNOSUR** tenía **TECNOQUÍMICAS** en el precio de los productos que fabricaba, comercializaba y distribuía desde 1980, teniendo en cuenta que, entre otros, sus ingresos también estaban determinados por las utilidades que obtenía como accionista de **TECNOSUR**. Sostener lo contrario, es realmente un insulto a la lógica y la inteligencia.

Adicionalmente, ambos conceptos se limitan a hacer una interpretación del contrato de "Depósito con Opción de Compra", desconociendo por completo el contexto en el que fue suscrito, la necesidad de reporte financiero del negocio por parte de **TECNOSUR** y todas las pruebas, incluyendo los documentos presentados ante esta Superintendencia en 1998 que dan cuenta de la relación de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Por lo anterior, las consideraciones de estos conceptos mal podrían ser consideradas como verdades absolutas o conclusiones irrefutables, por cuanto son el producto de un análisis aislado de tan solo una de las múltiples pruebas que obran en el expediente, ejercicio que se aleja por completo de la tarea de cualquier juzgador de analizar las pruebas del expediente en su conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, como lo manda el artículo 176 del Código General del Proceso.

Aún si esto no fuera suficiente, ambos conceptos omiten tener en cuenta que la remuneración de la que trata el contrato de "depósito con opción de compra" fue modificada mediante un otrosí firmado en 2006<sup>48</sup>, oportunidad en la que se determinó que el *mark up* variaría según el resultado de la "utilidad operacional" que obtuviera **TECNOSUR** antes de renta. Así, entre mayor fuera la utilidad, mayor sería el *mark up*. Por lo tanto, incluso en el evento en que el mercado se hubiera regido realmente por lo dispuesto en el mencionado contrato, los ingresos de **TECNOQUÍMICAS** sí variarían según las utilidades, que dependen entre otras variables del precio y por lo tanto, **TECNOQUÍMICAS** tendría interés en su incremento, como lo muestran innumerables pruebas de todo tipo y calendas.

Por último, ambos conceptos también omiten tener en cuenta el contrato de prestación de servicios administrativos, que en su texto original preveía como remuneración de **TECNOQUÍMICAS** por sus "servicios administrativos", el 1% del total de las ventas netas, por lo que sobra explicar que (aún en el evento en que la relación entre **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** estuviera enmarcada en estos dos contratos), **TECNOQUÍMICAS** tenía interés en el precio, que evidentemente impactaría en el monto total de ventas, máxime si se trataba de un precio artificialmente fijado en ejecución del cartel empresarial objeto de esta actuación administrativa.

Todo lo expuesto muestra que las pruebas aportadas por **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición (tales como contratos, reportes financieros, titularidad de marcas, entre otros), que dan cuenta de los ingresos y egresos que formalmente reportaba **TECNOSUR**, no desvirtúan las conclusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de la participación de **TECNOQUÍMICAS** en un cartel empresarial con **KIMBERLY** y **FAMILIA** en el mercado de pañales desechables para bebé en Colombia.

La mayor prueba de la irrelevancia de este material frente a la determinación de la empresa que fijaba los precios de los pañales y definía las estrategias de mercadeo, está en el hecho de que tal circunstancia no ha variado hoy cuando **TECNOQUÍMICAS** ha vuelto a ser el propietario del 100% de las acciones de **TECNOSUR**. Así, de darse credibilidad a estas pruebas para respaldar la tesis de la recurrente tendría que concluirse que actualmente (año 2016), **TECNOQUÍMICAS** no participa en el mercado de pañales desechables para bebé, no tiene incidencia alguna en la fijación de precios (pues sus ingresos se siguen limitando a los dos contratos suscritos con **TECNOSUR**) y claro, que a pesar de ser la dueña de **TECNOSUR**, se limita a obedecer las determinaciones que sobre precios le comunique dicha sociedad, situación que se aleja de cualquier lógica.

#### **4.1.4. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con que la Junta Directiva de TECNOSUR definía las estrategias de mercadeo y los precios de los productos**

En adición de los anteriores planteamientos, **TECNOQUÍMICAS** insistió en el argumento según el cual, las estrategias de mercadeo y de fijación de precios finales por producto de cada segmento y *tier* de los pañales que se negociaban a diario, no eran definidos por **TECNOQUÍMICAS** sino por la Junta Directiva de **TECNOSUR**.

Al respecto, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido de que a partir del análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente, la Junta Directiva de **TECNOSUR** no fue y no podía ser el escenario en el que se adoptaban las decisiones de fijación de precios finales de cada segmento y *tier* de los pañales que se negociaban a diario en el mercado. De hecho, llama la atención del Despacho que a pesar de que **TECNOQUÍMICAS** insiste en que **TECNOSUR** le comunicaba las decisiones de precios adoptadas supuestamente en las reuniones de Junta Directiva a través de "circulares", después de varios años de investigación durante la cual **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** han aportado al expediente miles de documentos (literalmente) en sus descargos, observaciones al Informe Motivado y el recurso que aquí se decide, no obra una sola copia de las supuestas "circulares" que entregaba **TECNOSUR** a **TECNOQUÍMICAS** con los

<sup>48</sup> Folios 13943 a 13944 del Cuaderno Público No. 61 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

precios decididos en la Juntas Directivas, o al menos cualquier otra prueba de la entrega de dicha información en más de 15 años.

Frente a este último punto, este Despacho advierte que no obstante **TECNOQUÍMICAS** aportó algunos documentos<sup>49</sup> como anexo al recurso de reposición que contienen un informe de actividades promocionales, es claro que este reporte no es una circular de **TECNOSUR** a **TECNOQUÍMICAS** en la que se fije el precio de venta de los pañales, sino que, por el contrario, se trata de comunicaciones internas remitidas entre funcionarios de **TECNOQUÍMICAS** para su ejecución. En ninguna de las comunicaciones aparece **TECNOSUR**, ni en el membrete de los documentos, ni en las firmas, ni en los contenidos.

En efecto, todas las circulares están identificadas como propias de **TECNOQUÍMICAS**, como se visualiza en las imágenes siguientes, que aparecen en la parte superior de los documentos.

1.



2.



3.




ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

<sup>49</sup> Folios 14198 a 14371 del Cuaderno Público No. 62 del Expediente.


"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"


A continuación se expone a manera de ilustración, una copia de una de las circulares:

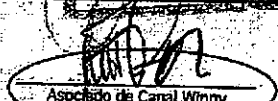


<b>Winnny</b>		Fecha:		Circular:	Referencia:						
Negocio que realiza la actividad:		Año:	Mes:	Día:	Código:						
<b>035</b>		2010	04	05	<b>0705 Actividad Rifas Locatel</b>						
Dirigido a:		Con Copia a:		Tipo de Actividad:							
Gerente Regional de Campo		Gerente de Campo Zona Occidente		ACTIVIDADES PROMOCIONALES							
Supervisores de Piso		Gerente de Campo Zona Oriente		X							
Gerente Mercado Unidad de Negocio		Gerente Nacional de Campo									
Representante de ventas											
Canal(es)/Clasificación(es):			Regional								
<b>091 - Cliente: Locatel</b>			<b>Cundinamarca</b>								
Vigencia de la actividad:			Disponibilidad de la mercancía:								
Desde: 22 de abril de 2010			Hasta: 22 de mayo de 2010								
			INMEDIATA								
<b>Antecedentes:</b>											
En el tipo de formatos de Droguerías Modernas no somos la marca líder. Locatel hace parte de los clientes con formato de Droguerías Modernas y es vital comenzar a ser más agresivos con las actividades que se diseñan para este cliente.											
<b>Objetivos:</b>											
<ul style="list-style-type: none"> <li>* Lograr exposicionar la evacuación un 25% en pañales Winnny en el cliente de manera que ganemos participación.</li> <li>* Premiar a las mamás que compran pañales Winnny con la rifa de una Carpa Winnny 097.1133</li> <li>* Mejorar las relaciones comerciales con el cliente.</li> </ul>											
<b>Mecánica de la actividad:</b>											
<p>1. Durante los meses de abril y mayo se realizará la rifa de la Carpa Winnny en los 8 puntos de venta más importantes. Se envían 8 Carpas código 971133 y 8 buzones código 958034 para instalar la rifa. Se deben conseguir exhibiciones adicionales.</p> <p>Locatel Chapinero                  Locatel Pepe Sierra                  Locatel Calle 94                  Locatel Colina Campesino                  Locatel Galerias                  Locatel Códritos                  Locatel Chía</p> <p>2. Durante la vigencia de la actividad quedan abiertas las siguientes ofertas de muestreo de la nueva línea de Toallitas Naturales Winnny. Por favor referirse a la circular 0599 para ver el portafolio y los precios de las nuevas toallitas y colocarlas en el tiempo que colocan las ofertas que aparecen en la siguiente tabla:</p>											
<b>DEL CÍRCULO</b>											
CÓDIGO	DESCRIPCIÓN	Presentación	Precio	Descontos			Oportunidades	Sin Inv.	Unidad	P. Neto	P. Total
				C/La	C/La	Exc.					
		Código	Unidad	A	B	Act.					
0143550	GOLD ETO 250 x 10 TOA AVENA	30	11.370	10	0	24	0	0	6.590	287	9.974
0117221	SEC E71 x 30 x 10 TOA CALÉN	30	11.290	10	0	24	0	0	6.061	287	9.348
0118720	SEC E72 x 30 x 10 TOA CALÉN	30	11.290	10	0	24	0	0	6.720	287	10.007
0118774	SEC E73 x 30 x 10 TOA CALÉN	30	11.540	10	0	24	0	0	11.850	287	13.728
<b>Responsabilidades:</b>											
<b>Supervisores de Merchandising</b>											
* Garantizar la entrega del material al Gerente de Campo según el anexo.											
<b>Gerente de Cuenta, Gerente de Campo y/o Representante de Ventas</b>											
* Desplegar con el Cliente la actividad											
* Garantizar que las ofertas sean marginales con el mismo porcentaje que los productos que se promocionan.											
* Utilizar los artículos enviados para cada droguería como obsequios por compra inmediata.											
<b>Asociado al Canal Droguerías Winnny</b>											
* Gestionar el envío del material de apoyo con tiempo suficiente para el montaje de la actividad.											
* Matricular los descuentos de las ofertas disponibles así como los toques y las reservas si es el caso.											

EL SUSCRITO NOTARIO SO DE CUI  
 CERTIFICÓ  
 Que la presente fotocopia  
 es exactamente con  
 la copia que tuvo a la vista.  
 22 JUL 2016

  
 Presidente de Cuentas Especiales  
 Armando Barberi

  
 Supervisora Merchandising  
 María Fernanda García

  
 Asociado de Canal Winnny  
 Luis Felipe Puerto

Como puede verificarse a simple vista, el documento se remite desde y hacia áreas y equipos a nivel interno de **TECNOQUÍMICAS** y refiere una actividad realizada por una de sus líneas de negocio identificada con el número 035, que corresponde al negocio de pañales Winnny. Adicionalmente, contrario a lo afirmado por **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición al indicar que "las circulares son autorizadas el (sic) encargado del canal o área de mercadeo de Tecnosur y por el de ventas respectivo de Tecnoquimicas, a fin de que tengan responsables en ambas empresas por su ordenación y ejecución", los funcionarios que firman el documento son todos responsables de la ejecución de la actividad. De hecho, ninguno aparece como empleado de **TECNOSUR**.

A continuación se exponen otros dos ejemplos de las actas que se identifican con otros logos de **TECNOQUÍMICAS**:



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

<b>TECNOQUIMICAS</b>			
Negocio que realiza:		Fecha:	Circular:
Actividad: <b>WINNY (035)</b>		Año: 05 Mes: 05 Día: 25	<b>1666</b>
<b>ACT. DE EVACUACION OSOS WINNY</b>			
Dirigido a:		Copia a:	
Gerente de campo Canal Otras Cadenas	x	Gerente Nal Ventas Autoservicios	x
Repres. ventas Otras Cadenas	x	Gerente Inform. Vtas	x
Admón. Información y Operaciones		Gerente Nal de Campo Autoservici	x
Admón. almacenaje y Transporte		Mercaderistas Autoservicios	x
		Supervisoras Winny	x
Vigencia de la actividad		Tipo de Actividad:	
Desde: JUNIO 1/05 Hasta: JUNIO 30/05		Promoción al Consumidor X Evento de temporada	
		Disponibilidad de Mercadería:	
		INMEDIATA	
<b>CANALES:</b>			
<b>OTRAS CADENAS</b>			
( SE ADJUNTA LOS CLIENTES A LOS QUE SE IMPLEMENTARA LA ACTIVIDAD )			
<b>REGIONAL:</b>			
<b>CENTRO PACIFICO</b>			
<b>ANTECEDENTES</b>			
* Tenemos en algunos clientes exceso de inventarios consecuencia de las colocaciones de los últimos meses.			
<b>OBJETIVOS DE LA ACTIVIDAD:</b>			
Incrementar Evacuación en Pañales durante el mes de junio en estos clientes.			
Garantizar como mínimo el objetivo de espacio de la marca en la categoría.			
<b>MECANICA DE LA ACTIVIDAD:</b>			
Esta actividad se implementará en los siguientes puntos de venta que se mencionan a continuación:			
<b>CLIENTE</b>	<b># OSOS</b>	<b># BOLETAS</b>	<b># VALLAS</b>
Galerías	10	1500	10
Comfaunión	2	300	2
Super Inter	7	1050	7
Comfamiliar Narifio	3	450	3
Mercamas	1	150	1
	23	3450	23

EL SUSCRITO NOTARIO DE CALI CERTIFICA Que la presente fotocopia coincide exactamente con la copia que se encuentra en el libro de actas de la Notaría 3 de Cali a las 22 JUL 2016.

NOTARIA 3 DE CALI  
JULIANA RAMIREZ

El mercaderista o el representante de ventas es el encargado de hacer entrega del OSO (según lo definido para cada cliente) y las boletas en el cliente con el fin de iniciar la evacuación y garantizar que el espacio de la marca Winny negociado. Adicionalmente deben elaborar los buzones para la rifa. El consumidor debe depositar las boletas en este buzón.

Las boletas estarán ubicadas en las cajas registradoras de los clientes para que las entreguen al consumidor por la compra de pañales Winny. Solo se entrega una boleta por acto de compra.

El representante de ventas debe garantizar que la actividad se implemente y se cumpla con el objetivo de espacio en la categoría. Así como también deben tomarle fotos las exhibiciones.

Se adjunta formato de legalización para que sea diligenciado al momento de entrega del OSO al encargado del punto de venta. Este formato debe ser enviado a Cali a Mercadeo de pañales.

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de negocio que realiza la actividad:		Fecha			Circular	Referencia:
035 - WINNY		Año	Mes	Día	2337	VACACIONES INOLVIDABLES CON WINNY
Dirigido a:		Copia a:			Tipo de Actividad	
Gerente de Cuenta	X	Gerente Inform. Ventas	X	Promoción al Consumidor	X	
Asociados de cuenta	X	Gerente Nal. Ventas Autoservicios	X	Promoción al Canal		
Gerentes Regionales de Campo	X	Asociada Nal. Campo Autoservicios	X	Siembra de Producto		
Subgerentes de venta autoservicio	X	Asociado Unidos de Negocio	X	Re-empaque / Re-Lanzamiento		
Rep. de Ventas	X	Gerente de Mercado UN	X	Evento de Temporada		
Súp. de Mercaderías	X	Coordinador programas de impulso	X	Descubiertos		
Supervisores de Impulso Winny	X	Vicepresidencia de Ventas UN	X	Lanzamiento Extensión de Linea		
Admón. Información y Operación	X			Abaja de Precios		
Vigencia de la Actividad:		CANAL:		Disponibilidad de la mercancía:		
DESDE: JULIO 15		HASTA: AGOSTO 31		Inmediata		
GRANDES CADENAS-OTRAS CADENAS				Regionales		
ANTECEDENTES				TODAS		
Esta es la actividad promocional masiva despues de "Mídete con Winny". Se trata de la actividad "VACACIONES INOLVIDABLES CON WINNY". Una atractiva promoción que generará sobre todo lealtad en las mamás gracias a su mecánica promocional.						
<b>OBJETIVOS</b>						
<ul style="list-style-type: none"> <li>Incrementar la evacuación de nuestros productos en los puntos de venta donde exista impulso en un 25%</li> <li>Incrementar el flujo de tráfico de consumidores en los lineajes de Winny donde esté ubicada la actividad</li> <li>Atraer nuevas consumidoras de la marca</li> <li>Generar prueba de producto y premiar a las consumidoras de Winny</li> </ul>						
<b>MECANICA DE LA ACTIVIDAD</b>						
<p>La actividad se debe montar en todos los puntos de venta de Autoservicios donde exista en este momento impulso.</p> <p>La impulsadora debe abordar a todas las mamás que lleguen a la góndola y ofrecerles los productos Winny soportados por la oferta "VACACIONES CON WINNY".</p> <p>Si es la primera compra de Winny, la impulsadora debe entregar a la Mamá una tarjeta plegable para pegar stickers Winny, donde ella acumulará stickers. Por cada compra de una bolsa Jumbo Winny la mamá tiene derecho a reclamar un sticker Winny, el cual debe pegar en uno de los círculos de la tarjeta dependiendo del premio que quiera reclamar. Solo se debe entregar un sticker por cada bolsa Jumbo.</p> <p>Con 1 sticker la Mamá tiene derecho a reclamar a la impulsadora un osito playero</p> <p>Con 2 stickers la Mamá tiene derecho a reclamar a la impulsadora un estuche playero</p> <p>Con 3 stickers la Mamá tiene derecho a reclamar a la impulsadora un bolso playero</p> <p>Con 5 stickers la Mamá tiene derecho a reclamar todo el kit completo que lo conforma: 1 osito playero, 1 estuche playero y un bolso playero.</p> <p>La Mamá tiene la opción de decidir a que premio jugarle.</p> <p>Además de los premios instantáneos, por cada compra de una bolsa Jumbo la mamá tendrá derecho a reclamar una boleta para participar en la rifa de un plan completo a San Andrés con todo incluido para Papá, Mamá y Bebé.</p> <p>Material POP para apoyar la actividad es el siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Cartas-Volante para Stickers coleccionables anunciando la actividad</li> <li>Stickers</li> <li>Boletas para la rifa del viaje, anunciando la actividad.</li> <li>Buzones Winny para las boletas</li> <li>Minivallas anunciando la actividad</li> </ul>						

Lo expuesto es solo un ejemplo de la forma en que están construidas las comunicaciones que son aportadas por la recurrente, que evidentemente solo demuestran que se tratan de comunicaciones que se transmitían a nivel interno de **TECNOQUÍMICAS** entre los diversos grupos relacionados con el mercadeo y venta de los productos, con el fin de implementar diferentes acciones de mercadeo en una de las líneas de negocio de **TECNOQUÍMICAS**, la de pañales para bebé, sin que se evidencie de ninguna forma la intervención de **TECNOSUR** en esa dinámica. De hecho, las circulares aportadas son otra prueba más de la labor desempeñada por **TECNOQUÍMICAS** en la comercialización y mercadeo y la fijación de precios de los pañales Winny.

De otro lado, tal y como se explicó en la Resolución Sancionatoria, en la dinámica del mercado las decisiones sobre los precios y descuentos a ofrecer deben ser adoptadas rápida y oportunamente. Por lo tanto, resulta poco creíble que en la estructura de una compañía, en este caso **TECNOSUR**, la decisión sobre los precios y descuentos que se ofrecen en la operación del día a día, dependa de la reunión mensual de seis (6) personas que conforman la Junta Directiva.

La realidad de la dinámica del mercado observada por el Despacho muestra que la toma de decisiones sobre precios no se hacía en el marco de las reuniones de Junta Directiva de **TECNOSUR**. Así lo explicó claramente **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Representante Legal de **TECNOSUR** y Vicepresidente Senior de absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**):

**"TECNOQUÍMICAS autónomamente desarrolla sus actividades de mercadeo y ventas (...) ha sido un manejo totalmente autónomo de mercadeo y un reporte financiero a la sociedad TECNOSUR a través de su junta directiva. ¿Qué quiere decir eso? Que en ningún momento de la organización, de las juntas directivas se establecen órdenes del día con énfasis en planeaciones de mercadeo o estrategias de mercadeo o**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**tácticas de mercadeo que yo tenga que compartirlas con los miembros de junta directiva**<sup>50</sup>

Además, el mismo **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** en el minuto 39:29 de dicha declaración afirmó categóricamente que en las reuniones de la Junta Directiva de **TECNOSUR** "no se habla absolutamente nada de mercadeo", pues "sería un absurdo yo entregarle mi estrategia al competidor, no cero, todos los temas de la junta directiva son financieros y de aprobación de inversión" –refiriéndose a **KIMBERLY**–, e insistiendo sobre el mismo punto indicó:

**"DELEGATURA:** Explique un poquito al Despacho, doctor **ERNESTO**, esa relación suscitada con el competidor a través de **TECNOSUR**, es decir, toda la operación de **TECNOSUR** está en cabeza de..., es decir, está apalancada por los administradores de **TECNOQUÍMICAS**, ¿Cuál es el rol del competidor, en este caso de Colpapel? ¿Él simplemente recibe los réditos, las utilidades, participa dentro de los proyectos de operación de la compañía? Explíqueme un poquito y precísele al Despacho eso.

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** No participa en absolutamente nada de las estrategias y la planeación de la compañía, doy fe de eso, y puedo dar fe a través de las actas, solamente actúa para recibir réditos, no conoce mis estrategias, no conoce mis planteamientos, solamente, vía aspectos financieros, que inclusive los tenemos muy diferentes, porque yo me imagino que ellos aspirarán a unos números y yo tengo otros números de resultados, en tema de proyección, yo voy a mi ritmo a lo que me da el mercado y a mis posibilidades de desarrollo así que solamente interviene, solamente interviene, en las juntas directivas para recibir los réditos o para aprobar inversiones. Nunca, casi que muy pocos llegan a conocer la planta, por curiosidad, pero ni siquiera, yo creería conocen los miembros de las plantas, las instalaciones están en Villarrica alejados de aquí y como tal, todo lo que tú encuentras dentro de las instalaciones son 100% **TECNOSUR**

51"

A su vez, esta declaración fue corroborada con las actas de las reuniones de Junta Directiva de la compañía, en tanto que en ninguna de ellas se refiere a la fijación de precios y descuentos para la operación de mercadeo de los pañales desechables para bebé comercializados por **TECNOQUÍMICAS**<sup>52</sup>.

Frente a este punto, **TECNOQUÍMICAS** insiste en su recurso en indicar que algunas actas de Junta Directiva de **TECNOSUR** dan cuenta de que esta empresa sí fijaba las estrategias de mercadeo y los precios de los pañales Winny. Sin embargo, después de revisar cada una de las actas a las que se refirió la investigada, así como las demás obrantes en el expediente, se concluye que todas las alusiones a las estrategias de mercadeo y a precios de los productos son a título informativo y se refieren a precios pasados, pues hacen parte de informes rendidos ante la Junta Directiva, en los que se incluyen descripciones de las estrategias y precios que en el pasado han sido implementados por **TECNOQUÍMICAS** (en algunas ocasiones referida como "la administración", situación consistente con el contrato de administración existente), circunstancia que coincide con la declaración de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Representante Legal de **TECNOSUR** y Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) que se acaba de citar.

En relación con este punto, debe resaltarse que en las actas de Junta Directiva que están en el expediente, cada vez que se toma una decisión se indica así en el acta y se deja constancia del contenido de tal decisión y de la votación. Es extraño entonces que en las 81 actas de Junta Directiva que fueron revisadas por este Despacho no se mencione ni una sola vez a los precios como una decisión debatida y tomada en el marco de dicha Junta, ni de la votación que la antecedió, ni las mayorías con que se adoptó dicha decisión, ni que se deje constancia de la lista o listas de precios y porcentajes de descuento que tendrían que ser comunicados posteriormente con total precisión y detalle a su contratista "**TECNOQUÍMICAS**" quien, a manera de una empresa de logística y mensajería, supuestamente se encargaba de entregar los productos y recibir el pago.

<sup>50</sup> Folio 343 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Minuto 10:25.

<sup>51</sup> Folio 343 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Minuto 39:57.

<sup>52</sup> Folio 6369 del Cuaderno Reservado **TECNOSUR** No. 3 del Expediente. Carpeta "Anexo 8. Actas junta directiva#7F96. Ambos archivos contenidos en dicha carpeta.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Así, tal y como se verá en detalle con el análisis de las actas de Junta Directiva, toda la información relacionada con precios o estrategias de mercadeo se miraba como un rutinario reporte financiero. Debe tenerse en cuenta que **KIMBERLY CLARK** invirtió su capital en una sociedad que es en realidad la fábrica de **TECNOQUÍMICAS**, y por lo tanto su necesidad de inversión, desarrollo y sus ingresos dependen única y exclusivamente del negocio que desarrolla **TECNOQUÍMICAS**. Adicionalmente, el reporte financiero formal de **TECNOSUR** incluye toda la actividad de **TECNOQUÍMICAS** y tres de los miembros de Junta Directiva de **TECNOSUR** son directivos de **TECNOQUÍMICAS**, entre los que se encontraba **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**, quien según sus propios empleados<sup>53</sup>, tomaba todas las decisiones de mercadeo de los pañales Winny desde 1980 (antes de la constitución de **TECNOSUR**), entre 1996 y 2009 (cuando no era Representante Legal de **TECNOSUR**), entre 2009 y 2013 (cuando ya era Representante Legal de **TECNOSUR** pero **KIMBELY CLARK** era el dueño del 50%) hasta hoy (cuando **TECNOSUR** es 100% de **TECNOQUÍMICAS**). Por lo tanto, es normal que dentro de las reuniones se hicieran ciertas alusiones a los temas de mercadeo que determinaba **TECNOQUÍMICAS**, pero nunca como una decisión tomada en ese escenario.

A continuación, a manera de ilustración se expondrá el análisis de algunas actas de Junta Directiva de **TECNOSUR**, en las que según el impugnante se tomaban las decisiones de precios, para mostrar que su conclusión es completamente errada y que, por el contrario, las alusiones a cuestiones de mercadeo en las reuniones de Junta Directiva estaban limitadas a reportes, tal y como lo explicó **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS** y Representante Legal de **TECNOSUR**) en su declaración rendida ante esta Entidad.

**- Acta No. 9 del 22 de septiembre de 1999**

El contenido de esta Acta del cual **TECNOQUÍMICAS** pretende demostrar que se fijaban los precios de los pañales, se limita a un "informe" en el que se reportan, tal y como lo explicó **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**, los resultados de las estrategias que ha implementado la "administración". Al respecto, debe tenerse en cuenta que del análisis de todas las actas se concluye que cada vez que se refieren a la "administración" se refieren a **TECNOQUÍMICAS**. El resto del acta se dedica exclusivamente a tratar temas como la ubicación de la planta (**TECNOSUR**) y la calidad de los pañales producidos. En esta ocasión la Junta no tomó ninguna decisión.

**- Acta No. 10 del 18 de febrero del 2000**

La recurrente menciona un contenido en el acta que no existe. Habla de "Resultados de mayo 2000" cuando el acta es de febrero de ese año. De otro lado, el recurrente cita un cuadro en el que se refleja un rubro por gastos de mercadeo que, como ya se explicó, era necesario por el reporte financiero que se hacía para obtener beneficios tributarios. En todo caso, no demuestra decisión alguna sobre los precios o estrategias de mercadeo. Una vez más el acta se limita a temas de producción.

**- Acta No. 11 del 15 de junio del 2000**

Solo se hace un reporte general del negocio en Colombia con base en el estudio de Nielsen y al extracto que cita el recurrente le sigue una gráfica en la que se expresa explícitamente que se trata de la participación de **TECNOQUÍMICAS**.

**- Acta No. 12 del 15 de junio de 2001**

El recurrente solo cita como prueba de su tesis el orden del día, del que no puede concluirse lo sostenido por **TECNOQUÍMICAS**. En todo caso vale la pena señalar que transcurrió un año entre la anterior reunión de Junta Directiva y la reunión de la que se deja constancia en esta acta, lo que demuestra que resulta inverosímil que en este escenario se tomaban las decisiones sobre precios ni estrategias, cuando ningún acta contiene decisiones sobre dichos aspectos, e incluso transcurre un año para volver a reunirse.

**- Acta No. 13 del 21 de agosto de 2001**

<sup>53</sup> Ver declaración de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Representante legal de **TECNOSUR** y Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) rendida en Averiguación Preliminar el 18 de noviembre de 2013.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

El extracto que cita la investigada se trata de un comentario que se hizo a manera de reporte, en el que evidentemente no hay decisión alguna respecto de las estrategias de mercadeo.

**- Acta No. 55 del 20 de marzo de 2009**

La cita a la que alude la recurrente hace parte del reporte financiero de un periodo, y se habla superficialmente de unos precios que probablemente son los precios a los que salía el producto fabricado y no el precio a los canales. Nuevamente no hay ninguna decisión ni discusión de precios. El resto del acta se dedica a cuestiones financieras y de producción.

Las demás actas a las que alude el investigado tienen un contenido análogo y en ninguna hay decisiones relativas a precios o estrategias de mercadeo. Por lo tanto, es claro que la tesis que ha sostenido el recurrente no tiene sustento alguno.

**4.1.5. Análisis del Despacho sobre los argumentos de TECNOQUÍMICAS relacionados con la vinculación laboral de las personas naturales investigadas**

**TECNOQUÍMICAS** manifestó en su recurso de reposición, que contrario a lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, las personas naturales investigadas y sancionadas estaban vinculadas a **TECNOSUR** y por lo tanto fue esta empresa la que habría participado en el cartel empresarial.

Sea lo primero resaltar que si bien el argumento de **TECNOQUÍMICAS** tiene como propósito demostrar que las personas naturales investigadas y sancionadas estaban vinculadas con **TECNOSUR** y, por lo tanto, bajo la premisa según la cual las personas jurídicas actúan a través de las personas naturales fue **TECNOSUR** quien habría participado en el cartel empresarial, lo cierto es que tal y como lo reconoció la misma recurrente, cuatro (4) de las seis (6) personas naturales sancionadas estaban vinculadas formalmente y tenían como empleador a **TECNOQUÍMICAS**, por lo tanto, **TECNOQUÍMICAS** tendría responsabilidad.

Ahora bien, aunque frente a la vinculación de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS** y Representante legal de **TECNOSUR**) y **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** (Gerente de Ventas de **TECNOQUÍMICAS**) no se discute su vinculación con **TECNOQUÍMICAS**, en relación con **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Representante Legal de **TECNOSUR** y Vicepresidente Senior de **TECNOQUÍMICAS**) y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) la recurrente afirmó que sí estaban vinculados formalmente con **TECNOQUÍMICAS** pero dicha vinculación tenía como sustento el contrato de administración suscrito con **TECNOSUR**, por lo tanto, los salarios de dichos funcionarios se cobraban posteriormente a **TECNOSUR** y sus funciones estaban ligadas únicamente a esta sociedad.

Sobre el particular, resulta extraño de esta tesis que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** no estuvieran vinculados formalmente a **TECNOSUR**, especialmente cuando ocupaban los cargos más altos en el negocio de pañales. En el caso de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** es cuestionable además que fuera necesario un vínculo formal con **TECNOQUÍMICAS** cuando tenía calidad de Representante Legal de **TECNOSUR**. En esa medida, llama la atención que la recurrente se tomó el trabajo de aportar los contratos de trabajo de los demás investigados, pero no de estos dos funcionarios, cuyo contrato debería demostrar que sus funciones iban a estar ligadas únicamente a **TECNOSUR**.

Ahora bien, debe resaltarse que la recurrente pretendió justificar esta extraña figura -en la que **TECNOQUÍMICAS** es empleador de ciertos funcionarios pero le cobra sus salarios a **TECNOSUR**-, en el contrato de servicios administrativos ya mencionado, sin embargo, no explica entonces por qué solo funge como empleador de dos (2) empleados mientras que los demás funcionarios tienen formalmente como "empleador" a **TECNOSUR**.

En todo caso, lo cierto es que materialmente **TECNOQUÍMICAS** fungía como empleador de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**. En efecto, así lo indicó el mismo **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**, al afirmar que tenía que rendirle cuentas a su jefe, (Presidente de **TECNOQUÍMICAS** y Representante legal de **TECNOSUR**), en calidad de Vicepresidente Senior de absorbentes:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** (...) yo establezco unos parámetros y planes estratégicos y la presidencia de la organización me los audita y me los aprueba.

**DELEGATURA:** ¿Cuál organización?

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** TECNOQUÍMICAS, porque yo soy funcionario de TECNOQUÍMICAS, entonces me audita a mí mi gran jefe (...)<sup>54</sup>

En la misma línea, **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** indicó:

**DELEGATURA:** ¿Qué funciones cumple usted en la sociedad **TECNOQUÍMICAS**?

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** Soy Vicepresidente Senior de Mercadeo y he estado en los desarrollos estratégicos de la organización en el campo de absorbentes.

**DELEGATURA:** ¿A quién le reporta al interior de la compañía **TECNOQUÍMICAS**?

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ:** Al presidente de la compañía.<sup>55</sup>

De lo anterior da cuenta el correo electrónico del 13 de diciembre de 2005<sup>56</sup> remitido por **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a los demás miembros del cartel empresarial, al que se adjuntaron documentos que condicionaban su aplicación a la aprobación de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS** y Representante legal de **TECNOSUR**):

DEFINICIONES					
•	Se discute el tema de las absorciones				
-	Absorción	Cinta	Cintas	Precio	
-	Tier 4	10 a 12 horas	TR	Velcro	100
-	Tier 3	8 a 10 horas	TR	S	
-	Tier 2+	6 a 8 horas	TR		
-	Tier 2	4 a 8 horas	Poly		
-	Tier 1	< 6 horas	Poly		
-	Tier 0	< 6 horas	Poly		

Al respecto, debe destacarse que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** para entonces sólo ostentaba el cargo de Presidente de **TECNOQUÍMICAS** y no tenía ningún cargo formal en **TECNOSUR**, distinto al de miembro de Junta Directiva, pues solo hasta 2009 fue nombrado como Representante Legal de **TECNOSUR**. Por lo tanto, es claro que **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** dependía y rendía cuentas a **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** en su condición de Presidente de **TECNOQUÍMICAS**.

Adicionalmente, **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** en el minuto 14:15 de su interrogatorio de parte, al preguntársele quién era su jefe, indicó que era **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**<sup>57</sup>, quien como ya se expuso, además de estar vinculado formalmente a **TECNOQUÍMICAS**, afirmó

<sup>54</sup> Folio 343 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Minuto 26:13.

<sup>55</sup> Folio 343 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente. Minuto 28:07.

<sup>56</sup> Correo electrónico del día 13 de diciembre de 2015, remitido **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) y dirigido a **ARTURO CELIS CALDAS (DRYPERS)**, **ALEJANDRO BOTERO ARANGO (FAMILIA)** y **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Representante legal de **TECNOSUR** y Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**), el cual tiene como archivo adjunto una presentación de diapositivas que contiene los compromisos de precios acordados en la reunión que el 12 de diciembre de 2005 se llevó a cabo en Bogotá, con la mención (marca de agua) "*Pendiente discutir con Dr. Barberi*".

<sup>57</sup> Folio 9557 del Cuaderno Público No. 45 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

expresamente ser funcionario de **TECNOQUÍMICAS** y rendirle cuentas al Presidente de **TECNOQUÍMICAS**, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**.

Por lo tanto, es claro que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente Comercial de **TECNOQUÍMICAS**), cabezas del equipo de **TECNOQUÍMICAS** que participó en el mercado y en el cartel empresarial sancionado, eran empleados formal y realmente de **TECNOQUÍMICAS**.

Con base en lo anterior, a pesar de que no obstante **TECNOQUÍMICAS** hubiera pretendido desconocer esta realidad fáctica con un certificado de los cobros realizados a **TECNOSUR** por los salarios de estos dos funcionarios vinculados a **TECNOQUÍMICAS**, lo cierto es que las pruebas del expediente son evidentes en cuanto a que **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) y **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente Comercial de **TECNOQUÍMICAS**) estaban formalmente vinculados con **TECNOQUÍMICAS** y materialmente realizan sus funciones como trabajadores de esta compañía, entre las que se destacan, las propias del cartel empresarial.

Ahora bien, la vinculación formal de las demás personas naturales investigadas se pretende acreditar con sus contratos de trabajo. Sobre el particular debe resaltarse que, en todos los casos, con excepción de **FERNANDO PÁEZ NIETO**, los funcionarios tienen dentro de sus contratos "sustituciones patronales" entre **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**.

En el caso de **FERNANDO PÁEZ NIETO** (Director de Mercadeo – línea de autoservicios de **TECNOQUÍMICAS**), si bien no está la figura de sustitución patronal que se analizará a continuación, llama la atención que el contrato incluye dentro de las obligaciones del empleador, la de "*no prestar directa o indirectamente servicios laborales o de asesoría a otros empleadores, en concordancia con las **Políticas de Personal de Tecnoquímicas***". Así, es evidente que aun cuando el contrato imponía formalmente como empleador a **TECNOSUR**, lo cierto es que incluso formalmente las políticas a las que debía regirse el empleado eran las de **TECNOQUÍMICAS**.

Más allá de la vinculación formal con **TECNOSUR** que pretende acreditarse únicamente con el contrato escrito –que tiene además del empleador otras imprecisiones como el cargo desempeñado, pues en el contrato aparece como "*Gerente de Mercadeo*" mientras que el declarante indicó que era Director de Mercadeo de la línea de autoservicios– el mismo **FERNANDO PÁEZ NIETO** afirmó que su jefe era **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**<sup>58</sup>, que como ya se demostró, estaba vinculada formal y materialmente con **TECNOQUÍMICAS**, también como Gerente de Mercadeo.

La vinculación laboral de los demás funcionarios en **TECNOSUR** se pretende acreditar con contratos, en los que se hizo uso de la figura de "sustitución patronal". Así, los funcionarios investigados entraban como empleados de **TECNOSUR** o **TECNOQUÍMICAS** y para cambiarse de empresa, bastaba con una carta informando la "sustitución patronal".

En ese sentido, es importante recordar que se entiende como sustitución patronal, de acuerdo con el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo "*todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios*".

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el "*fenómeno jurídico de la sustitución patronal ocurre cuando concurren tres elementos, a saber: i) cambio de patrono, ii) continuidad de la empresa y iii) continuidad del trabajador*".<sup>59</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto). Así lo ha desarrollado también, entre otras providencias, la Sentencia T 395 de 2001, en la que se realizó un estudio histórico de la figura de la sustitución patronal, en la que se resalta que al margen de la regulación que la prevé, el elemento esencial ha sido la continuidad de la empresa, entendida desde la misma ley, como la inexistencia de "*variaciones esenciales en el giro de sus actividades*".

<sup>58</sup> Folio 8134 del Cuaderno TECNOSUR Reservado No. 4. Minuto 14:40.

<sup>59</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-415/11.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

En este caso entonces, tendría que darse por entendido que cuando los funcionarios cambian su vinculación formal de **TECNOQUÍMICAS** a **TECNOSUR**, conservan su contrato y con independencia del nombre del empleador, el objeto social de la empresa continúa. Por lo tanto, no podría ser cierto como lo ha sostenido **TECNOQUÍMICAS** que eran empresas completamente independientes, cuyo objeto social, frente al negocio de pañales, no tenía relación alguna, pues mientras **TECNOSUR** producía y comercializaba autónomamente los pañales para bebé, **TECNOQUÍMICAS** se encargaba de transportar y entregar la mercancía y recibir el pago.

Estos contratos retratan a la perfección la realidad de la relación entre **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, explicada en detalle en este acto administrativo y en la Resolución Sancionatoria, pues para **TECNOQUÍMICAS** es irrelevante materialmente que sus funcionarios, encargados del negocio de pañales, estén vinculados con **TECNOQUÍMICAS** o con **TECNOSUR**, pues en cualquier caso van a trabajar bajo las directivas y fines de **TECNOQUÍMICAS**, o como lo señalan los mismos contratos de trabajo, con las "**Políticas de Personal de Tecnoquímicas**".

Así, la sustitución patronal solo es relevante para efectos del reporte financiero que tendrá implicaciones tributarias, por lo que, como se ha dicho reiteradamente, la vinculación formal con **TECNOSUR** de los funcionarios del equipo del negocio de pañales de **TECNOQUÍMICAS** (que como ya se vio, al parecer se identifica entre sus líneas de negocio con el número 035), solo tiene un propósito financiero, pero la subordinación sigue intacta.

Es así como algunos de los investigados como **MAUREM CHEJNE GÓMEZ** se vincula inicialmente en 1998 como empleado de **TECNOQUÍMICAS**, en 2004 lo "sustituyen patronalmente" de **TECNOQUÍMICAS** a **TECNOSUR**, conservando el mismo cargo "Asociado de Mercadeo jr."; en 2005 vuelven a sustituirlo de **TECNOSUR** a **TECNOQUÍMICAS** para el cargo de "Gerente de Cuenta"; en 2006 de **TECNOQUÍMICAS** a **TECNOSUR**, con el cargo "Gerente de Mercadeo" y, en diciembre de 2009 vuelven a sustituirlo patronalmente de **TECNOSUR** a **TECNOQUÍMICAS**, conservando el mismo cargo hasta abril de 2010. En este punto vale resaltar, que de acuerdo con la declaración de **MAUREM CHEJNE GÓMEZ**, cuando ejerció como "Gerente de Mercadeo" participó en el acuerdo anticompetitivo<sup>60</sup>, por lo que es dable concluir que si este mismo cargo lo ejerció entre diciembre de 2009 y abril de 2010 como empleado de **TECNOQUÍMICAS**, entonces en ese periodo su participación vinculó directamente la responsabilidad de **TECNOQUÍMICAS**.

La situación de este funcionario, se replica en los otros investigados, **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** (Asociado del Canal de Droguerías de **TECNOQUÍMICAS**), **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), **VANESSA HATTY BENAVIDES** (Asociada de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en **TECNOQUÍMICAS**), por lo que no puede concluirse cosa distinta a que **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** eran, de cara a la norma laboral, la misma empresa y por lo tanto, la única implicación de la vinculación formal a **TECNOSUR** era de carácter tributario.

Si todo lo anterior no fuera suficiente para demostrar que materialmente todos los funcionarios investigados estaban vinculados a **TECNOQUÍMICAS**, bastaría con recordar que todos eran subordinados de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) quien, como se expuso, estaba vinculada incluso formalmente con **TECNOQUÍMICAS**. De esta forma, de conformidad con el principio de supremacía de la realidad sobre las formas, solo puede concluirse que algunos de los investigados con vinculación formal con **TECNOSUR** dependían y era subordinados de **TECNOQUÍMICAS**, como ha quedado demostrado hasta la saciedad.

Por todo lo expuesto, no existe duda alguna de que todas las personas naturales investigadas estaban vinculadas materialmente a **TECNOQUÍMICAS**.

#### **4.1.6. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con que KIMBERLY controlaba a TECNOSUR**

**TECNOQUÍMICAS** manifestó en su recurso de reposición que, toda vez que a su parecer la Resolución Sancionatoria se equivocó en afirmar que **TECNOQUÍMICAS** ejercía las funciones de mercadeo y comercialización de los pañales producidos por **TECNOSUR**, resulta relevante analizar

<sup>60</sup> Declaración del día 4 de mayo de 2015 (Minuto: 14:37 a 16:52. Folio 8130 del Cuaderno Reservado **TECNOSUR** No. 4 del Expediente.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

el tipo de control que tenía **KIMBERLY** sobre **TECNOSUR**. Al respecto, señaló que al estar integradas **KIMBERLY** y **TECNOSUR**, no podría haber un acuerdo anticompetitivo entre estas empresas porque se trataría de una sola voluntad, y la única responsable de la posible conducta imputada sería **KIMBERLY** como controlante.

Como fundamento de lo anterior, **TECNOQUÍMICAS** sostuvo que el hecho de que **KIMBERLY** contara con el 50% de las acciones de **TECNOSUR** y que adicionalmente un acuerdo de accionistas le otorgara la posibilidad de ejercer un voto de desempate en temas sensibles, se traducía en que **KIMBERLY** tendría la facultad de autorizar todas las decisiones de **TECNOSUR** y, en consecuencia, tendría el control de la misma en los términos del numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, e incluso que dichas sociedades se convertirían en un solo agente en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

Al respecto, este Despacho considera que si bien un análisis sobre el tipo de control que ejercería **KIMBERLY** sobre **TECNOSUR** solo sería pertinente en el evento en que **TECNOSUR** hubiese sido la empresa responsable de las conductas anticompetitivas investigadas, en el presente caso, y de conformidad con lo expuesto en acápites anteriores en los que se indicaron las razones para rechazar los argumentos relacionados con el supuesto rol de **TECNOQUÍMICAS** en el mercado como agente logístico de **TECNOSUR**, dicho análisis resulta a todas luces irrelevante, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria.

En efecto, este Despacho debe reiterar su posición respecto de este argumento ya abordado en la Resolución Sancionatoria, en el sentido que toda vez que se encuentra plenamente demostrado que la empresa que participó en el cartel empresarial de precios fue **TECNOQUÍMICAS** y no **TECNOSUR**, no resulta pertinente entrar a analizar el tipo de control que sobre esta última habría ejercido **KIMBERLY**, pues cualquier determinación al respecto no cambiaría en nada la conclusión del Despacho sobre la responsabilidad administrativa por las conductas anticompetitivas investigadas imputables a **TECNOQUÍMICAS**.

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho debe recordar al impugnante que en abierta contradicción a lo señalado en su recurso de reposición, en el expediente obra evidencia que da cuenta de que los propios directivos de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR** afirmaron que **KIMBERLY** no controlaría a **TECNOSUR** después de realizar la inversión en dicha empresa.

En efecto, mediante el documento de 24 de diciembre de 1998 citado anteriormente, el cual fue firmado y presentado conjuntamente por **TECNOSUR** y **KIMBERLY** a la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco del trámite de autorización de la operación por la que **TECNOQUÍMICAS** vendió del 50% de las acciones de **TECNOSUR** a **KIMBERLY**, los firmantes del documento expusieron una serie de argumentos para demostrarle a la Entidad *"la no existencia, desde el punto de vista jurídico, de un eventual control en la sociedad Tecnosur por parte de Colombiana Kimberly Colpapel"*. Como se muestra a continuación, en este documento **TECNOSUR** y **KIMBERLY** afirmaron libre y conscientemente que la operación no conllevaba a que **KIMBERLY** controlara **TECNOSUR**:

*"Complementando nuestros comentarios sobre la no existencia, desde el punto de vista jurídico, de un eventual control en la sociedad Tecnosur por parte de Colombiana Kimberly Colpapel S.A. (en adelante Colpapel), nos permitimos hacer los siguientes comentarios.*

(...)

*No existe pues, de ninguna manera subordinación y no puede presumirse que se dé en ninguno de los casos señalados porque la documentación presentada hace evidente la no existencia de la misma.*

(...)

*[e]xisten otras condiciones y criterios económicos que impiden per se un cambio en las políticas empresariales y que fueron señalados en el memorial de ayer, en el que se hizo énfasis en la distribución y la prestación de servicios administrativos. Se adjuntaron dos contratos que prueban que este aspecto del negocio está a cargo de Tecnoquímicas. Cómo garantiza Tecnoquímicas que dicha estabilidad se mantenga contractualmente? Básicamente y enmarcado en que su acto no puede estar incurso en la conducta del art. 830 del c. de co. el contrato no podrá terminarse sino por incumplimiento en sus labores o*

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*por mutuo acuerdo. No podrá hacerse por acto unilateral de Tecnosur. No debemos olvidar que estos contratos se firman con Tecnosur y no con Colpapel. De esta manera, no cabe la posibilidad según la cual por la influencia de Colpapel, Tecnosur decida terminar el contrato de distribución o manejarlo a su antojo, ya que deberá hacerlo por decisión corporativa y ésta está sujeta a la aprobación y al veto de Tecnoquímicas. Por ello, existirá estabilidad y autonomía en este específico y diferenciado campo.*

*Tecnoquímicas tiene el manejo de toda la operación. El contrato de servicios administrativos v. gr. Le da, en la cláusula primera "la facultad de [asumir] en forma independiente y de manera estable las prestaciones de los servicios que requiera [Tecnosur] para la atención de la contabilidad, impuestos, procesamiento electrónico de la información, administración de la nómina, administración del recurso humano, atención y pago de proveedores, administración legal y financiera".*

(...)

*La independencia y autonomía de Tecnoquímicas es clara y evidente en este contrato:*

(...)

**En conclusión puede afirmarse que no es lógica ni presumible una situación de control de Colpapel en Tecnosur, con la capitalización en esta sociedad. Una posición en tal sentido daría por sentado que Tecnoquímicas y los otros accionistas estarían totalmente inermes ante decisiones que las afecten a ellos y a sus supervivencia (sic) en el mercado. No debe olvidarse en ningún momento que el restante 50% del capital es igualmente activo y decisorio, con muchos intereses en mantener su participación y manejo del mercado de una línea que ha demostrado es esencial para su existencia corporativa como sociedad colombiana que enfrenta con acierto los riesgos y exigencias de un mercado abierto y competido.**

**La participación de Colpapel en las condiciones señaladas solo confieren un alto grado de neutralidad a las disposiciones sobre las operaciones que pueden celebrar los socios de Tecnosur. Se ha buscado, y creemos haber logrado, con el manejo de la distribución por parte de Tecnoquímicas un sistema que intensifica en grado sumo la competencia en la medida en que todos los agentes que operamos en el mercado podemos ofrecer los mismos productos siempre intentando mejorar la calidad de los mismos en beneficio final del consumidor colombiano quien será el verdadero beneficiario de esta operación financiera.** (Negrilla y subraya fuera de texto)

Como puede observarse de lo anterior, para persuadir a la Superintendencia de Industria y Comercio de que no era necesario objetar la operación propuesta, los solicitantes precisaron que **KIMBERLY** no adquiriría el control sobre **TECNOSUR**, pues este se mantendría bajo el dominio de **TECNOQUÍMICAS**, como consecuencia de las particulares circunstancias en las que fue diseñada la capitalización en comento, tales como la condición de que **TECNOQUÍMICAS** mantendría exclusivamente la administración y operación de **TECNOSUR**, así como que se seguiría encargando, también exclusivamente, de la comercialización y distribución de los pañales producidos por **TECNOSUR**.

En adición de lo anterior, en el expediente también obra una comunicación del 25 de septiembre de 2013, en la que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS**) le manifiesta a **ANTONIO CAICEDO GUTIÉRREZ** (Vicepresidente de LAO de **KIMBERLY**) que la continuidad del control de **TECNOQUÍMICAS** sobre **TECNOSUR**, reflejada en la condición del negocio conocida y aceptada por **KIMBERLY** relacionada con que **TECNOQUÍMICAS** se encargaría exclusivamente de la operación de **TECNOSUR**, incluyendo la distribución y **mercadeo** de los pañales, fue la razón para que la Superintendencia de Industria y Comercio se hubiera abstenido de objetar la operación.

A continuación se presenta el extracto relevante del documento mencionado:

**"Esta situación, lejos de representar nunca un conflicto de interés, fue por el contrario una condición sine qua non para que se permitiese por Tecnoquímicas la inversión que realizó Kimberly. Esta condición, así como el soporte de la administración, fueron conocidos y aceptados por parte de Kimberly y resultaron cruciales cuando la operación le fue informada a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en particular en cuanto a los condicionamientos resaltados en la radicación 98070282-21, los cuales fueron comunicados conjuntamente y con carácter vinculante para ambas partes**

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*y frente a la SIC el 23 y 24 de diciembre de 1998. Fue en razón de ellos que esa entidad consideró que "en las particulares y específicas circunstancias por ustedes señaladas", las cuales implican "que las entidades continuarán siendo empresas independientes", no se requería de información a la SIC, pero advirtiendo expresamente que de desaparecer o cambiar cualquiera de dichos condicionamientos, sería necesario obtener la autorización de integración de esa entidad. (...)" (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Como puede observarse en el mencionado documento, el Presidente de **TECNOQUÍMICAS** reconoce que desde la capitalización de **KIMBERLY** en **TECNOSUR**, siempre fue claro, tanto para **TECNOQUÍMICAS** como para **KIMBERLY**, que la operación no sustraía el control que tenía **TECNOQUÍMICAS** sobre **TECNOSUR**, y que precisamente esa fue la razón por la que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su momento, la autorizó, aunque enfatizando que de desaparecer o cambiar dicha situación, sería necesario iniciar el trámite de autorización de integración ante la Entidad, como era apenas lógico.

En virtud de lo anterior, para este Despacho resulta inaceptable que **TECNOQUÍMICAS** plantee como estrategia de defensa retractarse convenientemente de las afirmaciones de sus más altos directivos en relación con que **KIMBERLY** no controla a **TECNOSUR**, para sostener ahora, en contra de sus propias afirmaciones, que **KIMBERLY** y **TECNOSUR** estuvieron integradas durante el periodo investigado y que conformaban una sola voluntad.

Adicionalmente debe precisársele al recurrente, que en el cartel sancionado también participó **FAMILIA**, con la que **KIMBERLY** no tiene relación de control alguna, por lo que si en gracia de discusión se aceptara **KIMBERLY** y **TECNOSUR** participaban en el mercado como un solo agente, ello no desdibujaría la existencia del cartel empresarial que se sancionó mediante la Resolución No. 43218 de 2016, que dicho sea de paso, está acreditado con innumerables documentos que muestran una relación colusoria tanto de **TECNOQUÍMICAS** con **KIMBERLY** sino también de **TECNOQUÍMICAS** con **FAMILIA**.

En conclusión, el argumento relacionado con la necesidad de analizar el control que ejercería **KIMBERLY** sobre **TECNOSUR** debe rechazarse por cuanto: (i) está demostrado con suficiencia que el participante en el cartel empresarial de precios investigado fue **TECNOQUÍMICAS** y no **TECNOSUR**; (ii) analizar si **TECNOSUR** es controlada por **KIMBERLY** o **TECNOQUÍMICAS** resulta irrelevante porque **TECNOSUR** no fue sancionada al determinarse que no participó en el cartel empresarial investigado; y (iii) este argumento del impugnante contradice lo afirmado por sus propios directivos en pruebas obrantes en el expediente, en las que estos sostuvieron que **TECNOQUÍMICAS** siempre mantuvo el control sobre **TECNOSUR**.

#### **4.2. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con que el acuerdo anticompetitivo no tuvo efectos**

**TECNOQUÍMICAS** manifestó en su recurso de reposición que de haber existido un cartel empresarial de precios en el mercado de pañales desechables para bebé en Colombia, este no habría generado efectos, tal y como lo demuestran los incumplimientos a lo que supuestamente se acordaba y las diversas declaraciones y correos electrónicos.

Al respecto, este Despacho debe advertir, en primer lugar al impugnante, que resulta del todo inútil su argumento, toda vez que procurar que se le exonere por cuanto la conducta anticompetitiva no habría producido efectos en el mercado es a todas luces desacertado, pues es claro que a la luz del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, si una conducta tiene por objeto la fijación directa o indirecta de precios, habrán de imponerse las sanciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, cuando dicha conducta, se reitera, sancionada por objeto, tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado.

Significa lo anterior, que cuando se trate de una conducta sancionada por objeto, obviamente no es necesario demostrar la causación de efecto alguno por cuanto resultaría un contrasentido. Esto es así en Colombia y en todos los países del mundo en los que la infracción está prevista en la ley, tanto por objeto como por efecto.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan por **objeto** la fijación directa o indirecta de precios y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como **efecto** la fijación directa o indirecta de precios.

Los anteriores acuerdos comportan un carácter restrictivo de la competencia, de tal suerte que bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad sancionable por la Autoridad de Competencia, en el caso colombiano, por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así, tal y como lo ha sostenido esta Superintendencia en otras oportunidades<sup>61</sup>, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene la **potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia**<sup>62</sup> para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por **objeto** (objeto<sup>63</sup> + potencialidad = conducta sancionable por objeto). Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que *"Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado"*<sup>64</sup>.

Como ya se indicó, cuando se investiga y sanciona un acuerdo anticompetitivo por **objeto**, no se requiere demostrar el efecto, toda vez que basta con el solo convenio para lograr su represión<sup>65</sup>. Ahora bien, en el Derecho Europeo de la Competencia, en el caso *Société Technique Minière Vs. Maschinenbau Ulm GmbH*, se estableció que para determinar si un acuerdo es anticompetitivo por **objeto**, este debería, sobre la base de un cúmulo de objetivos legales o elementos fácticos, permitir esperar, con un suficiente grado de probabilidad, que se ejercitará un efecto directo o indirecto, actual o potencial, en los remolinos del comercio entre los países miembros. En el caso que nos ocupa, es evidente que la conducta sancionada por objeto tenía más que la potencialidad de afectar la libre competencia, pues esta pretendía que los miembros del cartel empresarial se abstuvieran de competir en precios y en las promociones destinadas al consumidor.

La potencialidad del cartel empresarial sancionado para afectar la libre competencia puede observarse de la declaración de **LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO** (Gerente General de **FAMILIA** desde 1980 hasta 2007) en el interrogatorio que rindió ante esta Entidad, en la que manifestó que las primeras reuniones con competidores de las que tenía conocimiento, se habrían realizado como consecuencia directa de las dificultades que estaban afrontando **KIMBERLY, FAMILIA** y **TECNOQUÍMICAS** por la fuerte competencia entre ellas, la cual concebía como *"guerra de precios y descuentos"* que los iba a *"desangrar"* y sobre la cual necesitaban tomar medidas imperiosas para efectos de *"arreglar"* esa situación.

Lo anterior fue señalado por **LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO** (Gerente General de **FAMILIA** desde 1980 hasta 2007) en los siguientes términos:

*"LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO: (...) En el caso particular de pañales, como les conté, dado el ingreso de **PRODUCTOS FAMILIA** al mercado de pañales, que **KIMBERLY** lo consideraba, y **TECNOQUÍMICAS**, pues un competidor muy formidable porque así es. Se inició una guerra de precios y descuentos que duró tres o cuatro años (...) Algún día, no sé cómo, no sé, como empezaron estas cosas que están hablando en la Habana, pues una guerra y bueno, 'nos vamos a sangrar aquí, venga a ver si somos capaces de arreglar esta guerra', tal como suena.*

<sup>61</sup> Ver Resolución No. 80847 de 2015.

<sup>62</sup> Todas estas expresiones se usan como sinónimas y tienen la misma connotación y alcance en el derecho colombiano de la libre competencia.

<sup>63</sup> El objeto puede ser declarado o no, exteriorizado o no, pretendido o no, buscado o no.

<sup>64</sup> Comisión Europea. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. 2011/C 11/01). Numerales 24-25.

<sup>65</sup> Una distinción en cuanto a los comportamientos anticompetitivos por objeto o efecto puede verse en Korah, Valentine. *Cases and material son EC competition law*, Oxford, Hart, 2006, pág. 47.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

(...)

**FAMILIA:** *¿Puede precisarle al Despacho, aproximadamente cuándo fue la primera reunión de estos temas con la competencia?*

**LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO:** *(...) posiblemente en el 2001 diría yo, pero no puedo dar la respuesta con total certeza."*<sup>66</sup>

Nótese cómo el Gerente General de **FAMILIA** manifiesta que el propósito de las reuniones con **TECNOQUÍMICAS** y **KIMBERLY** era "arreglar" la "guerra de precios y los descuentos" que los estaba "desangrando". Es decir, se evidencia claramente la racionalidad que llevaba implícita el cartel empresarial consistente en evitar la competencia vía precios y descuentos (de forma directa e indirecta), por lo que se puede colegir que existía un incentivo evidente para cumplir los acuerdos colusorios o anticompetitivos a los que se llegaba en el marco de este grotesco cartel empresarial. No se trató de simples reuniones lúdicas o encuentros sociales sino de verdaderos encuentros delictivos (en términos de infracciones a la ley administrativa) entre gentes de negocios, por demás inescrupulosas, con el claro fin de maximizar las utilidades de las compañías para las cuales trabajaban, solo que por la vía de violar la ley y en detrimento del mercado, sus clientes y los consumidores colombianos, fundamentalmente, los más pobres de Colombia y por ende los más vulnerables económicamente hablando.

En conclusión, esta Superintendencia considera que no es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una conducta anticompetitiva, y que la misma deba sancionarse, basta, como se dijo, que la misma tenga la potencialidad para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado o lo que es lo mismo, la libre competencia económica, auspiciada por la misma Constitución Política como derecho colectivo. Dicha posición ha sido avalada por la Jurisprudencia de los Tribunales Administrativos y del Consejo de Estado.

Así, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, tomaron postura respecto de la noción del objeto de las normas de libre competencia económica, diciendo en sentencia del 17 de junio de 2004 que:

*"Y es que la conducta investigada no requiere para su sanción que se demuestre la producción de un daño, pues lo que se castiga es el acuerdo asumido por los agentes económicos en cuanto a las implicaciones que representa en desmedro de los usuarios de determinar si los precios resultan inequitativos o no." (Negrilla fuera de texto)*<sup>67</sup>.

También la Sección Primera del Consejo de Estado mediante providencia del 28 de enero de 2010, al referirse al objeto de los acuerdos anticompetitivos sostuvo que:

*"el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios –sea cual sea su naturaleza- es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios. Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio – y que dicho sea de paso, no demostró-, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios". (Negrilla fuera del texto)*

Ahora bien, independientemente de que la conducta investigada bien pudo ser sancionada solamente habiendo demostrado su objeto anticompetitivo, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que el escandaloso cartel empresarial conformado por más de una década por **KIMBERLY**, **FAMILIA** y **TECNOQUÍMICAS**, se cumplió y generó un impacto en el mercado colombiano de pañales desechables para bebé. En este sentido, debe reiterarse que esta conclusión no se desvirtúa con la existencia de los desvíos puntuales, ocasionales y excepcionales

<sup>66</sup> Folio 7600 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente. Minuto 2:13 de la segunda parte.

<sup>67</sup> Véase: Sentencia del 17 de junio de 2004, Subsección A, Sección Primera, Tribunal Administrativo de Cundinamarca. M.P. Susana Buitrago Valencia, Bogotá D.C.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

respecto de los compromisos asumidos por los co-cartelistas a los que hace alusión **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición, sobre todo en un cartel de precios que, como el acá investigado y sancionado, tiene una duración muy extensa y un número considerable de miembros. Una de las pruebas que indican en un cartel de larga duración, que la conducta sí se ejecutó y sí surtió efectos en el mercado, es precisamente el hecho de que sus integrantes se reprochen ciertos incumplimientos a los largo de la existencia del cartel empresarial. Eso muestra que la costumbre, que lo ordinario, que lo común es el cumplimiento y lo excepcional, lo extraordinario, lo no rutinario sea precisamente el incumplimiento.

En efecto, este argumento debe ser rechazado, pues en adición de las pruebas que se presentaron en la Resolución Sancionatoria que dan cuenta de que el acuerdo cartelista de precios se cumplió y tuvo un impacto en el mercado colombiano, debe advertirse que sale de toda lógica que un cartel empresarial confesado por dos (2) de sus tres (3) integrantes haya sido mantenido por más de una década si lo acordado nunca había sido cumplido. Por el contrario, lo razonable y deducido a partir de las pruebas obrantes en el expediente es que, como se explica a continuación, los incumplimientos referidos, además de ocasionales, sean normales en la dinámica del funcionamiento de un cartel empresarial con las características del investigado, como ocurre en todos o casi todos los casos de carteles empresariales de larga duración. Nada raro tiene y por el contrario tiene toda la lógica, que en las organizaciones o carteles al margen de la ley, sus miembros se traicionan, se incumplen, se delatan, se hacen trampas y se hacen zancadillas como también, son fieles, cumplidores y leales en relación con sus acuerdos al margen de la ley. Con razón se dice que, en los carteles empresariales u organizaciones al margen de la ley, en algunas ocasiones ocurren cosas que, incluso, hasta legales son.

Ciertamente, y tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, la doctrina especializada ha reconocido que las desviaciones de lo pactado son un aspecto connatural de los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica y, por esa razón, se reconoce como uno de los factores que determinan el éxito de un cartel, el que sus participantes cuenten con mecanismos para detectar y sancionar esas desviaciones ocasionales<sup>68</sup>, como en efecto ocurrió en el presente caso. Es decir, si la eventualidad de desviaciones no fuera una posibilidad en el comportamiento de todos o algunos de los cartelistas, el cartel empresarial no tendría toda una dinámica para vigilar su cumplimiento efectivo en el mercado. Por regla general, no hay cartel empresarial sin mecanismos de cumplimiento que garanticen que lo acordado se está verificando en el mercado.

Para ilustrar nuevamente este punto al impugnante, a continuación se presentan algunas de las múltiples pruebas obrantes en el expediente y expuestas en la Resolución Sancionatoria que dan cuenta de que efectivamente el acuerdo se materializó en el mercado.

Un ejemplo es el correo de asunto "*RV: Notas*"<sup>69</sup> que **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**) remitió el 8 de noviembre de 2007 a **MARUEM CHEJNE GÓMEZ** (para entonces Gerente de Mercadeo para el canal tradicional de **TECNOQUÍMICAS**), **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) y **FERNANDO PÁEZ NIETO** (para entonces Director de Mercadeo para el Canal Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS**):

*"De: Pablo Felipe Calle Noreña  
Enviado el: Jueves, 08 de Noviembre de 2007 09:26 a.m.  
Para: 'mchejne@tecnoquimicas.com'; 'Galvis, Maria Ximena'; 'Fernando Paez Nieto'  
Asunto: RV: Notas*

*De acuerdo, muy importante que nos reunamos.*

*Me parece que con el tema de Notas y actividades basadas en precio, Están mal acostumbrando al comercio, a ver quién les da más...El día que no les den qué??*

*Si no le dan a todo el mundo genera inequidad y resentimiento y si le dan a todo el mundo, ¿Cuánto vale?*

<sup>68</sup> LEVENSTEIN, Margaret C. y SUSLOW, Valerie Y. What determines cartel success? Journal of Economic Literature. Vol. 44. No. 1 (Marzo, 2006). Págs. 43 a 95.

<sup>69</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "Nota", con ruta de acceso: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Además de las notas de ambos que son dañinas, veo con preocupación los niveles de descuento de ambos.

Tengo infinidad de facturas recientes de ambos a clientes de Supermercados independientes, pañaleras, mayoristas de todo el país con descuentos entre 3%-7%.

Están devolviendo los precios de la categoría 2 años.

**A este paso, nos va a costar volver retomar el positivo ritmo que traíamos de generación de valor**

Me parece urgente la reunión, sugiero martes 13 o viernes 16 de noviembre en Medellín.

Favor confirmar

Saludos".<sup>70</sup> (Negrilla fuera del texto original)

Como puede observarse, esta prueba da cuenta de que aunque efectivamente se presentó una reclamación por los niveles de descuentos ofrecidos por las empresas involucradas en el acuerdo cartelista de precios, el remitente fue explícito al afirmar que comportamientos como los que refirió dificultarían "volver a retomar el positivo ritmo que traíamos de generación de valor". Evidentemente queriendo decir que con anterioridad el acuerdo venía ejecutándose y generando valor para las empresas cartelistas. Bajo ningún contexto esta afirmación podría ser realizada si en efecto el cartel empresarial no se hubiera ejecutado con anterioridad y otorgado réditos a sus participantes.

Otra prueba de la ejecución del cartel empresarial es el correo electrónico del 13 de diciembre de 2007<sup>71</sup>, con asunto "*Precios droguerías*", remitido por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), con copia a **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (para entonces Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**). Este documento, que contiene una reclamación de **TECNOQUÍMICAS** hacia **KIMBERLY**, da cuenta de que estaban ejecutando los compromisos adoptados en el marco del acuerdo ilegal de precios y que, precisamente por esa circunstancia, se estaba formulando la queja en cuestión:

"De: Andrea Madriñan [mailto:amadrinan@tecnoquimicas.com]

Enviado el: jueves, 13 de diciembre de 2007 3:35 p. m.

Para: Galvis, Maria Ximena <Maria.Ximena.Galvis@kcc.com>

CC: Pablo Felipe Calle Noreña <pablocn@familia.com.co>

Asunto: Precios droguerías

Ximena, cómo estás?? Te cuento que acabo de hablar con la persona encargada de droguerías y me informa que **tu precio sigue abajo un 3% por debajo de pequeñín y mío**. (has estado prácticamente 9 meses con el precio 3% abajo). Quiero saber si vas a seguir con estos precios. Pues de ser así me toca bajarme. Me dijiste que el 3 de diciembre esto quedaba arreglado pero **tengo facturas de ayer y el precio sigue malo. Me parece una bobada que no subas el 3% cuando pequeñín sí subió el mes pasado y tu compromiso era hacerlo el 3 de dic. (...)**<sup>72</sup> (Negrilla fuera del texto original).

Aquí se observa un claro cumplimiento de lo acordado en el cartel empresarial. La frase de **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (para entonces Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) es absolutamente ilustrativa: "(...) **Me parece una bobada que no subas el 3% cuando pequeñín sí subió el mes pasado y tu compromiso era hacerlo el 3 de dic (...)**". En efecto,

<sup>70</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "Nota", con ruta de acceso: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

<sup>71</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "*Precios droguerías (sic)*" con extensión .msg. Ruta: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

<sup>72</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "*Precios droguerías (sic)*" con extensión .msg. Ruta: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\2. PABLO\_CALLE-GERENTE\_TRADING\_MARKETING\correos encontrados evidencia 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

nótese cómo se evidencia que como resultado del acuerdo uno de los cartelistas que comercializaba la marca **PEQUEÑÍN** ya había subido anteriormente el 3% de los precios de sus pañales desechables para bebé.

Adicionalmente, se encuentra el correo del 27 de enero de 2009<sup>73</sup>, de asunto "*Análisis de precios*", remitido por **ANDREA MADRIÑÁN OLANO** (para entonces Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a varios funcionarios de **TECNOQUÍMICAS**, en el que la remitente, aunque refirió la existencia de algunas desviaciones por parte de **KIMBERLY** y **FAMILIA**, dejó claro que "*tanto Pequeñín como Winny están empezando a verse reflejado el incremento de precios en el canal tradicional*". Como puede observarse, este correo evidencia, sin el menor de asomo de duda, que se estaba ejecutando el acuerdo cartelista y que los efectos de precios altos ya se estaban reflejando.

En la misma línea, en el correo del 11 de agosto de 2011<sup>74</sup>, con asunto "*Precios Pequeñín Julio y Agosto*", que tiene el archivo adjunto "*Precios Pequeñín Julio y Agosto 2011.ppt*", **JUAN PABLO GRECH VIVAS** (para entonces Gerente de Mercadeo de Winny de **TECNOQUÍMICAS**) manifiesta a varios funcionarios de **TECNOQUÍMICAS** que en algunas plazas, **FAMILIA** estaba incumpliendo el acuerdo cartelista porque ofrecía muestras por la compra de sus productos. Sin embargo, en el correo también se precisó que en otras plazas, como las de Medellín y Bucaramanga, **FAMILIA** sí estaba vendiendo al precio acordado y no estaba dando obsequios. Lo anotado en el correo se corroboró con la factura que aparece en su archivo adjunto, que evidencia que en Bucaramanga **FAMILIA** estaba ejecutando lo pactado. El sello "**SI CUMPLEN ACUERDO**" es prueba inequívoca de que los acuerdos se ejecutaban y surtían efectos en el mercado.

**CASO 5**

REPT. PUESTOS Y GASTOS SUJEC. SUJEC. Y STA. LTDA.  
 Calle Real, No. 100 - 1000000 - Bogotá, D.C. - Colombia  
 Teléfono: (57) (1) 434 4343 - Fax: (57) (1) 434 4343  
 E-mail: info@rept.com.co - Web: www.rept.com.co

Fecha: 03/08/2011

Orden No. 001140 - No. Pedido 140-423347

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	PRECIO UNITARIO	TOTAL
PAÑALES DESCHABLES PARA BEBÉ	10.000	1.000	10.000
PAÑALES DESCHABLES PARA BEBÉ	10.000	1.000	10.000
PAÑALES DESCHABLES PARA BEBÉ	10.000	1.000	10.000
TOTAL			30.000

VER EXCEPCIÓN  
 VTA. ORDENADA 24% 0 4.200  
 ZANOSOS 0 0 0  
 TOTAL 0 0 0

**SI CUMPLEN ACUERDO**

Hoja 0 de 0 de Agosto de 2011 - Caso 5 - Julio y Agosto en Bucaramanga

Subtotal 10.000,00 - Precio de compromiso 10.000,00

Como se precisó en la Resolución Sancionatoria, las anteriores pruebas son contundentes en cuanto a que si bien en el prolongado lapso de vigencia del cartel empresarial existieron algunas desviaciones respecto de lo pactado, **KIMBERLY**, **FAMILIA** y **TECNOQUÍMICAS** ejecutaron regularmente los compromisos que asumían en el marco de esa dinámica. De hecho, como se dijo anteriormente, las reclamaciones por incumplimientos ocasionales deben verse no como prueba de la ausencia del cartel empresarial sino como acreditación de su efectiva ejecución.

En conclusión, el argumento de **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición relacionado con que no existió cumplimiento del acuerdo y, por tanto, tampoco tuvo efecto, además de ser inútil porque la conducta bien puede ser sancionada por objeto, quedó plenamente desvirtuado con las pruebas anteriormente expuestas, que evidencian que el acuerdo de precios en el mercado de pañales desechables para bebé en Colombia fue ejecutado y cumplido efectivamente entre los años 2001 y, hasta por lo menos el 2012.

<sup>73</sup> Folio 3663 a 3664 del Cuaderno Reservado SIC No. 10 del Expediente.

<sup>74</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado **TECNOQUÍMICAS** No. 1 del Expediente, archivo "*Precios Pequeñín Julio y Agosto*", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\DOCUMENTOS\PLAN 2011\AGOSTO 2011.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Si los investigados insisten en que el acuerdo no surtió efectos en el mercado porque nunca se cumplieron los ilegales pactos colusorios de precios (directos o indirectos), sencillamente, están mintiendo de forma contraevidente respecto de las múltiples pruebas que obran en el expediente.

#### **4.3. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con el monto de la sanción**

**TECNOQUÍMICAS** manifestó en su recurso de reposición que en la Resolución Sancionatoria no se indicó cuál es el peso de cada uno de los factores establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para la graduación de la multa.

Así mismo, señaló **TECNOQUÍMICAS** que no se probó cuál fue el impacto de la conducta y que las supuestas falsedades en que incurrió al afirmar que **TECNOQUÍMICAS** no participaba en el mercado y que **TECNOSUR** se involucró en la práctica restrictiva por instrucción de **KIMBERLY**, eran simples discrepancias con la Autoridad de Competencia, por lo que no podían tomarse como una conducta procesal reprochable del investigado. En similar sentido, señaló que la conducta procesal no constituye una circunstancia de agravación, pues no está prevista como tal en la Ley 1340 de 2009.

Frente a estos argumentos, este Despacho considera relevante referirse en primer lugar a que, en consonancia con lo sostenido en anteriores decisiones, la dosificación de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad de Competencia en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control (policía administrativa económica) atienden a la discrecionalidad que tiene la autoridad para su graduación, claro está, sujetándose a los principios legales y al rango máximo que permite la norma.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)"<sup>75</sup>. (Negrillas fuera de texto).*

Ahora bien, en cuanto a los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho también reitera lo señalado en decisiones anteriores en el sentido de que los mismos no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación<sup>76</sup>, como es apenas natural y obvio.

Esta posición ha sido validada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como se observa en el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado relativo a la dosificación de la sanción en materia administrativa:

*"(...) **la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"<sup>77</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto).***

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación no impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "razonamiento expreso y especial" sobre la

<sup>75</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

<sup>76</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 del 19 de noviembre de 2013. Versión Pública Hoja No 90.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Por esta razón, tampoco es de recibo el argumento de **TECNOQUÍMICAS**, según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no indicó cuál fue el peso de cada uno de los factores contemplados en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para la graduación de la multa, pues ello no es obligatorio según las voces de la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, máximo órgano judicial de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, se recuerda al impugnante que en aras de garantizar en grado máximo el derecho de defensa de los investigados, así como de brindarles las mayores garantías posibles para controvertir la decisión tomada, en la Resolución Sancionatoria el Despacho incluyó en los siguientes términos una ponderación particular de los criterios aplicables mencionados en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para la graduación de la multa:

*"Frente al impacto de la conducta en el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el cartel empresarial generó efectos perjudiciales en el mercado, en la medida en que evitó que, por más de once (11) años, los precios fueran el resultado de una dinámica de competencia entre los agentes de mercado investigados, y no de unas condiciones artificiales como ocurrió en el presente caso.*

*Se encontró acreditado que la principal variable afectada por el cartel empresarial fue el precio por unidad de producto, precisamente por la adopción de listas de precios entre competidores, restricciones adoptadas de manera común en las ofertas y promociones a los distribuidores y adopción de políticas y estrategias estandarizadas por parte de los cartelistas.*

*De otro lado, debe llamarse la atención sobre el producto que fue objeto de cartelización. En este sentido, el Despacho reconoce que el cartel empresarial en el que estuvieron los aquí sancionados por más de una década recayó sobre un producto de consumo masivo, en donde las empresas cartelizadas cuentan con cerca del 85% de participación del mercado. Adicionalmente, como se indicó previamente, para 2014 existían 2.028.849 hogares en Colombia con niños de hasta 2 años de edad, de los cuales 1.653.072 pertenecen a los estratos 0, 1 y 2 quienes se verían más afectados por el sobre costo generado por el cartel empresarial, toda vez que su gasto en pañales desechables para bebé representa una mayor proporción de su ingreso<sup>78</sup>. Además, dada la capacidad adquisitiva de estos hogares, el impacto del cartel empresarial podría implicar o comprar menos pañales de los requeridos o incluso dejar de adquirir el producto como consecuencia del sobre costo derivado del cartel empresarial o dejar otras necesidades básicas insatisfechas.*

*Significa lo anterior que los hogares colombianos de más bajos recursos, estos es, los pertenecientes a los estratos 0, 1 y 2 representan el **81.48%** de los hogares colombianos que tienen niños entre los 0 y los 2 años de edad, que suman un total de **1.826.574** de niños que pertenecen a los estratos más bajos mencionados. Estas cifras arrojan la lamentable conclusión que el cartel empresarial en el que incurrieron **KIMBERLY, FAMILIA** y **TECNOQUÍMICAS** por más de una década (2001-2012), tuvo un impacto preponderante (**81.48%**) en los niños entre 0 y 2 años de los hogares con menores recursos del país.*

*Sobre la dimensión del mercado afectado, de acuerdo con la participación de los investigados en el mercado afectado, la conducta infractora afectó por lo menos el 85% del mismo en todo el territorio nacional.*

*En cuanto al grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **TECNOQUÍMICAS** fue participante activo durante todo el tiempo en que se ejecutó el cartel.*

*Con respecto al beneficio obtenido por el infractor con la conducta, está demostrado que **TECNOQUÍMICAS**, junto con los demás cartelistas, desarrollaron estrategias que les permitieron determinar las condiciones del mercado (específicamente los precios de los pañales) y compartir información de índole reservada, librándose así de las cargas de actuar en competencia por más de una década.*

<sup>78</sup> Según la Encuesta de Ingresos y Gastos del DANE en 2008, el ingreso medio de los hogares estrato 0 fue de \$174.500, el de los hogares estrato 1 de \$453.000 y el de los hogares estrato 2 de \$709.000.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **TECNOQUÍMICAS** mintió como parte de una estrategia encaminada a demostrar que no tuvo participación alguna en el cartel empresarial investigado y que **TECNOSUR** se involucró en la práctica restrictiva por instrucción de **KIMBERLY**, circunstancia que, tal y como se ha demostrado en esta Resolución, es abiertamente falsa. Para el desarrollo de esta estrategia de defensa, reprochable desde el punto de vista de su conducta procesal, **TECNOQUÍMICAS** instruyó a las personas naturales vinculadas a la investigación como facilitadores de su conducta, para que mintieran en el mismo sentido, llegando incluso a contradecirse abiertamente con declaraciones anteriores al Pliego de Cargos cuando no tenían conocimiento de una actuación administrativa en su contra."*

A partir del anterior ejercicio, se impusieron las multas respectivas, no sin dejar de indicar que la infracción al régimen de protección de la libre competencia económica sancionada, comportaba la mayor gravedad y ameritaba el máximo reproche por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia, pues se trató de una infracción en la modalidad de cartel empresarial, que afectó fundamentalmente las condiciones de precios y prebendas al consumidor en el mercado de pañales desechables para bebé, con efectos demostrados en él, con una duración superior a una década (2001-2012), en un producto de consumo masivo en todos los estratos socio-económicos, con co-cartelistas con una alta participación conjunta de mercado y en el que **TECNOQUÍMICAS** ha tenido y tiene una participación individual de mercado significativa. En ese sentido, debe reiterarse que diferentes autoridades de competencia en el mundo han reconocido lo nocivo que resulta para el mercado y sus participantes la realización de este tipo de prácticas anticompetitivas<sup>79</sup>, al punto que la **OCDE** ha reconocido la cartelización empresarial como una de las conductas más nocivas y escandalosas en que un empresario puede involucrarse en detrimento de las normas de competencia<sup>80</sup> y por ende en la capacidad de compra de la Nación como un todo, como lo han señalado importantes expertos.

En adición de lo anterior, debe tenerse en cuenta que una gran parte de las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que **TECNOQUÍMICAS** mostró su liderazgo en la ejecución del cartel empresarial investigado (al convocar a las reuniones, determinar los compromisos a los que se había llegado y enviarlos a sus competidores, instar por su cumplimiento, recriminar los incumplimientos ocasionales, entre otras). El comportamiento de **TECNOQUÍMICAS** fue el de un líder, en este caso, un líder dentro de un nefasto cartel empresarial, patrocinado y dirigido internamente por los más altos directivos y por más de una década, lo que demuestra que la cartelización se incrustó o hizo parte del ADN de **TECNOQUÍMICAS**.

Así las cosas, este Despacho precisa al impugnante que, contrario a lo afirmado en su recurso de reposición, en el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio hizo uso de los criterios de los que trata el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, cuando los mismos fueren aplicables.

De otra parte, **TECNOQUÍMICAS** reprochó el análisis del criterio de impacto en el mercado efectuado en la Resolución Sancionatoria, aduciendo que, teniendo en cuenta que toda conducta anticompetitiva tiene un impacto importante en el mercado, no debería existir un criterio de graduación para el "impacto", pues siempre tendría que aplicarse el peso que a este se dé en su totalidad.

Este argumento debe rechazarse por ser abiertamente desacertado, comoquiera que en la Resolución Sancionatoria no solo se demostró que el cartel empresarial de precios se ejecutó efectivamente en el mercado por más de una década y por ende tuvo todos los efectos anticompetitivos que se le deben atribuir a una violación de la libre competencia económica de tal magnitud, sino que se explicó en detalle el alto impacto que tuvo la conducta ilegal investigada al estar asociada con un producto esencial y altamente sensible para la economía de los hogares colombianos como lo son los pañales desechables para bebé. Lo anterior, teniendo en cuenta que cada conducta anticompetitiva tiene impactos diferentes en el mercado y la economía, dependiendo el contexto en que se desarrolle.

<sup>79</sup> En lugar de competir el uno con el otro, los miembros del cartel acuerdan el curso de acción a seguir, lo que reduce sus incentivos para proveer nuevos y mejores productos y servicios a precios competitivos. Como consecuencia, sus clientes (consumidores y otros empresarios) terminan pagando más por menos calidad de los productos. (traducción libre, disponible en: [http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html)).

<sup>80</sup> Tomado de OCDE, 1998. Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Así mismo, en la Resolución Sancionatoria se hizo especial énfasis en que el impacto de la conducta se incrementa en gran medida, si se tiene en cuenta que las empresas cartelizadas cuentan con cerca del 85% de participación del mercado y que el gasto en pañales desechables para bebé habría representado una mayor proporción del ingreso de los hogares más pobres de Colombia. En efecto, este Despacho señaló que para 2014 existían 2.028.849 hogares en Colombia con niños de hasta 2 años de edad, de los cuales 1.653.072 pertenecen a los estratos 0, 1 y 2 quienes se verían más afectados por el sobre costo generado por el cartel empresarial, toda vez que su gasto en pañales desechables para bebé representa una mayor proporción de su ingreso<sup>81</sup>. Además, dada la capacidad adquisitiva de estos hogares, el impacto del cartel empresarial podría implicar o comprar menos pañales de los requeridos o incluso, dejar de adquirir el producto como consecuencia del sobre costo derivado del cartel empresarial o, dejar otras necesidades básicas insatisfechas.

En la misma línea, se agregó que los hogares colombianos de más bajos recursos, esto es, los pertenecientes a los estratos 0, 1 y 2 representan el 81.48% de los hogares colombianos que tienen niños entre los 0 y los 2 años de edad, que suman un total de 1.826.574 de niños que pertenecen a los estratos más bajos mencionados. Estas cifras arrojan la lamentable conclusión: el cartel empresarial en el que incurrieron **KIMBERLY, FAMILIA y TECNOQUÍMICAS** por más de una década (2001-2012), tuvo un impacto preponderante (81.48%) en los niños entre 0 y 2 años de los hogares con menores recursos del país.

De acuerdo con lo anterior, nótese que el Despacho indicó en la Resolución Sancionatoria el alto impacto sobre el mercado que tuvo la conducta investigada, en el sentido que demostró que en virtud del acuerdo cartelista, efectivamente ejecutado por las empresas investigadas, se afectaron las principales variables de competencia en el mercado y, por ende, los beneficios al consumidor y la eficiencia económica, ocasionando el impacto económico negativo referido anteriormente. Recuérdese que se demostró que las principales variables de competencia en el mercado fueron distorsionadas, reducidas y en algunos casos incluso eliminadas. Se evidenció que las empresas cartelistas acordaron no competir en el precio de los pañales ofrecidos, ya sea directamente mediante alzas en los mismos o indirectamente mediante el desmonte o reducción de promociones y obsequios a los consumidores. Por las anteriores razones, probado como lo está que el cartel empresarial de precios de los pañales desechables para bebé en Colombia fue ejecutado durante más de una década, no puede aceptarse como un ejercicio teórico señalar el impacto de la conducta, como lo reprocha **TECNOQUÍMICAS**.

Ahora bien, tasar cuantitativamente ese impacto negativo como lo pretende **TECNOQUÍMICAS**, es darle a la norma atribuciones que no tiene, toda vez que la misma se limita a señalar que la Autoridad de Competencia tendrá en cuenta el "*impacto que la conducta tenga sobre el mercado*", sin que se determine que dicho impacto deba ser cuantificado. El objeto de tener en cuenta este criterio cuando sea pertinente hacerlo, no es otro que permitir a la Autoridad de Competencia aplicarle a la sanción a imponer, un componente que dependa de si considera que el impacto potencial o efectivo de la conducta pueda afectar en mayor o menor medida, como en el presente caso, a un sector altamente sensible de la población, entre otros factores. Una cosa es el impacto de la conducta en el mercado (que está probado) y otra cosa bien distinta es poder determinar o no poder determinar la utilidad percibida por el infractor como consecuencia de su conducta. Una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa, como popularmente se dice.

Por último, en relación con el argumento presentado por **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición según el cual la conducta procesal no constituye una circunstancia de agravación, pues no está prevista como tal en la Ley 1340 de 2009, este Despacho tiene las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el Despacho mantiene su posición en cuanto a que resulta del todo reprochable la estrategia de defensa de **TECNOQUÍMICAS** de mentir abiertamente para intentar demostrar que no tuvo participación alguna en el cartel empresarial investigado y que **TECNOSUR** se involucró en la práctica restrictiva por instrucción de **KIMBERLY**, circunstancia que, tal y como se demostró en la Resolución Sancionatoria es totalmente falsa.

<sup>81</sup> Según la Encuesta de Ingresos y Gastos del DANE en 2008, el ingreso medio de los hogares estrato 0 fue de \$174.500, el de los hogares estrato 1 de \$453.000 y el de los hogares estrato 2 de \$709.000.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

En efecto, para este Despacho es altamente censurable, e incluso una posible comisión de conductas punibles relacionadas con los delitos de falso testimonio, fraude procesal o cualquier otra contra la eficaz y recta impartición de justicia, el hecho de que para el desarrollo de su estrategia de defensa, reprochable desde el punto de vista de su conducta procesal, las personas naturales investigadas como facilitadores de la conducta de **TECNOQUÍMICAS** hayan mentido manifiestamente, llegando incluso a contradecirse abiertamente con declaraciones anteriores al Pliego de Cargos, cuando todavía no tenían conocimiento de una actuación administrativa en su contra. Decir una cosa cuando se suministra información y decir otra cosa, cuando ya se tiene un Pliego de Cargos, es conducta reprochable, sin duda alguna.

Las declaraciones mentirosas y contradictorias fueron expuestas en detalle en la Resolución Sancionatoria, en la cual se demostró con suficiencia, que no fueron conformes con la realidad de los hechos y que solo obedecieron a una estrategia de defensa del todo reprochable, además de infructuosa. Por lo tanto, tampoco puede aceptarse el argumento de **TECNOQUÍMICAS** en su recurso de reposición, según el cual el reproche a las declaraciones mentirosas y contradictorias, se trató simplemente de una diferencia de opiniones entre la Superintendencia de Industria y Comercio y el investigado en ejercicio del derecho de defensa, pues como se dijo, no puede sostenerse que falsedades y contradicciones probadas, sean equiparables a un derecho de contradicción ejercido de manera recta. Poca ética, muestra quien pretende justificar lo uno en lo otro.

Así las cosas, al momento de dosificar la sanción a imponer, el Despacho consideró que aunado a que la participación de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel investigado ameritaba el máximo reproche y por ende, la máxima multa, su conducta procesal no podría pasar desapercibida, por lo que en la Resolución Sancionatoria se indicó que la misma constituía una circunstancia de agravación de la sanción del diez por ciento (10%).

En efecto, el Despacho señaló que la infracción al régimen de protección de la libre competencia económica por parte de **TECNOQUÍMICAS** y los otros miembros del cartel empresarial, resultó ser de la mayor gravedad, ameritando el máximo reproche por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia, pues se trató de una infracción en la modalidad de cartel empresarial que afectó fundamentalmente las condiciones de precios en el mercado, con una duración superior a una década (2001-2012), en un producto de consumo masivo en todos los estratos socio-económicos, con co-cartelistas con alta participación conjunta de mercado y en el que **TECNOQUÍMICAS** ha tenido y tiene, una participación significativa, además de condiciones probadas de liderazgo en el cartel empresarial.

De conformidad con lo anterior, el Despacho impuso a **TECNOQUÍMICAS** la máxima multa contemplada en el régimen de protección de la competencia como consecuencia de su participación en el cartel de precios investigado, advirtiendo que no obstante también era merecedora de un porcentaje adicional por su conducta procesal del todo reprochable, la multa a fijar se ajustaría a la baja, toda vez que sobrepasaría el límite legal contemplado en la Ley 1340 de 2009.

Bajo este contexto, si bien es cierto que la conducta procesal no está prevista taxativamente como circunstancia de agravación en la Ley 1340 de 2009 tal y como lo señala **TECNOQUÍMICAS**, una reducción de la multa impuesta no resulta procedente porque el componente adicional de agravación del 10% señalado en la Resolución Sancionatoria no fue aplicado porque con ello se sobrepasaría el límite legal contemplado en la Ley 1340 de 2009. En tal virtud, al no haberse aplicado efectivamente un porcentaje adicional de multa a **TECNOQUÍMICAS** como circunstancia de agravación por su conducta procesal, por sustracción de materia dicho monto no puede ser reducido de la multa impuesta.

#### **4.4. Análisis del Despacho en relación con los argumentos económicos presentados por TECNOQUÍMICAS**

Como punto de partida del análisis de los argumentos de carácter económico de **TECNOQUÍMICAS**, debe recordarse que en el ordenamiento jurídico colombiano rige el principio de libertad probatoria, según el cual, los hechos pueden ser demostrados mediante la utilización de cualquier medio probatorio. De igual forma, el ordenamiento procesal establece como principio orientador para la valoración de las pruebas, su apreciación en conjunto con sujeción a las reglas de la sana crítica.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, en actuaciones administrativas como la que nos ocupa, la existencia de carteles empresariales, y en general de cualquier práctica restrictiva de la competencia, puede ser demostrada a través de diferentes medios probatorios, sean estos pruebas directas, tales como la confesión de uno o varios de los investigados, declaraciones, documentos, contratos que recogen el acuerdo anticompetitivo, correos electrónicos, mensajes enviados y recibidos a través de sistemas de mensajería instantánea como *Whatsapp* o por medio de redes sociales, actas o minutas de reuniones, entre otras; o incluso, a través de pruebas indirectas, es decir, por medio de evidencia circunstancial construida a través de indicios.

Dentro de esta última categoría de pruebas indirectas, tanto las autoridades de competencia como los investigados acuden con alguna frecuencia al uso de evidencias económicas para soportar sus conclusiones, bien sea que la conducta haya tenido lugar en el mercado o que esta no se hubiese presentado. La OCDE<sup>82</sup> sugiere la existencia de dos tipos de evidencia económica como prueba indirecta o circunstancial. La primera de ellas consiste en evidencia sobre la *conducta* de una empresa en el mercado, relacionada por ejemplo con las utilidades obtenidas, las cuotas de participación, la existencia de paralelismo de precios, un historial o antecedentes de violaciones a las normas de competencia, entre otras. La segunda de ellas, tiene que ver con evidencia económica sobre la *estructura del mercado*, que se refiere por ejemplo, a los niveles de concentración o la existencia o no de integración vertical en el mercado, las barreras de entrada, por citar algunos aspectos.

Ahora bien, como es apenas lógico, los estudios económicos que obran en una actuación judicial o administrativa, como pruebas indirectas que son, deben obviamente ser analizadas conforme los criterios y principios generales antes mencionados, esto es, bajo la guía del principio de libertad probatoria y analizados en conjunto con todas las demás pruebas que obren en el expediente, de acuerdo con la sana crítica.

En este sentido, le corresponderá al juzgador estudiar estas pruebas económicas en conjunto con el restante material probatorio que obre en el expediente, como declaraciones de parte y de terceros, confesiones, documentos, correos electrónicos, mensajes de *Whatsapp* u otros sistemas de mensajería instantánea o redes sociales, para que apreciadas en conjunto y aplicando las reglas de la sana crítica, se forme un convencimiento sobre la existencia o no del cartel empresarial objeto de investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se reitera que para el Despacho está más que demostrada la existencia y ejecución del cartel empresarial, así como la efectiva participación de **TECNOQUÍMICAS**, teniendo en cuenta que el análisis probatorio que se ha realizado a lo largo del presente acto administrativo, en particular, de las múltiples pruebas directas e indirectas sobre la conducta anticompetitiva de los investigados, evidencian claramente la existencia del acuerdo anticompetitivo en la modalidad de cartel empresarial para la fijación directa o indirecta de los precios en el mercado de pañales desechables para bebé, desvirtuando plenamente, y más allá de cualquier duda razonable, la presunción de inocencia de **TECNOQUÍMICAS**.

En otras palabras, la prueba de que el cartel empresarial existió y que tuvo efectos en el mercado colombiano, está dada por pruebas directas de todo orden (delaciones, confesiones, pruebas testimoniales, correos electrónicos, mensajería instantánea, entre otros).

Con todo, el Despacho encuentra que, las pruebas económicas de carácter indiciario (indirectas) aportadas por **TECNOQUÍMICAS**, de ninguna manera demuestran que el cartel empresarial no hubiere ocurrido, ni que **TECNOQUÍMICAS** no hubiera hecho parte de él. Se reitera que la confesión de **KIMBERLY** y **FAMILIA**, los numerosos correos electrónicos a los que se hizo referencia en la Resolución Sancionatoria, las declaraciones de los ejecutivos vinculados con **KIMBERLY** y **FAMILIA**, e incluso algunos de **TECNOQUÍMICAS**, reclamaciones sobre incumplimientos de los acuerdos, entre otras, son pruebas directas que bajo ninguna óptica fueron desvirtuadas con pruebas indirectas o indiciarias como lo son los estudios económicos aportados por **TECNOQUÍMICAS**.

En línea con lo anterior, es preciso reafirmar que la única forma en que la prueba económica indirecta e indiciaria anteriormente señalada presentada por **TECNOQUÍMICAS** podría tener el sentido que la investigada le atribuyó, sería valorándola de manera completamente aislada y sin

<sup>82</sup> OCDE, Prosecuting Cartels without Direct Evidence (2006). Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf> (traducción libre del Despacho).

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

referencia a las demás pruebas recaudadas durante la investigación. Sin embargo, ese método de valoración no es jurídicamente admisible en el ordenamiento procesal colombiano, ni en el de ninguna parte del mundo. De esta manera, una revisión articulada del expediente desvirtuaría completamente el valor que **TECNOQUÍMICAS** pretende darle a su prueba económica indirecta e indiciaria.

Ahora bien, si lo que pretendía **TECNOQUÍMICAS** con la presentación de estos estudios económicos era demostrar que el acuerdo sí existió, pero sin generar efecto alguno en el mercado, tampoco podría ser de recibo por esta Superintendencia, en la medida en que independientemente de que se causen o no efectos en el mercado, un acuerdo para la fijación de precios es reprochable por la ley colombiana por **objeto** o **efecto**. Sin embargo, para este caso, la anterior discusión es irrelevante por cuanto ya demostró el Despacho en acápites anteriores, con base en un análisis del conjunto de las pruebas que obran en el expediente, incluyendo los estudios económicos aportados por **TECNOQUÍMICAS**, que el cartel empresarial se ejecutó, conclusión a la que se llegó fundamentalmente con base en evidencias directas quedando demostrada la conducta.

Con todo, es preciso señalar que esta posición de la Superintendencia de Industria y Comercio no es ajena a la práctica internacional y, por el contrario, constituye una manera comúnmente utilizada en diferentes jurisdicciones al momento de analizar probatoriamente los casos de cartelización empresarial. A modo de ejemplo, puede citarse una sentencia de una Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en la que de manera categórica rechazó una evidencia económica (testimonio de un economista experto) que pretendía desvirtuar un cartel empresarial que había sido probado por otras pruebas directas, por considerarlas irrelevantes e inadmisibles.

Dijo esta Corte lo siguiente:

*"A raíz de estas reuniones durante ese período de tiempo, los apelantes, ciertamente aumentaron sus precios en la forma y en la medida acordada en las reuniones. Ahora, **de acuerdo con la ley, tal y como la entiende la Corte, teniendo en cuenta en particular los casos discutidos aquí esta mañana, entre otros el caso Socony Vacuum, el testimonio acerca de los factores de costo y el testimonio de un economista que los apelantes están proponiendo introducir, no pueden servir para refutar la evidencia de fijación de precios. Como se dijo en estos casos, en relación con la justificación o motivo, ya sea económica, beneficiosa o cualquier otra, que pueda decirse que los acuerdos de fijación de precios tengan, la ley no permite ningún debate sobre su razonabilidad.***

***Así, en vista de todo esto, cualquier testimonio sobre los factores de costo o el testimonio de un experto economista sobre esas líneas, en opinión de la Corte serían totalmente irrelevantes e inadmisibles como prueba.***

*'Se presenta un problema en relación con las pruebas que, a medida que avanzamos, tendremos que tratar de la mejor manera posible. Mientras que los apelantes pueden controvertir, por supuesto, la evidencia del Gobierno, ellos son y estarán limitados en un grado considerable.*

***Los acuerdos de fijación de precios son violaciones per se de la Ley Sherman, punto, y prácticamente no hay defensa para un caso de fijación de precios, caballeros.***

*"En un caso como este, a los apelantes se les permitirá, como ya he dicho, controvertir las pruebas de las reuniones que se han desarrollado como prueba de cualquier negociación o conversaciones, pero no se les permitirá ofrecer pruebas relativas a los factores de costo u otras razones para ejecutar un aumento de precios. Si ellos fijaron precios, lo que significa que estuvieron de acuerdo con ello, son culpables de acuerdo con la ley, y no hay preocupación, tal y como la Corte ya lo ha señalado, sobre lo necesario que era para ellos elevar los precios'.*

***La teoría del Gobierno en esta Corte se basa en la premisa de que, en este caso, las actividades ilegales de los demandados fueron probadas por prueba directa y positiva y, por lo tanto, fue excluida cualquier demostración sobre causalidad económica de la defensa.***

*La evidencia del Gobierno estableció que antes de cada incremento de los precios durante el período investigado, los representantes de los apelantes se habían reunido. Tres testigos del Gobierno declararon en cuanto a lo que ocurrió en algunas de estas reuniones.*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)

La evidencia explicativa ofrecida debe diferenciarse de la defensa de justificación. Un acuerdo de fijación de precios se presume de manera concluyente que es irrazonable. *Estados Unidos v. McKesson y Robbins, Inc.*, 1956, 351 EE.UU. 305, 310, 76 S. Ct 937, 100 L.Ed. 1209. **Por lo tanto, se ha establecido que cualquier evidencia de justificación o razonabilidad respecto de dicho acuerdo, es debidamente excluida en cualquier caso de la Ley Sherman. Ningún acusado puede decir que ingresó a un acuerdo de fijación de precios, pero que los precios fijados son razonables y obedecen a factores económicos**". El hecho de que los precios fueron razonables no puede aceptarse como defensa. **Una vez que el acusado admite el acuerdo, no puede decir nada más porque es ilegal per se.** *Estados Unidos v. McKesson y Robbins, Inc.*, supra; *Estados Unidos v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 1940, 310 EE.UU. 150, 60 S. Ct 811, 84 L.Ed. 1129.<sup>83</sup> Subrayado y destacado fuera de texto).

Obsérvese como la Corte de Apelaciones se refiere a que probado el acuerdo o cartel empresarial con base en pruebas directas, simplemente no hay defensa económica para un caso de cartelización. Sobre la razonabilidad de esta regla, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América también tuvo la oportunidad de pronunciarse en el siguiente sentido:

"Este principio de falta de razonabilidad de la regla per se no sólo hace que el tipo de restricciones que están prohibidas por la Ley Sherman sean para el beneficio de todos los interesados, sino que también evita la necesidad de una investigación económica increíblemente prolongada y complicada al interior de toda la historia de la industria involucrada, así como las industrias relacionadas, en un esfuerzo por determinar en general si una restricción particular ha sido razonable - una investigación tan a menudo totalmente inútil cuando se realiza".<sup>84</sup>

En igual sentido, el documento de la OCDE<sup>85</sup> atrás citado se refiere al punto en discusión de la siguiente manera:

"Ninguna de las formas de evidencia económica es estrictamente necesaria, ya que los acuerdos de fijación de precios son ilegales incluso si las partes lo ignoraban al suponer que pudieran influir en el precio de mercado. véase *Estados Unidos v. Andreas*, 216 F. 3d 645, 666 (7th Cir. 2000)".

Desde el punto de vista doctrinal, también se llega a la misma conclusión:

"En el caso de un cartel secreto o de uno públicamente conocido, basado en la existencia de un acuerdo entre compañías, constituido mediante evidencia documental directa (escritos sobre el acuerdo, correspondencia, acta de reuniones, etc.), la evidencia de la restricción de la competencia se encuentra suficientemente establecida debido a que demuestra el objeto del cartel a partir de los documentos existentes. **Si es evidente la existencia de un objeto de restringir la competencia, entonces el acuerdo por sí solo constituye una restricción de la competencia por su "propia naturaleza", y la evidencia que se refiere a los efectos del acuerdo en el mercado no es necesaria.** Según la Corte Suprema de Justicia en *Sandoz Prodotti Farmaceutici SpA v. Commission ("Sandoz-II")*, "en dichos casos la ausencia de un análisis de los efectos del acuerdo desde el punto de vista de la competencia no constituye un defecto capaz de anular una declaración". La Corte además agregó que el hecho de que no se hayan tomado los pasos para asegurar la implementación de un acuerdo restrictivo no es suficiente para excluirlo de la prohibición de artículo 85(1)."<sup>86</sup> (Negrillas fuera de texto).

<sup>83</sup> Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Circuito Sexto. *CONTINENTAL BAKING COMPANY* contra Estados Unidos de América. 281 F.2d 137. Julio 18 de 1960. Traducción libre del Despacho.

<sup>84</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Northern Pacific R. Co.* contra Estados Unidos, 356 U.S. 1 (1958). Traducción libre del Despacho.

<sup>85</sup> OCDE, *Prosecuting Cartels without Direct Evidence* (2006). Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf> (traducción libre del Despacho).

<sup>86</sup> *Fordham International Law Journal. Cartels: Proof and Procedural Issues.* Maurice Guerrin, Georgios Kyriazis. 1992.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En conclusión, ante la fortaleza de la prueba directa recaudada en este caso, está plenamente demostrada la existencia, ejecución y cumplimiento del cartel empresarial y la participación directa de **TECNOQUÍMICAS** en el mismo, conclusión a la que se llega analizando todas las pruebas del expediente en su conjunto, incluyendo la prueba económica aportada por **TECNOQUÍMICAS**.

No obstante lo anterior, a continuación el Despacho se referirá a los argumentos económicos planteados en el recurso.

Según **TECNOQUÍMICAS**, el ejercicio teórico de cuantificación del impacto económico del cartel empresarial no prueba fácticamente los efectos que produjo la conducta cuestionada y por ende es equivocado para imputar responsabilidades. Al respecto, este Despacho considera importante recordar lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, según la cual, el ejercicio realizado correspondió a un análisis teórico que en ningún caso fue usado como prueba de la existencia del cartel empresarial, ni mucho menos se utilizó con el fin de imputar responsabilidad alguna frente a las personas investigadas, ni como referente para la estimación de la multa impuesta.

Frente al argumento relacionado con que el supuesto aumento de precios del cartel entre el 10% y 30% no puede ser la base para calcular efectos y sustentar la sanción, es preciso resaltar que, tal y como fue expuesto anteriormente, el ejercicio teórico planteado no fue utilizado como sustento de la sanción, ni mucho menos para cuantificar el efecto real en el mercado. Lo que en la Resolución Sancionatoria se hizo, fue definir un escenario contrafactual, o de referencia, basado en el documento "*Hard Core Cartels Recent progress and challenges ahead, 2003*" de la OCDE<sup>87</sup>. Si bien en dicho documento no se encuentra de forma literal que los carteles generan aumentos de precios entre el 10% y el 30%, a dicha conclusión se llega a partir del análisis del **Anexo A** del estudio en mención, en el cual se presenta una lista de carteles relevantes en el mundo, con estimaciones de los porcentajes de incremento de precios en cada caso. Los resultados encontrados en el trabajo de la OCDE referenciado, coinciden con aquellos encontrados en otros documentos académicos como Connor y Lande (2008); Werden (2003); Posner (2001); y Levenstein y Suslow (2002); entre otros<sup>88</sup>.

En esta serie de trabajos, el Despacho advierte que el sobreprecio observado varía en los diferentes carteles empresariales analizados, sin encontrarse un patrón típico de comportamiento, sino más bien, una variación entre cada cartel empresarial, atendiendo las condiciones particulares de cada uno de ellos. En efecto, llama la atención observar sobreprecios como el encontrado en el cartel de la lisina estimado en 67% en Estados Unidos y 50% en Canadá; el cartel de las vitaminas con un sobreprecio del 20% en Estados Unidos y 30% en Canadá; el cartel del acero inoxidable que incluso llegó a niveles de duplicar el precio en Estados Unidos como resultado del cartel (sobreprecio del 100%), entre otros.

En el estudio realizado por Connor y Lande (2008), tomando una muestra de más de 100 carteles en el mundo considerados de manera conjunta, se estima que el sobreprecio medio producto de un cartel oscila alrededor del 25%, dependiendo de si se trata de un cartel doméstico o uno internacional.

*"(...) en promedio el sobreprecio que genera cualquier tipo de cartel para cualquier periodo de tiempo ha sido 25%; 17-19% para carteles domésticos y 30-33% para carteles internacionales"*<sup>89</sup>

Soportado en la abundante evidencia económica antes mencionada, el Despacho coincide con las conclusiones de Connor y Bolotova (2006)<sup>90</sup> en el sentido de que la cartelización empresarial conlleva a la existencia de un sobreprecio en el producto de la cartelización, sin importar el método de estimación del mismo, sea este cuantificado a través de estimaciones econométricas, precios

<sup>87</sup> En el documento se incluyen carteles detectados en Estados Unidos, Canadá, Australia, Holanda, España, Suiza, Finlandia, Japón Corea y México entre otros países.

<sup>88</sup> John M. Connor y Robert H. Lande, *Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines*, ABA Section of Antitrust Law, 2008; Gregory J. Werden, *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook* U.S. Dep't of Justice Antitrust Division, 2003; Richard A. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001; Margaret C. Levenstein y Valerie Y. Suslow, *What Determines Cartel Success?* University of Michigan Business School, 2002.

<sup>89</sup> Connor y Lande (2008). Opcit p. 78.

<sup>90</sup> Connor, J y Y. Bolotova. *Cartel Overcharges: Survey and meta-analysis*. International Journal of Industrial Organization. Vol. 24, 2006.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

antes, durante y después del cartel y la comparación del nivel de precios frente a mercados análogos. De igual manera, con base en la evidencia internacional puede afirmarse que, atendiendo a las características propias del funcionamiento del cartel empresarial, su duración, la estructura del mercado, los productos involucrados, entre otros aspectos, el sobreprecio podría oscilar entre un 10% y 30% en promedio y alcanzar incluso hasta el 100%.

En el mismo sentido, un organismo multilateral tan reconocido como la OCDE, que recoge las mejores prácticas que en materia de competencia en no menos de 35 países en el mundo, sugiere en el documento denominado "Guías para Estudiar el Impacto de las Autoridades de Competencia", que cuando la autoridad de competencia no cuente con información económica relacionada con el sobreprecio de los productos, asuma que dicho sobreprecio es como mínimo del 10%.

En efecto, explican las Guías citadas lo siguiente:

*"3.2. Supuestos alternativos*

*Cuando hay información específica disponible para hacer los cálculos de los valores antes listados (tamaño de las ventas afectadas, incremento en precios y duración esperada del efecto precio), esta información debería ser utilizada, puesto que asegura mayor precisión en el cálculo de los beneficios obtenidos con la conducta. Sin embargo, cuando no se dispone de este tipo de información, o no se puede utilizar por razones de confidencialidad u otras razones legales, esta Guía indica que se empleen los siguientes supuestos:*

*- Para el tamaño de las ventas afectadas*

*(...)*

*- Para el incremento en los precios:*

- ✓ **En casos de cárteles, un sobreprecio de 10%;***
- ✓ **En casos de abuso de posición dominante, un sobreprecio de 5%***

*(...)"<sup>91</sup> (Subrayado y destacado fuera de texto)*

A su vez, la Tabla 1 del Anexo 1 de las "Guías para Estudiar el Impacto de las Autoridades de Competencia" elaboradas por la OCDE a las que se viene haciendo referencia, presenta casos de algunos países en donde se ilustra el uso de un sobreprecio entre 10% y 15% en cada uno de los carteles.

De otro lado, la *Office of Fair Trading (OFT)*, que en su momento era la autoridad de competencia en el Reino Unido antes de ser reemplazada por la Autoridad de Competencia y de los Mercados (Competition and Market Authority), en su revisión sobre los métodos de estimación de impacto de sus actuaciones contra prácticas restrictivas de la competencia como los carteles empresariales, considera que en aquellos casos en los que no ha sido posible determinar el sobreprecio producto del cartel empresarial, se debe asumir un escenario conservador, cual es el de suponer un sobreprecio del 10% como resultado de la conducta de cartelización en el mercado.

*"La metodología es relativamente estándar: (...) Alcance del aumento de precios evitado: Es estimado, si es posible, durante la investigación. Cuando no, un aumento conservador del 10% es asumido.*

*(...)*

*La justificación para este supuesto está descrita en el Impacto Positivo 06/07, que cita cuatro razones:*

*- La Comisión de Sentencias de Estados Unidos (USSC), ha usado por un largo tiempo este supuesto.*

*- Un estudio de 13 carteles por (Werden, 2003) reporta una mediana de 18 por ciento, una media de 21.3 por ciento y un valor mínimo de 6.5 por ciento.*

<sup>91</sup> Traducción libre. OECD (2014), *Guide for assessing the impact of competition authorities' activities*, Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/guide-impact-assessment-competition-activities.htm>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Un estudio de más de 300 carteles internacionales por Connor y Bolotova (2005) sugiere que los carteles domésticos de la Unión Europea durante el periodo 1991- 2004 sobrecobraron en agregado entre 13 por ciento y 19 por ciento, dependiendo de la especificación econométrica utilizada.

- El reporte de la Oficina Nacional de Auditoría (2005) sobre la OFT apoyó el uso del 10 por ciento.

(...)

Una lectura de varias fuentes confirma que 10 por ciento es, en efecto, un límite inferior bastante conservador (...) <sup>92</sup> (subrayado fuero de texto).

Obsérvese cómo una autoridad de competencia, de una jurisdicción tan reconocida como la del Reino Unido, toma como referencia las fuentes académicas que precisamente fueron consideradas en la Resolución Sancionatoria, con lo cual el ejercicio hipotético que se construyó a efectos de determinar el daño potencial en el mercado, contrario a lo afirmado por **TECONOQUÍMICAS**, no solamente es citado por la **OCDE** como una práctica usual en este tipo de análisis de impacto, sino que es recomendado y utilizado recurrentemente por otras autoridades en el mundo, casi todas ellas, incluso, con mayor recorrido, historial, reconocimiento y experiencia que la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

Por esta razón, el ejercicio teórico propuesto en la Resolución Sancionatoria consideró el sobreprecio potencial del cartel empresarial tomando como referencia dos escenarios relativamente conservadores frente a la evidencia y la casuística internacional analizada, esto es, tuvo en cuenta un porcentaje de sobreprecio como consecuencia del cartel empresarial entre un 10% y un 30%.

Ahora bien, en cuanto a que la **OCDE** analiza mercados diferentes al involucrado en la presente actuación, y que por ende no es técnico considerar que el cartel empresarial pudo generar precios entre el 10% y 30% superiores, este Despacho considera preciso reafirmar que, como se indicó anteriormente, lo que se ha encontrado es que sistemáticamente en todo tipo de mercados los sobreprecios derivados de la conducta oscilan entre los porcentajes señalados. A su vez, los trabajos académicos anteriormente mencionados, al momento de construir estadísticas descriptivas de los efectos de la cartelización empresarial, consideran acuerdos anticompetitivos que se han sancionado en múltiples mercados de naturaleza diversa y distinta. Por tal razón, concluir que este ejercicio carece de técnica sería equivalente a desconocer el valor técnico de los estudios referenciados y limitar el uso de herramientas cuantitativas para medir el impacto potencial que la cartelización empresarial pudo tener sobre los consumidores, cosa que sería inaceptable por cualquier autoridad de competencia del mundo. En igual sentido, desconocer la validez de esta metodología sería invalidar la experiencia que otras autoridades en el mundo han desarrollado en ejercicio de la importante función de perseguir prácticas tan reprochables como la cartelización empresarial.

Respecto de los argumentos relacionados con los estudios económicos aportados por **TECNOQUÍMICAS** y con el hecho de que las pruebas de la ejecución del acuerdo anticompetitivo presentadas correspondieron a casos aislados, este Despacho considera oportuno recordar que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, está demostrada la existencia y ejecución del cartel empresarial, así como la efectiva participación de **TECNOQUÍMICAS**, razón por la que a pesar de que los estudios demostraron que la tendencia de los precios reales fue negativa durante el periodo investigado, lo cierto es que el acuerdo cartelista se realizó sobre los precios de venta de los pañales que corresponden a los precios nominales del producto. Dichos precios, tal y como lo mostró **TECNOQUÍMICAS** a lo largo de la investigación, sí presentaron una tendencia creciente.

Adicionalmente, este Despacho encuentra que la tendencia creciente de los precios nominales no fue muy acentuada, lo cual en principio no sería un resultado esperado en presencia de un cartel empresarial. Sin embargo, la teoría económica puede explicar este comportamiento tal y como lo expone Manganelli (2012)<sup>93</sup>, quien concluye que son factores que pueden determinar la magnitud

<sup>92</sup> Davies, S. (2010), *A Review of OFT's Impact Estimation Methods*, Office of Fair Trading, Disponible en: [http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/off1164.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/Evaluating-OFTs-work/off1164.pdf)

<sup>93</sup> Manganelli A-G, "Cartel Pricing Dynamics, Price Wars and Cartel Breakdown". Toulouse School of Economics, working paper series 12-309, 2012.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

del aumento de precios provocado por el acuerdo, tanto el hecho de que una mayor diferencia en precios aumenta la probabilidad de detección del cartel empresarial por parte de la Autoridad de Competencia, como que la existencia de aversión por parte de los consumidores a pagar precios mayores a los esperados influye en sus decisiones de consumo. En este sentido, no es extraño que los cartelistas encontraran razonable subir leve y paulatinamente los precios hasta llegar al nivel deseado, en lugar de realizar aumentos considerables de manera inmediata, pues como ya se dijo, aumentaría los niveles de sospecha sobre la presencia de una ilicitud en el proceder empresarial y de otra parte, podría desestimar las ganas de consumo de los clientes.

De otra parte, para el Despacho no es de recibo el argumento de **TECNOQUÍMICAS** según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó erróneamente que el acuerdo cartelista afectó el nivel general de precios en la economía generando un efecto inflacionario, más aun teniendo en cuenta que el peso porcentual del producto involucrado en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) es bajo. Lo anterior, toda vez que, si bien una ponderación de 0,18% en principio parece una participación menor, lo cierto es que, según la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), ningún bien supera el 2,5% de la ponderación total utilizada para el cálculo del IPC; teniendo en cuenta que la canasta básica está constituida por más de 180 categorías de bienes y servicios. De considerarse válido el argumento presentado por **TECNOQUÍMICAS**, ningún bien tendría participación suficiente para generar un efecto sobre el ingreso real disponible del consumidor promedio en Colombia y de esta forma cualquier cartel empresarial tendiente a distorsionar el precio de un producto de la canasta básica no tendría repercusión alguna sobre el consumidor ni podría contribuir a generar efectos inflacionarios.

Respecto del argumento relacionado con que la Resolución Sancionatoria parte de los efectos que acarrea un aumento de precios por encima del nivel de equilibrio cuando dicha circunstancia no fue probada, este Despacho recuerda que el ejercicio teórico presentado tomó como punto de partida el precio observado en el mercado y lo comparó con el precio que hubiese podido presentarse de no haber existido el cartel empresarial, sin que el análisis exigiera prueba alguna de que este último correspondiera al equilibrio del mercado en una situación de competencia. En este sentido, que los precios hayan tenido una tendencia decreciente no desvirtúa la existencia del cartel evidenciado a través de pruebas documentales como correos electrónicos, reuniones, entre otros.

Ahora bien, en cuanto al argumento de **TECNOQUÍMICAS**, según el cual en el caso analizado el comportamiento de los precios no respondió a caídas en la cantidad demandada frente a la oferta potencial, sino que, al contrario, las cantidades demandadas aumentaron por lo que fueron requeridas inversiones para aumentar la capacidad instalada, este Despacho se permite indicar que la conducta reprochada en la Resolución Sancionatoria corresponde a un acuerdo de fijación de precios y no a una conducta tendiente a restringir las cantidades de colocación. De esta manera, al acuerdo de precios no debe atribuírsele directa o indirectamente un efecto de reducción de volumen de producto colocado en el mercado, toda vez que la concertación tendiente a fijar o mantener un nivel de precios puede darse en condiciones en las que el mercado se encuentre en expansión, por lo cual un aumento en las cantidades no es reflejo de la existencia de competencia ni de ausencia de un acuerdo, esto último erróneamente asumido por **TECNOQUÍMICAS**.

Frente al argumento según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio asume que los pañales para bebé se caracterizan por ser un producto totalmente inelástico al precio por el hecho de pertenecer a la canasta básica familiar, y que tal supuesto implica asumir la existencia de un único bien perfectamente homogéneo, sin alternativas de sustitución y sin tener en cuenta que existen varios oferentes con innumerables presentaciones de producto, este Despacho se permite precisar algunos fundamentos microeconómicos que subyacen en el ejercicio teórico presentado en la Resolución Sancionatoria.

En primer lugar, es de anotar que la total inelasticidad asumida no es explicada, como erróneamente lo interpreta **TECNOQUÍMICAS**, porque los pañales desechables para bebé pertenezcan a la canasta básica familiar. Lo que se consideró en el ejercicio es que, por las características y usos del producto, difícilmente sería posible encontrar un bien que fuera sustituto cercano, razón por la cual un incremento en precios pequeño, no transitorio y significativo del producto, no derivaría en una variación de la cantidad de producto demandado en el mercado.

Sumado a lo anterior, reconociendo que el consumo de pañales desechables para bebé responde a las necesidades fisiológicas de los bebés y que la desatención de dichas necesidades implica una

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

afectación severa en la salud de los mismos, advierte este Despacho que existen factores que pueden influir en la cantidad de pañales demandados, como la edad y la alimentación, pero que en ningún caso dicha magnitud responde a cambios en los niveles de precios de los pañales. En otras palabras, sería posible estimar elasticidades no nulas frente a distintas variables, tal como la elasticidad edad a volumen de la demanda, sin embargo, por las características mismas del producto y sus usos, resulta razonable asumir completa inelasticidad precio de los pañales en el ejercicio propuesto, esto es reconocer una elasticidad precio de la demanda igual a cero para este producto.

Ahora bien, la presencia de otros oferentes, tal y como lo sugiere **TECNOQUÍMICAS**, no implica que los pañales dejen de ser un producto inelástico al precio, ni tampoco es un reconocimiento a que el producto en mención sea calificado como perfectamente homogéneo, pues los oferentes están llevando al mercado el mismo producto en diferentes presentaciones y no otros que puedan ser considerados como sustitutos.

Todo lo anterior lleva a que, teniendo en cuenta la necesidad del producto y la dificultad de sustituibilidad del mismo, sumado a que la presencia de otros oferentes no implica la existencia de un bien distinto al de los cartelistas, se asuma una elasticidad precio de la demanda de cero, en busca de cuantificar el impacto que en materia de bienestar se hubiese derivado de un incremento en el precio del producto analizado como resultado de la cartelización.

Sumado a lo anterior, es preciso advertir que la **OCDE** en las Guías antes mencionadas del año 2014, en las que establece lineamientos para cuantificar la gestión de la autoridad de competencia en su detección de carteles, sugiere que:

*"Para evaluar los beneficios estáticos del consumidor derivados de cada decisión, el enfoque que se sugiere es calcular:*

- *el tamaño o volumen de negocios afectados;*
- *el aumento de precio eliminado o evitado; y*
- *la duración que se espera del efecto del precio.*

*El beneficio total es el producto de estas tres cifras."<sup>94</sup>*

Obsérvese que de manera implícita esta metodología coincide precisamente con lo realizado en el ejercicio teórico de estimación del daño potencial. Hacer la multiplicación entre las dos primeras variables que sugiere la **OCDE**, es equivalente a reconocer una demanda totalmente inelástica como la que fue graficada en la Resolución Sancionatoria.

Al anterior argumento, debe sumársele la aclaración a la mala interpretación que hace **TECNOQUÍMICAS** sobre el índice de Lerner<sup>95</sup>. Si bien este indicador se define como la diferencia relativa entre el precio del producto y el costo marginal, su cálculo puede realizarse mediante la elasticidad precio de la demanda, únicamente si se asume que la empresa monopolista o las empresas oligopólicas son maximizadoras de beneficios y tienen la capacidad de igualar sus ingresos marginales con sus costos marginales. Es así como, en mercados como el que nos convoca el caso en mención, difícilmente podría afirmarse que por el simple hecho de asumir una elasticidad nula, el índice de Lerner que podría imputársele a cada productor debería tender a infinito. Lo anterior si se tiene en cuenta que el cartel de precios que acá se reprocha no implica la configuración de un monopolista perfecto en el mercado, ni tampoco se tiene acreditado evidencia alguna de que cada firma iguale su costo marginal a su ingreso marginal. Así las cosas, es preciso señalar que el análisis en el que se basa **TECNOQUÍMICAS** para endilgar una supuesta debilidad en el ejercicio realizado por el Despacho para cuantificar el daño, carece de fundamento y se basa en errores conceptuales importantes que conllevan a ser desechado por parte del Despacho como argumento en defensa de la conducta de **TECNOQUÍMICAS**.

Según el argumento por el cual **TECNOQUÍMICAS** asegura que carecería de sentido realizar un acuerdo de precios en cuanto a que una condición de perfecta inelasticidad implica que **TECNOQUÍMICAS** podía incrementar el precio de sus pañales sin considerar la afectación de sus volúmenes de venta, este Despacho aclara que reconocer una perfecta inelasticidad de los pañales

<sup>94</sup> OECD (2014), *Guide for assessing the impact of competition authorities' activities*, Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/guide-impact-assessment-competition-activities.htm>

<sup>95</sup> Para una revisión de este indicador ver Tirole, J.(2002) *The Theory of Industrial Organization*. MIT Press p.66.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

frente al precio no implica que cada productor enfrente una curva de demanda perfectamente inelástica. Si bien los hogares no pueden dejar de consumir pañales, sí pueden tomar la decisión de sustituir entre marcas si los precios de las mismas difieren significativamente. Pese a la presencia de total inelasticidad precio de la demanda en el mercado, que nos asegura una cantidad demandada fija a cualquier nivel de precios, cada uno de los productores podría enfrentar elasticidades no nulas, toda vez que el objeto de competencia que se daría en este mercado estaría dado por aquel volumen de colocación de cada empresa, tal que en el agregado se cumpla con la demanda señalada. En síntesis es preciso advertir que la demanda del mercado no corresponde a la demanda residual que enfrenta cada empresa.

Frente a la ausencia de prueba fáctica del aumento en precios utilizado en el ejercicio teórico de estimación del daño, resulta para este Despacho pertinente resaltar que, como fue expuesto en la Resolución Sancionatoria y mencionado en líneas anteriores en el presente acto administrativo, la metodología usada en la cuantificación teórica del daño, tomó en consideración los incrementos porcentuales en precios que organismos multilaterales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos OCDE y documentos de reconocidos académicos han logrado compilar en distintas situaciones de cartelización equiparables al caso que acá se reprocha. En este sentido, el argumento elaborado en la Resolución Sancionatoria puede entenderse como una aproximación de tipo contrafactual, toda vez que corresponde a un escenario que supone lo que hubiere sucedido de no haber existido acuerdo alguno de precios en el mercado.

Adicionalmente, en el ejercicio realizado, es preciso afirmar que lo único que se asumió como hipotético fue el porcentaje de incremento en precios producto de la existencia del acuerdo cartelista, que tal y como se señaló en líneas anteriores está respaldado por reconocidos estudios técnicos y guías de otras autoridades de competencia del mundo. Todas las demás cifras consideradas, como las cantidades y volúmenes de ventas en el mercado y la duración del cartel empresarial, corresponden a cifras obrantes en el expediente y aportadas por las investigadas, contrario a lo afirmado por **TECNOQUÍMICAS** en sus argumentos.

Frente al argumento según el cual no es posible aceptar la forma de estimación del daño, al no corresponderse con la realidad del mercado, pues según **TECNOQUÍMICAS** las condiciones que se presentaron en el mismo correspondieron a aquellas que se han debido presentar en un escenario de competencia, reitera este Despacho que el ejercicio realizado en la Resolución Sancionatoria, corresponde a una estimación teórica del daño potencial, cuya finalidad fue ilustrar los posibles efectos y lo sensible que pudo resultar la conducta en el mercado. Sin embargo, aclara este Despacho que este cálculo no fue utilizado para imputar responsabilidad alguna y mucho menos, para fijar el valor de las sanciones impuestas. Adicionalmente, si bien reconoce que algunas de las condiciones del mercado podrían corresponder a aquellas de un mercado en competencia, lo cierto es que existe evidencia directa y suficiente, traducida en correos electrónicos, testimonios, mensajería móvil, entre otros, que demuestra la participación de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel de fijación de precios.

Ahora bien, para este Despacho no es de recibo el argumento de **TECNOQUÍMICAS** según el cual, no existe evidencia empírica que muestre un cambio estructural en la variabilidad de los precios en ninguno de los segmentos analizados al comparar el periodo colusivo con el periodo post-colusión, pues existen estudios que dan cuenta de la existencia de un fenómeno de aprendizaje mediante el cual, aun cuando cesa la práctica anticompetitiva, la transición hacia condiciones de competencia no es inmediata. Así, pueden existir casos en los que al analizar el periodo de colusión frente al de post-colusión las diferencias en precios resulten no ser significativas<sup>96</sup>.

Finalmente, este Despacho no desconoce las reducciones de los precios de los pañales en términos reales a lo largo del periodo investigado, al igual que cambios en las participaciones, utilidades bajas de la industria y nula entrada de empresas extranjeras al mercado, así como el ejercicio económico presentado por **TECNOQUÍMICAS** en el cual ilustran la evolución de los costos y márgenes brutos de rentabilidad de las empresas de la industria. Sin embargo, no puede considerar dicha evidencia como elemento concluyente de la no existencia del cartel empresarial, más aun cuando, en el expediente obran pruebas directas del mismo y de la participación de **TECNOQUÍMICAS** en el acuerdo. En particular, para este Despacho no es de recibo el argumento relacionado con que la nula entrada de empresas extranjeras al mercado demostraría la ausencia del cartel empresarial, pues dejando de lado que el cartel está demostrado con numerosas pruebas

<sup>96</sup> Para mayor explicación ver "Quantifying antitrust damages, Towards non-binding guidance for courts". Study prepared for the European Commission, diciembre de 2009.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

directas, este fenómeno también podría deberse a las barreras de entrada que precisamente impone la existencia del acuerdo cartelista en el mercado. Luego, ante las pruebas obrantes en el expediente no es posible concluir que la no entrada de empresas extranjeras al mercado se debió precisamente a un escenario de competencia, por lo que la tesis de **TECNOQUÍMICAS** pierde validez para demostrar la ausencia del cartel empresarial.

#### **4.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por las personas naturales vinculadas a TECNOQUÍMICAS**

##### **4.5.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER (Vicepresidente Senior de Ventas de TECNOQUÍMICAS)**

**DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** (Vicepresidente Senior de Ventas de **TECNOQUÍMICAS**) argumentó, en primer lugar, que la recolección de información que el Despacho imputó como mecanismo de seguimiento del cartel empresarial, obedece a la labor habitual de chequeo de precios que hace el equipo de ventas, que es esencial para definir las estrategias de competencia.

Al respecto deben resaltarse dos puntos. El primero es la contradicción en la que cae el argumento, pues a pesar de que la tesis de **TECNOQUÍMICAS** y sus personas naturales siempre ha sido que **TECNOQUÍMICAS** no realiza ninguna actividad de mercadeo, ni define estrategias de competencia, la defensa pretende sustentarse justamente en la necesidad de hacer chequeos por parte de **TECNOQUÍMICAS** para definir estrategias de mercadeo de la línea de pañales, lo que significaría entonces que **TECNOQUÍMICAS** sí participa en el mercado. El segundo punto por destacar es que el Despacho no reprocha el chequeo de precios en sí mismo, pues es claro que es una labor habitual de empresas que comercializan productos en el mercado, como lo es **TECNOQUÍMICAS**, sino que lo que se reprocha en este caso es que ese chequeo era utilizado como forma de seguimiento de los acuerdos cartelistas de precios, que como se mostró en detalle en la Resolución Sancionatoria, sirvieron para hacer reclamos continuos y para controlar el acatamiento de los pactos ilegales entre las distintas empresas. Teniendo claro lo anterior, en la Resolución Sancionatoria quedó acreditado que dicho seguimiento era liderado por **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** (Vicepresidente Senior de Ventas de **TECNOQUÍMICAS**).

Argumentó también el investigado que no existe prueba de que su participación fuera constante, pues el correo de 2006 en el que se remite información del acuerdo anticompetitivo si acaso da cuenta del conocimiento que tuvo en ese momento y no de que las reuniones con propósitos anticompetitivos se hubieran repetido, por lo cual habría ocurrido la caducidad respecto de su conducta.

Sobre el particular debe destacarse que **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** no solo era Vicepresidente Senior de Ventas de **TECNOQUÍMICAS**, sino que también fue miembro de la Junta Directiva de **TECNOSUR** desde 1999 y hasta al menos el 2014, en calidad de funcionario de **TECNOQUÍMICAS**. Esto es importante de cara al alto cargo que ocupaba el investigado y en tal virtud, a la facultad que tenía para evitar la continuación de la conducta.

Ahora bien, el investigado pretende justificar que, a pesar de su cargo, el conocimiento e intervención en la actividad diaria de venta de pañales y la prueba clara de su participación en el acuerdo anticompetitivo, habría olvidado e ignorado la existencia del cartel empresarial, aun cuando continuó con las mismas responsabilidades. Esta posición no sólo es inverosímil sino que es improbable, si se tiene en cuenta que en virtud del alto cargo directivo que ostentaba **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** como Vicepresidente Senior de Ventas de **TECNOQUÍMICAS** y miembro de la Junta Directiva de **TECNOSUR**, es lógico asumir que se encuentre plenamente involucrado con el manejo de los precios y promociones del producto (como Vicepresidente Senior de Ventas). Además, como se explicó en la Resolución Sancionatoria, el análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente no deja duda al Despacho de la responsabilidad de **DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**, por lo menos por haber tolerado la conducta.

De otro lado, el investigado solicitó que de no revocarse la sanción, tendría que reducirse la multa pues su grado de participación fue bajo y en todo caso, para la tasación de la multa se había impuesto un agravante del 10%.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

En relación con esta solicitud debe indicarse que, de un lado, la multa corresponde proporcionalmente con el grado de responsabilidad del investigado, quien como ya se indicó, tenía uno de los cargos más altos en el negocio involucrado en el cartel empresarial. Frente al porcentaje impuesto como agravante, si bien es cierto que la "conducta procesal" no está prevista taxativamente en la norma como causal de agravación, lo cierto es que el propósito del Despacho era resaltar el peso que tiene una conducta procesal reprochable, basada en declaraciones mentirosas, como la que tuvo el investigado.

No obstante lo anterior, en atención a que se usó el lenguaje específico del "agravante" y el criterio de graduación de "conducta procesal" no está contemplada como tal en la norma, se reducirá la multa en el 10% que se anunció como agravación.

#### **4.5.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA (Presidente y Representante Legal de TECNOQUÍMICAS)**

El primer lugar, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** cuestionó que hubiere confesado haber asistido a reuniones con la competencia entre 2001 y 2012.

Al respecto, se aclara que la Resolución Sancionatoria indicó que se había acreditado la asistencia de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** a reuniones con los competidores co-cartelistas entre 2001 y 2012 y se nombró como una de las pruebas, la confesión del propio investigado respecto de una reunión realizada en 2001, respecto de la cual afirmó:

*"DELEGATURA: ¿Señor **BARBERI**, ha usted participado en reuniones con funcionarios de empresas competidoras en el mercado de pañales desechables para bebé?*

***FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA:** Muy pocas veces he participado con personas distintos al socio **KIMBERLY**, las veces que lo hice por invitación expresa de **KIMBERLY** (...) comenzando la década de 2000 se apareció **FAMILIA** por invitación de ellos.*

*DELEGATURA: ¿Podría indicarnos cuál era el propósito de esta reunión, en la que participó según su respuesta **FAMILIA**?*

***FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA:** Discutir los precios de los pañales."*

Después de mencionar la declaración del investigado, en la Resolución Sancionatoria se citaron una serie de pruebas directas que daban cuenta de la efectiva asistencia de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** a otras reuniones cartelistas. De tal suerte, es claro que el investigado entendió de forma errada lo afirmado por este Despacho.

El segundo argumento del investigado se fundamenta en que los contactos que se mantuvieron con **KIMBERLY**, accionista de **TECNOSUR**, no podrían calificarse como parte del acuerdo restrictivo de la competencia, pues naturalmente **KIMBERLY** estaba interesado en el negocio y el comportamiento de los productos de **TECNOSUR**, sociedad en la que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** era miembro de Junta Directiva y Representante Legal.

Sobre el particular, se indica que las reuniones y contactos a las que se aludió en el análisis de responsabilidad del investigado eran exclusivas del funcionamiento del cartel empresarial y no tuvieron relación alguna con las juntas directivas de **TECNOSUR**, así como tampoco se hizo ningún reproche a eventuales contactos normales relacionados con la relación societaria que tenían **TECNOQUÍMICAS** y **KIMBERLY** en **TECNOSUR**. En efecto, no puede afirmarse que en dichas reuniones se trataban temas propios de accionistas de **TECNOSUR**, pues además de que a las mismas también asistía **FAMILIA** como cartelista, nunca asistieron miembros de la Junta Directiva de **TECNOSUR** por parte de **KIMBERLY**.

Debe destacarse que a las reuniones a las que asistió el investigado, lo hizo en su calidad de Presidente de **TECNOQUÍMICAS**. Esta circunstancia se acredita suficientemente con el análisis que se realizó en la Resolución Sancionatoria y se reiteró en este acto administrativo respecto de la participación de **TECNOQUÍMICAS** en el cartel empresarial. Adicionalmente, se reitera que incluso en la reunión a la que confesó haber asistido, solo lo había podido hacer en calidad de Presidente de **TECNOQUÍMICAS** pues solo hasta 2009 fue nombrado Representante Legal de **TECNOSUR**, por lo que para la fecha de la reunión no tenía ningún cargo en esta última sociedad.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Aunado a lo anterior, el recurrente afirmó que ninguna de las pruebas con las que se vincula al investigado hace referencia a **TECNOQUÍMICAS** y sobre todas operó la caducidad. Como es obvio y se acaba de reiterar, todas las pruebas que dan cuenta de la responsabilidad de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** hacen referencia a **TECNOQUÍMICAS** y, por supuesto, no están caducadas, pues existen pruebas directas de su responsabilidad hasta el final del cartel como se expuso en detalle en la Resolución Sancionatoria y el presente acto administrativo. Entre otras pueden mencionarse las declaraciones de **LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO** (Gerente General de **FAMILIA** desde 1980 hasta 2007), **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Corporativo de Negocios de **FAMILIA**)<sup>97</sup> y **ESPERANZA MOCK-HOW FLÓREZ** (Gerente Financiera de **TECNOSUR**)<sup>98</sup>, así como los correos electrónicos de 13 de junio de 2003<sup>99</sup> con asunto "Precios", de 13 de diciembre de 2005 con asunto "Reunión" y de 26 de mayo de 2011<sup>100</sup> con asunto "Compromisos Precios May 24.xlsx".

En todo caso, aun si no existieran pruebas de su participación activa (que sí las hay), el solo hecho de no haber realizado nada para evitar la continuidad de la conducta, cuando conocía de primera mano de su realización, lo hace responsable cuando menos por tolerar.

De otro lado, argumentó el investigado que si bien la Resolución Sancionatoria afirma que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** respondió de manera evasiva e inconsistente en las declaraciones rendidas ante la Entidad, no se determinan los aspectos en los que supuestamente se dieron las imprecisiones, ni en qué preguntas fue evasivo.

Al respecto, el Despacho advierte que este argumento es absolutamente apartado de la realidad de los hechos, pues a lo largo de toda la Resolución Sancionatoria se expusieron detalladamente los numerosos engaños y contradicciones evidentes del investigado al momento de rendir su versión de los hechos. Sin embargo, aquí se vuelven a retomar algunos de los engaños en los que incurrió **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**:

1. Contrario a todas las pruebas obrantes en el expediente, incluyendo sus propias afirmaciones anteriores, indicó en su interrogatorio de parte<sup>101</sup> que **TECNOQUÍMICAS** no tuvo participación alguna en el cartel investigado y que **TECNOSUR** se involucró en la práctica restrictiva por instrucción de **KIMBERLY**, circunstancia que, tal y como se ha demostrado en esta resolución, es falsa.

2. En el minuto 28:16 de su interrogatorio afirmó que no tenía conocimiento alguno de la forma en la que se había reportado ante esta Superintendencia la operación entre la **CORPORACIÓN KIMBERLY CLARK** y **TECNOSUR** en 1998, aun cuando obra en el expediente que mediante comunicación del 25 de septiembre de 2013 remitida a **ANTONIO CAICEDO GUTIÉRREZ** (Vicepresidente de **LAO**<sup>102</sup> de **KIMBERLY**)<sup>103</sup> afirmó:

*"(...) le expreso con gran respeto que no comparto su afirmación sobre la existencia de un 'posible conflicto de interés' derivado de la condición de **TECNOQUÍMICAS** de socio y **distribuidor** de **TECNOSUR**, como quiera que el negocio conjunto que se ha desarrollado durante los últimos quince años comprende la elaboración de los productos por **TECNOSUR** y la distribución que de los mismos hace y hacia **TECNOQUÍMICAS** desde el establecimiento de **TECNOSUR** en Zona Páez. Esta situación, lejos de representar nunca un conflicto de interés, fue por el contrario una condición sine qua non para que se permitiese por **TECNOQUÍMICAS** la inversión que realizó **KIMBERLY**. Esta condición, así como el soporte de la administración, fueron conocidos y aceptados por parte de **KIMBERLY** y resultaron cruciales cuando la operación le fue informada a la*

<sup>97</sup> Folio 8235 del Cuaderno Reservado FAMILIA No. 1 del Expediente. Minutos 1:21:46 a 1:23:44.

<sup>98</sup> Folio 7612 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente. Minutos 1:24:19 a 1:25:20.

<sup>99</sup> Folio 3115 del Cuaderno Reservado SIC No. 7 del Expediente.

<sup>100</sup> Folio 3494 a 3504 del Cuaderno Reservado SIC No. 9 del Expediente.

<sup>101</sup> Folio 9872 del Cuaderno Público No. 47 del Expediente.

<sup>102</sup> En adelante entiéndase LAO como la sigla de *Latin American Operation* (Operación en Latinoamérica).

<sup>103</sup> Folio 323 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), en particular en cuanto a los condicionamientos resaltados en la radicación 98070282-21, **los cuales fueron comunicados conjuntamente y con carácter vinculante para ambas partes y frente a la SIC el 23 y 24 de diciembre de 1998** (...) (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Por lo tanto, es claro que la declaración de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** en su interrogatorio de parte rendido ante esta Superintendencia es palmariamente mentirosa, pues está demostrado que no sólo conocía con detalle del reporte de la operación mencionada, sino que incluso conocía el número de radicado, las fechas de radicación y el contenido textual de los documentos presentados ante la Superintendencia de Industria y Comercio en 1998.

3. Cuando en el minuto 34:00 de su interrogatorio de parte se le preguntó por qué no se había reportado la operación de compra de **TECNOSUR** por parte de **TECNOQUÍMICAS** en 2014, partiendo de la hipótesis sostenida por **TECNOQUÍMICAS** según la cual antes de 2014 **KIMBERLY** controlaba a **TECNOSUR**, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** se limitó a decir que no sabía.

4. En el interrogatorio de parte afirmó que era Representante Legal de **TECNOSUR** desde su constitución, sin embargo, de acuerdo con los registros históricos de representación legal de la compañía se verificó que sólo fue Representante Legal de **TECNOSUR** desde 2009.

5. Afirmó en el minuto 19:11 de su interrogatorio que solo a partir de la investigación se enteró de la existencia de reuniones de sus empleados con funcionarios de otras empresas para hablar de los precios de los pañales. Sin embargo, existen correos electrónicos en los que se refiere a las reuniones y a los pactos anticompetitivos a los que se llegaba y de la determinación de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** en las decisiones del acuerdo. Además, existen testimonios<sup>104</sup> que dan cuenta del papel determinante de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** en los acuerdos cartelistas a los que se llegaba a través de reuniones y otro tipo de contactos.

6. Indicó en el minuto 6:50 de su declaración que no tenía cuenta de correo electrónico, cuando como se observa a continuación, existen correos enviados a su cuenta:

Original Message  
 From: mpcorrea [mailto:mpcorrea@tecnoquimicas.com]  
 Sent: Friday, June 13, 2008 3:31 PM  
 To: Matías Gaviria Uribe; Kunzel, Patricia; Luz Angela Wills Toro  
 Cc: Karlov, Glenn; Ernesto Trujillo; Francisco Jose Barberi; De Bedout, Juan Ernesto  
 Subject: Precios

..L SECRETARIO GENERAL

De acuerdo a nuestro último acuerdo el 1º de Julio nuestros precios deberán subir 5%. Este incremento es, obviamente, sobre el objetivo que ya deberíamos haber alcanzado, por tanto les estoy enviando nuevamente los precios objetivos (supermercados y tradicionales) a los que debemos estar apuntando a partir de dicha fecha.

7. En algunos momentos de su declaración, en los que respondió de manera más espontánea, su estrategia de engaño se hizo evidente. Por ejemplo, en el minuto 1:28:38 de su interrogatorio se le preguntó por la evolución de las participaciones de las marcas **Winny** y **Huggies** en el mercado, a lo que respondió: "la participación pasó del 18% de **TECNOQUÍMICAS** al 54%...", en ese preciso momento, interrumpiendo la respuesta, su apoderado miró al declarante y afirmó en voz alta: "de **TECNOSUR**". Dicha conducta fue reprochada por el director de la audiencia. Sin embargo, después de la interrupción del abogado, el investigado afirmó: "Perdón, de **TECNOSUR**". Tal circunstancia da cuenta del esfuerzo que tenía que hacer el investigado para insistir en la versión mentirosa que el negocio de pañales **Winny** y su participación pertenecía a **TECNOSUR** y no a **TECNOQUÍMICAS**.

De acuerdo con lo anterior, es claro que **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** fue impreciso y contradictorio, y que sus respuestas son versiones abiertamente alejadas a la realidad.

No obstante lo anterior, el investigado insiste en que sus respuestas fueron precisas y coherentes respecto de la relación de **KIMBERLY**, **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, sin que existan en el expediente pruebas que contradigan su dicho. Al respecto, solo basta decir una vez más, que la explicación sobre la relación real entre estas sociedades, que se expuso en la Resolución

<sup>104</sup> Por ejemplo las declaraciones de **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**), **ESPERANZA MOCK-HOW FLORÉZ** (Gerente Financiera de **TECNOSUR**), **PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ** (Gerente de Mercadeo, Cuidado Infantil y Coordinadora de Colombia, Ecuador y Venezuela de **KIMBERLY**) y **LUIS CARLOS URIBE JARAMILLO** (Gerente General de **FAMILIA** desde 1980 hasta 2007).

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Sancionatoria y en líneas anteriores del presente acto administrativo, evidencia la mentira construida por el investigado en su declaración. Además, el mismo declarante se contradujo en diversos puntos sobre dicha relación, tal y como se ilustró con los ejemplos que se acaban de exponer.

Por último, el investigado afirmó que en todo caso no puede tacharse su declaración de mentirosa, pues su declaración y defensa fueron presentadas de conformidad con su percepción de los hechos objeto del proceso, por lo cual, el que el Despacho hubiera llegado a conclusiones diferentes, no implica que la versión del investigado sea mentirosa.

Sobre este particular, para el Despacho es a todas luces impropio como estrategia de defensa sostener que puede ser calificado como una simple percepción diferente de los hechos el que, en abierta contradicción de las pruebas directas obrantes en el expediente, **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**, a pesar de ser el Presidente y Representante Legal de **TECNOQUÍMICAS** al tiempo que es Representante Legal de **TECNOSUR**: (i) niegue haber conocido de las reuniones de sus funcionarios con los competidores; (ii) indique que no conoce la presentación de la operación de inversión de **KIMBERLY** en **TENCOSUR** en 1998; (iii) afirme que no sabe por qué no se reportó a esta Entidad la operación de 2014; (iv) declare que **TECNOQUÍMICAS** (comercializadora de los productos y creadora y propietaria del 50% de **TECNOSUR**) no tenía incidencia ni interés alguno en la fijación de precios de los productos; (v) niegue tener cuenta de correo electrónico; entre muchas otras afirmaciones evidentemente contrarias a la realidad, que no son susceptibles de diferencias de percepción. De hecho, recuérdese que para este Despacho, las declaraciones de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** como estrategia de defensa, al paso de ser altamente censurables, posiblemente comporten una comisión de conductas punibles relacionadas con los delitos de falso testimonio, fraude procesal o cualquier otro contra la eficaz y recta impartición de justicia.

Finalmente, el investigado solicitó que de no revocarse la sanción, tendría que reducirse la multa pues para su tasación se había impuesto un agravante del 10% con base en una causal inexistente.

En relación con esta solicitud debe indicarse que, si bien es cierto, la "conducta procesal" no está prevista taxativamente en la norma como causal de agravación, lo cierto es que el propósito del Despacho era resaltar el peso que tiene una conducta procesal reprochable, basada en engaños y declaraciones mentirosas, como la que tuvo el investigado. No obstante lo anterior, en atención a que se usó el lenguaje específico de "agravante" y el criterio de graduación de "conducta procesal" no está contemplado como tal en la norma, se reducirá la multa en el 10% que se anunció como agravación.

#### **4.5.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS (Gerente de mercadeo de TECNOQUÍMICAS)**

El primer argumento que sustenta el recurso de la investigada es que según ella no existen actuaciones posteriores a la fecha de caducidad (11 de julio de 2011) que vinculen su responsabilidad, pues las únicas pruebas existentes se refieren a correos electrónicos que recibió de forma pasiva.

Frente a este punto, basta con resaltar que la misma investigada afirma que posterior al 11 de julio de 2011, existen una serie de pruebas directas de la existencia del cartel empresarial y de su participación, entre ellas correos electrónicos enviados a su cuenta. Pero adicionalmente, existen declaraciones, incluso de sus mismos subordinados, que afirmaron que iban a las reuniones por orden de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**. Adicionalmente, no puede olvidarse que en el evento hipotético en el que no existieran pruebas directas de su responsabilidad y su participación activa, **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** sería responsable de la conducta hasta su cesación, pues durante todo el tiempo ejerció el mismo cargo, con uno de los niveles jerárquicos más altos y en consecuencia, al menos habría tolerado la conducta, por lo cual no hay duda alguna de su responsabilidad.

De otra parte, **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** afirmó que teniendo en cuenta que desempeñaba sus funciones para **TECNOSUR**, de confirmarse la posición de la Resolución en el sentido que **TECNOSUR** no participaba en el mercado, la sanción impuesta debería ser revocada. Sobre el particular se recuerda que **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**, tal y como se probó en

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

la Resolución Sancionatoria y se reiteró con detalle en este acto administrativo, es funcionaria, formal y materialmente de **TECNOQUÍMICAS**.

Finalmente, la investigada solicitó que de no revocarse la sanción, tendría que reducirse la multa pues para su tasación se había impuesto un agravante del 10%.

En relación con esta solicitud debe indicarse que, si bien es cierto, la "conducta procesal" no está prevista taxativamente en la norma como causal de agravación, lo cierto es que el propósito del Despacho era resaltar el peso que tiene una conducta procesal reprochable, basada en engaños y declaraciones mentirosas, como la que tuvo la investigada. No obstante lo anterior, en atención a que se usó el lenguaje específico del "agravante" y este no está contemplado como tal en la norma, se reducirá la multa en el 10% que se anunció como agravación.

#### **4.5.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por ERNESTO TRUJILLO PÉREZ (Vicepresidente Senior de Absorbentes de TECNOQUÍMICAS y Gerente General de TECNOSUR)**

El investigado inicia su argumentación partiendo por decir que su declaración no puede valorarse como confesión de **TECNOQUÍMICAS**, pues su declaración si acaso podría vincular la responsabilidad de **TECNOSUR**, empresa de la que es Representante Legal. Adicionalmente, indicó que al darle valor a la declaración rendida por el investigado en noviembre de 2013 y no a la siguiente dentro del proceso, desconoce la indivisibilidad de la confesión y la divisibilidad de la declaración de parte. Además, que de no valorarse la segunda declaración por conocer su propósito y no ser espontánea, deberían de dejar de valorarse todas las declaraciones de las personas que fueron beneficiadas por el Programa de Beneficios por Colaboración.

Frente a este argumento, debe aclararse en primer lugar, que nunca se afirmó que la declaración de **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** constituyera confesión de **TECNOQUÍMICAS**. Ahora bien, se dedicó una parte importante de la Resolución Sancionatoria a explicar por qué se le daba valor probatorio a la primera declaración rendida por el investigado, teniendo en cuenta las reglas de valoración de las declaraciones, especialmente la correspondencia de la declaración con otras pruebas como por ejemplo los documentos aportados a esta Entidad en 1998, los organigramas de **TECNOQUÍMICAS** y **TECNOSUR**, las actas de Junta Directiva de **TECNOSUR**, la comunicación remitida por **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS**) a **ANTONIO CAICEDO** (**CORPORACIÓN KIMBERLY CLARK**) en 2013, entre muchas otras pruebas cuyo análisis se ha reiterado en este acto.

Por lo tanto, no puede compararse la situación con la declaración de las personas naturales en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, que nunca señalaron expresamente, como lo hizo **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**, que su dicho dependía del propósito con el que se estuviera tomando la declaración, y que en todo caso fueron valorados uno a uno también con todas las reglas de valoración correspondientes.

Ahora bien, que se valoraran como ciertas algunas afirmaciones rendidas en la primera declaración que son completamente contrarias a las afirmadas en la segunda oportunidad, no tiene relación alguna con la divisibilidad o indivisibilidad de la prueba, sino que, recuérdese, obedece al análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente efectuado por el Despacho.

De otra parte, el investigado afirmó que teniendo en cuenta que desempeñaba sus funciones para **TECNOSUR**, de confirmarse la posición de la Resolución en el sentido que **TECNOSUR** no participaba en el mercado, la sanción impuesta debería ser revocada. Sobre este punto ya se explicó que el mismo investigado indicó que era funcionario formal y materialmente de **TECNOQUÍMICAS**.

Finalmente, el investigado solicitó que de no revocarse la sanción, tendría que reducirse la multa pues para su tasación se había impuesto un agravante del 10% con una causal inexistente.

En relación con esta solicitud, debe indicarse que, si bien es cierto que la "conducta procesal" no está prevista taxativamente en la norma como causal de agravación, lo cierto es que el propósito del Despacho era resaltar el peso que tiene una conducta procesal reprochable, basada en engaños y declaraciones mentirosas, como la que tuvo el investigado. No obstante lo anterior, en atención a que se usó el lenguaje específico del "agravante" y el criterio de graduación de la "conducta

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

procesal" no está contemplado como tal en la norma, se reducirá la multa en el 10% que se anunció como agravación.

**4.5.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN (Asociado del Canal de Droguerías y Autoservicios Independientes en el Negocio del Pañal de TECNOQUÍMICAS) y VANESSA HATTY BENAVIDES (Asociada de Mercadeo para el Subcanal de Autoservicios en la Categoría de Pañales en TECNOQUÍMICAS)**

El recurso de los investigados parte de la premisa según la cual, al no tener cargos de administración, de conformidad con lo dispuesto en la apertura de investigación, no podrían ser investigados ni responsables. Al respecto, no obstante llama la atención que este punto nunca había sido discutido por los investigados sino hasta la presente instancia, se advierte que contrario a lo afirmado por los recurrentes, en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se indicó que la administración, de cara al funcionamiento del cartel empresarial, es extensiva a diferentes cargos y niveles jerárquicos, en los que se incluyó expresamente el nivel de los cargos de todos los ahora recurrentes.

De otra parte, argumentaron que si bien se había afirmado en la Resolución Sancionatoria que habían mentado, no se señaló en qué aspectos lo habrían hecho. Al respecto, se indica que dichas contradicciones quedaron señaladas a lo largo de la Resolución Sancionatoria, sin embargo aquí se reitera que tanto **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** como **VANESSA HATTY BENAVIDES** forzaron su respuesta para indicar que era **TECNOSUR** y no **TECNOQUÍMICAS** quien realizaba las actividades de mercadeo de los pañales y que **TECNOQUÍMICAS** no tenía relación alguna con sus funciones ni con la fijación de precios de los productos, a pesar de que, tal y como se refleja con la sustitución patronal, es obvio que su cambio de un empleador a otro obedecía únicamente a una necesidad formal y ellos seguían rindiéndole cuentas a **TECNOQUÍMICAS**.

Tan es así, que la misma **VANESSA HATTY BENAVIDES** indicó en su interrogatorio que pasó formalmente a **TECNOSUR** a finales de 2009, pero comenzó a ejercer su nuevo cargo en la línea de pañales en 2010, pues tomó su periodo de vacaciones. Así, resulta absurdo que de no tratarse de la misma compañía, se otorgaran unas vacaciones a un funcionario recién ingresado a la empresa, que no ha causado el derecho para irse de vacaciones.

En el caso de **LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**, además, se evidenciaron y expusieron en la Resolución Sancionatoria, momentos en los que se confundía entre **TECNOSUR** y **TECNOQUÍMICAS**, lo que se explica en que dicha diferenciación no tenía incidencia alguna.

Además, ambos manifestaron que las reuniones con los competidores co-cartelistas no servían para nada, pero iban por cumplir órdenes de **KIMBERLY**. No obstante, se encontraron diversos correos en los que intercambiaban información de precios con sus competidores y les insistían en la necesidad de cumplir con los niveles que se habían pactado para los precios, incluso reclamaban a funcionarios de **KIMBERLY** y los invitaban a reuniones. De hecho, **VANESSA HATTY BENAVIDES**, al paso que manifestó que para ella dichos encuentros eran un "gran show", admitió que los usaban para hacer inteligencia de mercado.

Por último, debe recordarse que todas las inconsistencias de sus declaraciones fueron parte de una estrategia de defensa que tenía el propósito, como se ha expuesto a lo largo de este acto administrativo, de mostrar un escenario contrario a la realidad, por lo que tampoco puede afirmarse que se trataba de meras diferencias de apreciación.

Finalmente, los investigados solicitaron que de no revocarse la sanción, tendría que reducirse la multa pues para su tasación se había impuesto un agravante del 10% con base en una causal inexistente.

En relación con esta solicitud, debe indicarse que si bien es cierto la "conducta procesal" no está prevista taxativamente en la norma como causal de agravación, lo cierto es que el propósito del Despacho era resaltar el peso que tiene una conducta procesal reprochable, basada en declaraciones mentirosas, como la que tuvieron los investigados. No obstante lo anterior, en atención a que se usó el lenguaje específico del "agravante" y este no está contemplado como tal en la norma, se reducirá la multa en el 10% que se anunció como agravación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

#### 4.6. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por FAMILIA, DARÍO REY MORA, ANA MARÍA GAVIRIA URIBE, PABLO FELIPE CALLE NOREÑA y AURELIO TORRES ECHEVERRI

FAMILIA y las personas naturales investigadas vinculadas a esta empresa (DARÍO REY MORA, ANA MARÍA GAVIRIA URIBE, PABLO FELIPE CALLE NOREÑA y AURELIO TORRES ECHEVERRI) fundamentaron sus recursos de reposición esencialmente en que la Superintendencia de Industria y Comercio debió otorgarle el 70% de exoneración de la multa y no el 50% que finalmente se concedió. Al respecto, los impugnantes señalaron que las razones en que se basó la Superintendencia de Industria y Comercio para negar la reducción del 70%, no correspondieron a lo que se denominan requisitos de permanencia, sino que estuvieron relacionados con los requisitos de ingreso, y por lo tanto resultan inoportunas y violatorias del principio de confianza legítima.

Frente a este argumento, el Despacho debe advertir a los impugnantes que la reducción de la multa otorgada a FAMILIA y a las personas naturales investigadas vinculadas a esta empresa se enmarca expresamente dentro de lo pactado en el Convenio de Colaboración celebrado entre dicha empresa como segunda delatora y la Superintendencia de Industria y Comercio, donde se acordó que la disminución de la multa sería no menor al 50%<sup>105</sup>. Así mismo, la reducción concedida cumple con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2896 de 2010.

En este orden de ideas, nótese que la Superintendencia de Industria y Comercio no estaba obligada incondicionalmente a concederle a FAMILIA una reducción del 70% como lo alega esta empresa en su recurso de reposición, pues como se dijo, lo que se dispuso en el Convenio de Colaboración fue que a dicha empresa se le concedería una reducción de la multa no menor al 50%. Una reducción adicional de la multa, sin sobrepasar el máximo del 70% que es posible concederle a quien cumpla las condiciones como segundo delator, solamente atiende a la discrecionalidad que tiene para ello la Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, como se muestra a continuación, el artículo 13 del Decreto 2896 de 2010 es claro al disponer que si se concluye que un solicitante de beneficios por colaboración cumple las condiciones establecidas en el artículo 11 de dicha norma para concederle una reducción de la multa como segundo delator, el Superintendente de Industria y Comercio podrá reducir el valor de la multa hasta en un 70%.

*"Artículo 13. Margen de reducción de las multas. Si se concluye que un solicitante de beneficios por colaboración cumple las condiciones establecidas en el artículo 11 de este decreto, el Superintendente de Industria y Comercio podrá reducir el valor de la multa que se impondría en el evento de no existir colaboración alguna.*

*La reducción la concederá bajo las siguientes condiciones:*

**1. La primera persona que cumpla las condiciones previstas en el artículo 11 del presente decreto podrá recibir una reducción hasta del 70%.**

**2. La segunda persona que cumpla las condiciones del artículo 11 del presente decreto podrá recibir una reducción hasta del 50%.**

**3. Las demás personas que cumplan las condiciones del artículo 11 del presente decreto podrán recibir una reducción hasta del 30%." (Subraya y negrilla fuera de texto)**

Como puede observarse, la norma en mención no contempla que la Superintendencia de Industria y Comercio esté obligada a otorgar el porcentaje máximo del 70% a quien cumpla las condiciones previstas en el artículo 11 del Decreto 2896 de 2010, pues el hecho que dicha norma haya establecido que la reducción de la multa para el segundo delator podría llegar hasta ese porcentaje, presupone que la Autoridad de Competencia cuenta con plena discrecionalidad para decidir el porcentaje que considere adecuado a partir de la conducta del solicitante de beneficios por colaboración, entre otros factores, claro está, sujetándose al porcentaje mínimo acordado en el Convenio de Beneficios por colaboración, que para el caso de FAMILIA fue de mínimo el 50%.

<sup>105</sup> Folio 514 del Cuaderno Público No. 2 del expediente No.14-92329.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por lo anterior, no pueden ser de recibo los argumentos de **FAMILIA** y **DARÍO REY MORA, ANA MARÍA GAVIRIA URIBE, PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** y **AURELIO TORRES ECHEVERRI** en el sentido que la Superintendencia de Industria y Comercio les *negó* la reducción del 70%, toda vez que la norma que contempla el porcentaje de reducción de multa para el segundo delator en ningún momento dispone que este sea el porcentaje que deba otorgarse por defecto, sino que el mismo atenderá exclusivamente a la discrecionalidad que para ello le otorgó a la Entidad el Decreto 2896 de 2010. En este caso, se pactó mínimo el 50%, que es exactamente lo que en definitiva se concedió como beneficio (50%).

Ahora bien, no obstante el Despacho consideró en la Resolución Sancionatoria que **FAMILIA** cumplió con los requisitos establecidos por el Decreto 2896 de 2010 para ser merecedor de una reducción de la multa que cobijaría también a las personas naturales investigadas vinculadas a esta empresa, también señaló que durante la actuación administrativa se presentaron ciertas circunstancias propiciadas por **FAMILIA** que a su juicio, no permitieron que la colaboración de dicha empresa en la investigación hubiese sido lo suficientemente útil y clara para que fuera válido otorgarle el porcentaje máximo de reducción del 70% y que por ello, el beneficio se limitaba a lo previamente acordado, mínimo 50%.

En efecto, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, el Despacho encontró inconsistencias en la información aportada por **FAMILIA** en relación con la duración de su participación en el cartel de precios, toda vez que al momento de ingresar al Programa de Beneficios por Colaboración afirmó en dos (2) oportunidades que participó en el acuerdo únicamente hasta principios de 2011<sup>106</sup>, cuando en realidad se demostró que su participación perduró hasta el segundo semestre de 2011 e incluso existen pruebas que demuestran que se extendió hasta 2012.

Sobre lo anterior, **FAMILIA** señaló en su recurso de reposición que, no obstante manifestó en la respuesta a un requerimiento de información que las concertaciones sobre el acuerdo anticompetitivo se llevaron a cabo hasta principios de 2011, igualmente reconoció en el mismo documento que su ejecución se extendió durante todo 2011. Al respecto, agregó que si alguna imprecisión tuvo lugar, esta fue propiciada por la Superintendencia de Industria y Comercio, al requerir la misma información a través de varias preguntas que aparecían de forma repetitiva en el requerimiento de información.

Como puede observarse del argumento del impugnante, independientemente del hecho de que **FAMILIA** haya reconocido en una respuesta al requerimiento de información mencionado que las concertaciones sobre el acuerdo anticompetitivo se extendieron durante todo el año 2011, lo cierto es que en el mismo documento había indicado previamente que las concertaciones se habrían llevado a cabo solamente hasta principios de 2011. Esta circunstancia denota imprecisión y falta de claridad de la información suministrada como sociedad delatora, lo cual no es lo esperado de un solicitante de beneficios por colaboración que pretenda el máximo porcentaje de reducción.

De hecho, debe tenerse en cuenta que el análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente permitió a este Despacho sostener que el acuerdo anticompetitivo se extendió incluso hasta 2012, lo cual ha sido negado por **FAMILIA** durante la investigación, incluyendo su recurso de reposición. Esta circunstancia también es muestra de las imprecisiones de **FAMILIA** en la información aportada como segundo delator, toda vez que su versión debería coincidir con los hechos demostrados en la investigación a partir del análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente.

En efecto, diferentes pruebas directas obrantes en el expediente y expuestas en la Resolución Sancionatoria, dan cuenta de la existencia del acuerdo empresarial durante todo 2011, e incluso hasta 2012, entre las que se pueden contar los correos electrónicos de 28 de julio de 2011<sup>107</sup>, 11 de agosto de 2011<sup>108</sup> y 17 de agosto de 2011<sup>109</sup>, así como la declaración de **PABLO FELIPE**

<sup>106</sup> Las afirmaciones fueron realizadas en el marco de un cuestionario formulado por la Delegatura para la Protección de la Competencia y corresponden a las respuestas identificadas en los literales (f) y (h). Folios 425 y 426 del Cuaderno Público No. 2 del expediente No.14-92329.

<sup>107</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado TECNOQUÍMICAS No. 1 del Expediente, archivo "Precios llegada a Tienda", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\AGOSTO 2011.

<sup>108</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado TECNOQUÍMICAS No. 1 del Expediente, archivo "Precios Pequeño en Julio y Agosto", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\DOCUMENTOS\PLAN 2011\AGOSTO 2011.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**CALLE NOREÑA** (Director de Trade Marketing de **FAMILIA**)<sup>110</sup>, quien admitió que durante agosto de 2011, tuvo lugar una reunión entre los competidores, incluyendo a **FAMILIA**, en el marco del acuerdo de precios investigado.

Por su parte, deben tenerse en cuenta las declaraciones de **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** (Gerente General de **KIMBERLY**)<sup>111</sup> y **DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ** (Brand Trade Manager Baby and Child Care de **KIMBERLY**)<sup>112</sup>, quienes coincidieron en señalar que el cartel de precios tuvo vigencia hasta 2012.

En adición de lo anterior, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en cuanto a que no puede otorgársele el máximo porcentaje de reducción de multa a un delator de un cartel que afirme que los compromisos acordados en virtud del mismo no se cumplían porque *"...continuamente se concedían descuentos o notas de crédito con el ánimo de burlar el acuerdo..."*<sup>113</sup>. Este tipo de afirmaciones, no satisfacen el grado de colaboración requerido para aspirar a la máxima reducción de multa, máxime si se tiene en cuenta que las numerosas pruebas directas obrantes en el expediente dan cuenta de que pese a que en efecto se presentaron algunos incumplimientos del acuerdo, lo cual es usual para este tipo de conductas, la regla general y constante fue que el acuerdo se ejecutó por más de una década.

De otra parte, por los motivos que se señalan a continuación, también debe rechazarse el argumento de **FAMILIA**, **DARÍO REY MORA**, **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE**, **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** y **AURELIO TORRES ECHEVERRI** relacionado con que las razones en que se basó la Superintendencia de Industria y Comercio para no concederle una reducción del 70%, no correspondieron a lo que se denominan requisitos de permanencia, sino que estuvieron relacionados con los requisitos de ingreso.

Al respecto, nótese que las imprecisiones de **FAMILIA** a las que se hizo referencia en la Resolución Sancionatoria y en presente acápite de este acto administrativo, solo pudieron ser calificadas como tales, una vez la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo los elementos de juicio suficientes para ello a partir del análisis en conjunto de todas las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, téngase en cuenta que por obvias razones, aspectos como la duración del cartel y la dinámica de su funcionamiento solamente pudieron ser verificados en su totalidad una vez la instrucción de la investigación fue culminada, pues de otra manera las conclusiones a las que llegó el Despacho y la Delegatura en este sentido no habrían tenido en cuenta los argumentos alegados por los investigados en su defensa durante la actuación administrativa, así como las pruebas practicadas para ese fin y, por lo tanto, no hubieran contado con todos los elementos de juicio necesarios para arribar a dichas conclusiones.

En este orden de ideas, para la Superintendencia de Industria y Comercio no era posible saber que la información aportada por **FAMILIA** como solicitante del Programa de Beneficios por Colaboración en calidad de segundo delator contenía las imprecisiones anteriormente mencionadas, por lo que el análisis realizado en la Resolución Sancionatoria de ninguna manera puede catalogarse como inoportuno y violatorio del principio de confianza legítima al tratarse, según los recurrentes, de faltas a los requisitos de ingreso al Programa.

De otra parte, **FAMILIA** argumentó en su recurso de reposición que de la existencia del cartel empresarial no puede concluirse la obtención de una utilidad por parte del infractor, pues de ser así, sobraría este criterio de graduación, ya que en todos los casos tendría que concluirse su aplicación para graduar la multa en la máxima.

<sup>109</sup> Folio 334 a 340 del Cuaderno Reservado TECNOQUÍMICAS No. 1 del Expediente, archivo "Re- Facturas de Winny a la tienda sin alza de precios", con ruta de acceso: D:\DOCUMENTOS\PLAN 2011\DOCUMENTOS\PLAN 2011\AGOSTO 2011.

<sup>110</sup> Folio 8088 del Cuaderno Reservado SIC No. 15 del Expediente. Minutos 1:13:40 y 1:15:50 de la segunda parte.

<sup>111</sup> Folio 9528 del Cuaderno Público No. 45 del Expediente. Minuto: 14:02 de la segunda parte.

<sup>112</sup> Folio 8017 del Cuaderno Reservado SIC No.15 del Expediente. Minuto: 1:03:48 a 1:05:47.

<sup>113</sup> Folio 426 del Cuaderno Público No. 2 del expediente No.14-92329.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Frente a dicho argumento, debe aclararse que en ningún momento se afirmó en la Resolución Sancionatoria que la mera existencia del cartel implicaba la existencia de una utilidad. Ahora bien, lo que no puede obviarse frente al tema, es que **FAMILIA** haya permanecido en el cartel por más de una década, pues desde un razonamiento elemental es claro, que no es racional que un agente cometa un acto ilícito si no logra nada con ello y más aún, que persista en el mismo hecho ilícito por años sin recibir nada a cambio.

Adicionalmente, en la Resolución Sancionatoria se probó que el acuerdo se cumplía y tenía efectos, por lo que es adecuado concluir que **FAMILIA**, junto con los demás co-cartelistas, desarrollaron estrategias que les permitieron determinar las condiciones del mercado (específicamente los precios de los pañales) y compartir información de índole reservada, librándose así de las cargas de actuar en competencia por más de una década. En razón de lo expuesto se concluye que la acusación de la investigada carece del más mínimo sustento.

Otro argumento de **FAMILIA** consistió en que al haberse calculado la multa en función de sus ingresos globales, se incurrió en un error que trajo consigo una desproporción en el ejercicio de la potestad sancionadora, ya que la multa impuesta tuvo como referente no los ingresos asociados con la conducta anticompetitiva sancionada sino los ingresos operacionales globales.

Sobre este particular, se advierte que los ingresos operacionales son un criterio secundario que usa esta Entidad como un elemento orientador junto con el patrimonio -que es un criterio de graduación previsto expresamente en la norma-, para evitar que la sanción resulte confiscatoria por exceder la capacidad de pago del investigado o sea tan baja que simplemente no contribuya con el propósito de la ley de disuadir la comisión de prácticas restrictivas de la competencia tan graves para los consumidores, los empresarios y el sistema económico en general, y termine generando una cultura a todas luces perniciosa de que "violar la ley paga", o lo que es lo mismo, "violar la libre competencia cartelizándose vale la pena porque las sanciones son irrisorias". Por lo tanto, carece de sustento la alegación de la investigada.

Adicionalmente, **FAMILIA** afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio no podía haberle impuesto la multa máxima, en tanto ello únicamente sería posible si concurrieren las distintas causales de agravación y no se verificara ninguna circunstancia de atenuación, lo cual no ocurrió.

En relación con este argumento, basta decir que la determinación de la multa está supeditada por los criterios de graduación que prevé la norma y en ningún momento condiciona la imposición de la multa mayor a la existencia de todas y cada una de las circunstancias de agravación. En efecto, la ponderación objetiva de todos los criterios en el caso concreto daría como resultado una multa considerablemente mayor a la impuesta que, sin embargo, no se impone ante la existencia de un monto máximo de multa previsto en la ley.

Ahora bien, debe resaltarse que difícilmente se va a encontrar una conducta más gravosa que la aquí sancionada, tratándose de un cartel de precios que duró más de una década, en un producto de tanta sensibilidad e importancia por su uso, con afectación de una población tan amplia, y realizada por uno de los principales participantes del mercado, como lo es **FAMILIA** con su marca Pequeñín.

Otro argumento presentado por **ANA MARÍA GAVIRIA URIBE, PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** y **AURELIO TORRES ECHEVERRI** en sus recursos de reposición, consistió en que el monto de la sanción debe calcularse con base en los ingresos durante la conducta anticompetitiva y no en los ingresos de 2015.

Al respecto, debe resaltarse una vez más, que los ingresos de los investigados fueron tenidos en cuenta como criterio auxiliar o complementario, para permitir al Despacho asegurarse de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que las sanciones pecuniarias no fueran confiscatorias o expropiatorias y garantizar la capacidad de pago de los infractores. Ahora bien, esta Superintendencia considera que tomar por regla general como punto de referencia el patrimonio y los ingresos del año inmediatamente anterior al que se impone la sanción permite asegurar que la dosificación de la sanción se realice con un valor actualizado, que refleje precisamente la capacidad de pago del infractor. Así, atender a lo requerido por los investigados y por lo tanto, usar los ingresos del periodo en que se dio la conducta, tendría como consecuencia que el uso de los ingresos como un criterio auxiliar perdiera completamente el sentido, pues no reflejaría la realidad financiera de los investigados.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Por último, frente al argumento de **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** relacionado con que el porcentaje del 33% sobre sus ingresos de 2015 no es congruente con la motivación expuesta en la providencia recurrida, si se compara con los otros funcionarios de **FAMILIA**, este Despacho advierte al impugnante que el porcentaje que representa la multa impuesta sobre sus ingresos obedece a la ponderación de todos los criterios de graduación. Su superioridad respecto del porcentaje que sobre los ingresos representa la multa impuesta a los demás investigados de **FAMILIA** tiene como causa, entre otras, la persistencia de la conducta, pues el único investigado vinculado a **FAMILIA** que participó en todo el cartel empresarial desde su origen hasta su terminación (11 años), fue **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA**, a diferencia de los demás investigados que tuvieron una participación oscilante entre 5 y 7 años aproximadamente.

#### **4.6.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos particulares presentados por DARÍO REY MORA (Presidente de FAMILIA)**

**DARÍO REY MORA** indicó que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, el 24 de julio de 2009, no eran sancionables las conductas de facilitar y colaborar, por lo que no podría atribuirse responsabilidad a un investigado por ellas antes de la fecha indicada.

Al respecto, debe precisarse en primer lugar que el investigado no fue sancionado por colaborar; si bien sí fue sancionado por haber facilitado la conducta, también se declaró su responsabilidad por haber autorizado, ejecutado y tolerado la conducta; por lo tanto, aún de ser cierta la consideración del investigado, sería irrelevante.

No obstante lo anterior, debe recordarse que en este caso se sancionó una conducta continuada, que por ser tal se considera como una única conducta que debe ser enmarcada en la norma vigente para el momento en que cesó, esto es la Ley 1340 de 2009.

Su segundo grupo de argumentos está relacionado con el monto impuesto, que según su criterio es desproporcionado en razón a su grado de participación, especialmente al compararla con la de sus pares de las empresas co-cartelistas. Sobre el particular indicó que su conducta no fue activa sino meramente omisiva y que la duración de su conducta fue menor a la de sus pares.

Respecto de este argumento debe tenerse en cuenta que como se ha dicho en diversas oportunidades por esta Entidad, la imposición de las sanciones parte de un análisis individual de la situación de los investigados, con base en los criterios de graduación que prevé la norma. En ese sentido, de la ponderación de los criterios, teniendo en cuenta como orientadores los principios de proporcionalidad e igualdad, se determina cuál es la sanción justa para cada investigado.

En efecto, la Corte Constitucional se ha aproximado a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las sanciones administrativas de la siguiente forma:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma (...). Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad."<sup>114</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

En el sentido descrito por la Corte Constitucional, uno de las formas en las que se puede dar cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad es teniendo en cuenta la situación financiera y el grado de responsabilidad de los investigados, elementos que permiten determinar que la sanción tenga el rigor apropiado. Tan alejado de la finalidad de la norma –por consiguiente ilegal– es imponer una sanción demasiado alta en proporción con la capacidad de pago, como una sanción tan inferior que termine siendo irrisoria para al sancionado.

Esta consideración no puede dejar de lado el principio de igualdad, que rige también esta actuación administrativa y que se guía, entre otras, "a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales" (...) del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el

<sup>114</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes*<sup>115</sup>.

En este caso, el investigado considera que la multa a él impuesta debería ser considerablemente menor a la impuesta a sus pares co-cartelistas pues su grado y tiempo de participación fueron menores. Al respecto debe precisarse que los criterios de persistencia y grado de participación en la conducta fueron tenidos en cuenta, en efecto, ello es lo que explica que tenga la multa con el porcentaje menor de ingresos entre los tres presidentes de las compañías co-cartelistas, tal y como puede observarse a continuación:

Sancionado	% de Ingresos anuales	Valor de la sanción
FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA	■% Ingresos anuales	\$ 417.120.275
FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR	■% Ingresos anuales	\$ 241.309.250
DARÍO REY MORA	■% Ingresos anuales	\$ 344.727.500

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la conducta del investigado, respecto del grado de participación es equiparable a la de **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** (Presidente de **KIMBERLY**), pues ambos mantuvieron contactos para fijar puntos generales del acuerdo empresarial, que después eran detallados por sus empleados, aunque esto también se imputa respecto de **FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA** (Presidente de **TECNOQUÍMICAS**), es claro que la responsabilidad de este último es mayor si se tiene en cuenta que su papel era decisivo y protagónico en el acuerdo cartelista, lo que explica que tenga una sanción más alta que sus pares.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el mismo **DARÍO REY MORA** indicó en el minuto 14:00 de su interrogatorio<sup>116</sup> que incluso desde 2005, antes de ocupar el cargo de Presidente de **FAMILIA**, participó activamente en el acuerdo, asistiendo a varias reuniones en el marco del cartel empresarial, por lo cual no es cierto, como afirma en su recurso, que su participación se limitara a la tolerancia.

Sobre el monto de la sanción también indicó el investigado que la participación más activa en el cartel empresarial estuvo en cabeza de sus entonces empleados, quienes a pesar de su grado de participación se les impusieron multas menores. Al respecto basta con recordar que el grado de participación tiene relación directa con el grado de responsabilidad. En ese sentido, es evidente que un presidente que permita, autorice o avale este tipo de comportamientos tiene una responsabilidad, y por lo tanto, un grado de participación, considerablemente mayor a aquel que siguiendo órdenes ejecuta la conducta.

Otro elemento de su argumento con el cual pretende una disminución de la multa impuesta se fundamenta en la existencia de una multa impuesta previamente por su participación en el cartel de papeles suaves (papel higiénico, servilletas, papel de cocina y toallitas de manos y cara). En relación con esta circunstancia, debe tenerse en cuenta que la norma no prevé ninguna consideración como atenuante de este tipo de situaciones. Contrario a disminuir la multa, la norma prevé como criterio de graduación, que claramente hará la multa más alta, la reiteración de la conducta, que aquí no se tuvo en cuenta por no estar en firme la sanción en papeles suaves (papel higiénico, servilletas, papel de cocina y toallitas de manos y cara) para el momento de imponer la sanción. Por lo tanto, no hay lugar a tener en cuenta dicha condición.

Argumentó también el investigado que la Resolución Sancionatoria desconoce el principio de *non bis in idem* pues se divide un solo acuerdo sobre dos productos, papeles suaves y pañales, en dos conductas. Al respecto debe destacarse que el cartel empresarial en el sector de papeles suaves y el cartel empresarial en el mercado de pañales para bebé son completamente distintos e independientes. En efecto, ambos carteles tienen participantes, productos, dinámicas y periodos distintos. Adicionalmente se destaca que esta inconformidad no se presentó en ningún momento

<sup>115</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>116</sup> Folio 9525 del Cuaderno Público No. 45 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

durante el proceso. El Despacho debe llamar profundamente la atención respecto de este insólito argumento, que es sencillamente, descabellado y desdice de la lucidez propia del ejercicio profesional de abogado.

De otra parte, el investigado argumentó que la Resolución Sancionatoria no expresó cuáles fueron las supuestas imprecisiones que impidieron que se le reconociera la reducción del 70% de la multa. Sobre el particular debe resaltarse que la reducción de la multa se convino con la empresa **FAMILIA** en vigencia del Decreto 2896 de 2010, no con cada persona natural; sin embargo, las personas naturales tienen una interdependencia con la persona jurídica a la que están vinculados, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Decreto 2896 de 2010, que este Despacho ha explicado mediante el símil de "efecto sombrilla", razón por la cual respecto de los beneficios que se otorguen como consecuencia de un Programa de Beneficios por Colaboración se evalúan sobre la colaboración de **FAMILIA**, en la que puede incidir la declaración de sus empleados.

Por todo lo expuesto no hay razón para modificar la Resolución Sancionatoria en los puntos señalados por el recurrente.

#### **4.7. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA (Gerente General para Colombia de KIMBERLY entre agosto y diciembre de 2004)**

**HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** manifestó en su recurso de reposición que **KIMBERLY** debería perder los derechos otorgados en virtud del Programa de Beneficios por Colaboración, toda vez que al momento de presentar una operación de integración en 1998, mediante la cual adquirió el 50% de las acciones de **TECNOSUR**, ocultó un acuerdo de accionistas que demostraba que en la realidad **KIMBERLY** controlaba a **TECNOSUR**.

Tal y como se indicó en la Resolución No. 52696 de 2016, mediante la cual se rechazaron una pruebas solicitadas por **HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** en su recurso de reposición, este argumento no es de recibo para el Despacho, por cuanto no está relacionado con el interés para recurrir que debe tener todo impugnante y del cual depende su legitimación para interponer el recurso. En efecto, se observa que el argumento está relacionado exclusivamente con la pretensión de **HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** para que **KIMBERLY** pierda los beneficios que se le otorgaron en virtud del Programa por Beneficios por Colaboración, lo cual nada tiene que ver con la situación jurídica del impugnante, ni mucho menos con alguna afectación que le hubiese causado la Resolución No. 43218 de 2016 que pudiese ser remediada a través del recurso de reposición.

Al respecto, como se observa a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es clara frente a este tema, y en múltiples oportunidades ha señalado expresamente que no pueden ser de recibo por falta de viabilidad legal y de legitimación, los recursos de reposición que no estén dirigidos a atacar algún gravamen ocasionado por la decisión impugnada y que pueda ser remediado en el evento en que sea exitoso el recurso interpuesto:

*"La viabilidad de tales instrumentos, sean de carácter ordinario o extraordinario, está subordinada a la concurrencia de una serie de condiciones, de las cuales se destaca, por importar a los fines del presente recurso, la atinente al **interés para recurrir del cual depende la legitimación para interponer el medio impugnativo correspondiente**.*

*Desde luego que ese interés trasciende el aspecto formal de la legitimación, pues no basta la calidad de sujeto procesal para su configuración, porque además precisa del agravio o perjuicio como condición para la fundabilidad del recurso. De ahí que la Corporación haya sostenido que ese interés "...tiene que ser real y el cabal cumplimiento de esta condición es preciso apreciarlo desde una perspectiva jurídica objetiva donde **no son de recibo las simples conjeturas teóricas que tengan por conveniente formular los litigantes, toda vez que si no hay gravamen que pueda ser remediado en el evento en que sea exitoso el recurso interpuesto, éste último pierde por fuerza su razón de ser y debe ser desechado por falta de viabilidad legal**" (Auto de 24 de agosto de 1.994)."<sup>117</sup> (Negrilla fuera de texto)*

<sup>117</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. 6 de mayo de 1997. M.P.: JOSE FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Ref. Exp.: 45546.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que los argumentos presentados por **HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** en su recurso de reposición están dirigidos a controvertir circunstancias que no se enmarcan dentro de su interés jurídico personal como impugnante, serán rechazados por impertinentes.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte al impugnante que los aspectos relacionados con el control que tenían **KIMBERLY** y **TECNOQUÍMICAS** sobre **TECNOSUR** ya fueron tratados en la presente resolución, en el sentido que encontrándose plenamente demostrado que la empresa que participó en el cartel de precios fue **TECNOQUÍMICAS** y no **TECNOSUR**, resulta a todas luces irrelevante entrar a analizar el tipo de control que sobre esta última habría ejercido **KIMBERLY**, pues cualquier determinación al respecto no cambiaría en nada la conclusión del Despacho sobre la responsabilidad administrativa por las conductas anticompetitivas investigadas.

Así mismo, debe precisarse al recurrente que para el análisis del cumplimiento de la obligación de colaboración de **KIMBERLY** durante el trámite de la investigación (requisitos de permanencia en el Programa), el Despacho tuvo en cuenta todos los elementos de juicio pertinentes y relevantes, y a partir de estos consideró en la Resolución Sancionatoria que no existía reproche contra **KIMBERLY** en cuanto a su comportamiento procesal y la colaboración durante el transcurso de la investigación y, por lo tanto, debía ser beneficiado con la exención del pago de la multa en el porcentaje acordado con la Superintendencia de Industria y Comercio.

#### **4.8. Análisis del Despacho frente a los argumentos presentados por DRYPERS**

**DRYPERS**, a pesar de no haber sido sancionada, presentó recurso de reposición insistiendo en solicitar que se declare que nunca participó en el acuerdo anticompetitivo, aunque existen pruebas directas y concluyentes que demuestran la participación de **DRYPERS** en el cartel empresarial durante 2005 y 2006.

Sobre las pruebas que dan cuenta de su responsabilidad, **DRYPERS** afirmó que no existe evidencia sobre cuál fue el supuesto rol de **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) en la reunión de la que trata el documento adjunto al correo electrónico de **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** de 13 de diciembre de 2005, pues dicha prueba no puede tomarse como evidencia de la participación en la reunión ni puede determinarse si en efecto en esa reunión se acordó el precio de los pañales por parte de **DRYPERS**.

Al respecto llama la atención de este Despacho el que la recurrente considere esta prueba como poco convincente cuando es una prueba directa y explícita de la existencia del cartel empresarial de precios y de la participación, para entonces, de **DRYPERS**.

En efecto, el correo fue enviado el 13 de diciembre de 2005 con el asunto "*Reunión*" por **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) a **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) y **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**), con copia a **ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** (Vicepresidente Senior de Absorbentes de **TECNOQUÍMICAS**) mediante el cual se comparte un acta de una reunión con el siguiente texto: "*Adjunto el acta de la reunión del día de ayer. Saludos*"<sup>118</sup>, es absolutamente claro en cuanto a la participación de **ARTURO CELIS CALDAS** a la citada reunión.

El carácter ilegal de la reunión de la que trata el correo electrónico mencionado quedó plenamente demostrado con la presentación en PowerPoint que se adjuntó a dicho correo, denominada "*Resumen Reunión Bogotá DiC. 12/05*", y en la que se encuentran, entre otras, las siguientes diapositivas:

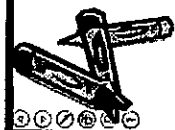
**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>118</sup> Folio 3761 del Cuaderno Reservado SIC No. 11 del Expediente. Archivo "Reunión (folios 6 al 19)" con extensión .msg. Ruta: D:\EMP FAMILIA PAÑALES\4. ALEJANDRO\_BOTERO-GERENTE\_NEGOCIO\CORREOS ENCONTRADOS EVIDENCIA 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

## PRECIOS

- Tier 0 47.5
  - Velly SS 100
  - Smiles 100 (\$260)
  - MB SQ 100
  - MB Pequeñín 100
  - MB Drypers 100
- Los de tela \$300
- Los plásticos \$ 266



## PRECIOS

- Tier 2 68
  - HC 100
  - WUS 100
  - PE 100
  - Chicolastic 80
  - Olimpica 80
  - Leader price 80
  - Exito 80
- P.P. \$544
- P.F. \$398



## ALZA

- TRADICIONAL
  - Tier 0:
    - A partir del 1º de Enero los precios del tier 0 y tier 1 son los establecidos.
  - Tier 2, 3 y 4
    - Tier 2 \$400
    - Tier 2+ \$440
    - Tier 3 \$480
    - Tier 4 \$600
  - Precio a como compra el mayorista a partir del 1º de Enero, inicialmente en Cali y eje cafetero.



En estas diapositivas es evidente el pacto de precios y descuentos por cada tipo de pañal, que como fue explicado en la Resolución Sancionatoria, se clasificaban por "tiers" de acuerdo con el grado de absorción. Así, por ejemplo, en la primera diapositiva citada se expresa claramente que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el precio del pañal de marca blanca de **DRYPERS** tendría que venderse al 100% del precio establecido, es decir sin descuento, a un precio por unidad de \$300 si el pañal era de tela y a \$266 si era de plástico; de la misma forma, en la segunda diapositiva se indica que Chicolastic, la marca de **DRYPERS**, en tier 2 se vendería con un precio del 80%, es decir con un margen del 20% sobre el precio pactado, esto es, \$544. Además, se pactaron alzas de precios con compromisos de ejecución con fechas específicas, tal y como se verifica en la tercera diapositiva copiada, en la que se indica que "A partir del 1º de Enero los precios del tier 0 y tier 1 son los establecidos". (Negrilla y subraya fuera de texto)

A partir de lo anterior, resulta desatinado para este Despacho que la recurrente considere que la prueba no da cuenta del acuerdo de precios ni de la participación de **DRYPERS**. Sobre este punto es importante recordar que el mismo **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) reconoció haber asistido a reuniones con los competidores entre 2005 y 2006, además así lo confirmaron declaraciones como la de **FERNANDO PÁEZ NIETO** (Director de Mercadeo para el Canal Autoservicios de **TECNOQUÍMICAS**).

Respecto del correo en mención, es relevante recordar que **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**) lo reconoció como un documento en el que se describían los pactos a los que se llagaba en el marco del acuerdo cartelista de precios.

Sobre el particular, **DRYPERS** manifestó que **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**) no tenía certeza de la asistencia de **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) a dicha reunión.

Al respecto, debe destacarse que el hecho que se haya citado a **ARTURO CELIS CALDAS** a la mencionada reunión y que posteriormente se le haya enviado lo acordado en la misma, desdibuja cualquier defensa tendiente a demostrar su ausencia de responsabilidad, pues independientemente de su asistencia, es clara su participación en el acuerdo cartelista ilegal, máxime si se tiene en cuenta que el propio **ARTURO CELIS CALDAS** reconoció haber asistido a reuniones con los competidores entre 2005 y 2006.

En línea con lo anterior, respecto de la declaración de **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**), debe tenerse en cuenta que es apenas natural que alguien que asistió por más de 10 años, en promedio unas tres veces por año, a reuniones con los competidores para hablar de los mismos temas (acordar precios) no pudiera afirmar con esa "total certeza" que le pedía el apoderado de **DRYPERS** que **ARTURO CELIS CALDAS** había asistido específicamente a esa reunión; sin embargo, **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** fue claro en indicar que **ARTURO CELIS CALDAS** sí asistió a reuniones para fijar precios y que se conocieron en el marco del cartel:

*"DRYPERS: ¿(...) Quería preguntarle si usted tiene certeza y quiero hacer énfasis en la palabra certeza de la participación del señor Celis en esa reunión o si existe la posibilidad de que el señor Celis no hubiera estado presente en esa reunión?"*

***ALEJANDRO BOTERO ARANGO: Mire yo tengo la certeza de que el señor Celis participó en la reunión, no podría decir si exactamente en esa reunión, pero lo conocí, y lo conocí fue en esto (...)***

De lo expuesto es claro que en adición a que **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** haya declarado con certeza que **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) hizo parte del cartel por esa época, obran en el expediente pruebas suficientes que demuestran su responsabilidad y, particularmente, su participación en la mencionada reunión para acordar precios.

De otra parte, la recurrente afirmó que declarantes como **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** (Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) no mencionaron a **ARTURO CELIS CALDAS** como partícipe del cartel empresarial.

Al respecto, es importante señalar, por un lado, que es normal que en el marco de una declaración realizada diez años después de los hechos, no se nombren de forma exhaustiva todos los participantes de un cartel empresarial de más de una década de duración, especialmente cuando ese participante solo estuvo en dos (2) de los once (11) años que duró el cartel y cuando en términos de posición en el mercado era uno de los competidores más pequeños. Por el otro lado, en la Resolución Sancionatoria ya se expuso que las declaraciones de las personas naturales de **TECNOQUÍMICAS**, especialmente las de personas como **MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(Gerente de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**) son imprecisas, incompletas e incongruentes, por lo que su valor probatorio, aun cuando negaran rotundamente la participación de **DRYPERS** en el cartel —que no lo hacen— no desmienten lo que las pruebas documentales dicen de forma tan clara.

Las otras dos pruebas principales con base en las cuales el Despacho indicó que **DRYPERS** había participado en el cartel empresarial entre 2005 y 2006 corresponden a una citación electrónica a una reunión de marzo de 2006 y un acta de reunión de junio de 2006. Respecto de estas pruebas la recurrente afirmó que debe tenerse en cuenta que, por un lado, aunque la citación la realiza **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**), la investigada afirmó que solo recuerda haber estado en una reunión con **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**), en la que le presentaron a **ARTURO CELIS CALDAS** y los demás participantes del cartel. Lo anterior, contrario a quitarle el valor a la prueba, refuerza la existencia de la reunión, pues no niega de forma alguna que la citación corresponda a la reunión en la que **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) conoció a sus pares co-cartelistas, incluyendo a **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**).

También indicó la recurrente que la autenticidad del acta fue puesta en duda, sin embargo, **DRYPERS** no tachó de falso dicho documento, por lo que hoy se entiende como una prueba auténtica y plena. En esta acta es claro una vez más la participación de **DRYPERS** en el cartel empresarial. Si hay un error en la ciudad de la reunión, dicha circunstancia es irrelevante de cara a la existencia del encuentro en el marco del acuerdo anticompetitivo y la participación de **DRYPERS**.

Ahora bien, **DRYPERS** indicó que se omite tener en consideración el testimonio de una empleada de **DRYPERS** que afirmó haber acompañado a **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) en la que supuestamente **ARTURO CELIS CALDAS** se "molestó con lo que dijeron acerca de sus pañales y dijo que que pena pero que a él nadie le manejaba su política de precios y nos fuimos de la reunión". Esta declaración, de ser cierta, puede marcar justamente el final de la participación de **DRYPERS** en el cartel empresarial, pero no niega de manera alguna la participación que tuvo al menos desde 2005, como lo evidencian las pruebas directas ya referidas. De cualquier forma, es extraño que un hecho de esa significancia no haya sido mencionado por el mismo **ARTURO CELIS CALDAS** (Gerente General de **DRYPERS**) en su interrogatorio.

Más allá de los detalles en los que basa sus argumentos **DRYPERS**, es indiscutible que tal y como se probó con las declaraciones del mismo **ARTURO CELIS CALDAS**, y de **ALEJANDRO BOTERO ARANGO** (Gerente Nacional de Ventas de **FAMILIA**), **FERNANDO PÁEZ NIETO** (Director de Mercadeo de **TECNOQUÍMICAS**), **FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR** (Presidente de **KIMBERLY**), **PABLO FELIPE CALLE NOREÑA** (Jefe de Trade Marketing de **FAMILIA**) y **MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN** (Gerente de Mercadeo de Baby and Child Care de **KIMBERLY**) —todos declarados responsables por participar en el cartel de precios— y las documentales que aquí se nombraron, **DRYPERS** participó en algunas reuniones con los co-cartelistas entre 2005 y 2006, y en esas reuniones se habló de fijación colusoria de precios.

Lo que pretende el recurrente entonces, es que este Despacho ignore todas las pruebas y elogie el comportamiento de **DRYPERS**, de quien se encuentra plenamente demostrado que participó y sin duda conoció de los acuerdos restrictivos de la competencia investigados, al menos entre 2005 y 2006. Por esa razón, es imposible para el Despacho concluir algo distinto que la efectiva participación de **DRYPERS** en el cartel empresarial de pañales desechables para bebé en el mercado colombiano durante los años 2005 y 2006, aunque al mismo tiempo se reconozca la caducidad de la acción sancionatoria del Estado.

De otro lado, respecto de la pretensión de la recurrente de que se aclare que no existe evidencia de la participación de **DRYPERS** en las conductas investigadas a partir de su adquisición por parte de CMPC, se indica que para este Despacho dicha aclaración no resulta procedente, pues con independencia de quién sea el propietario de **DRYPERS**, en la Resolución Sancionatoria se explicó en detalle que las pruebas sólo apuntan a la existencia de participación de **DRYPERS** en el cartel entre 2005 y 2006, sin importar quienes fueran los dueños o controlantes en ese momento.

**QUINTO:** Que en su recurso de reposición, **TECNOQUÍMICAS** presentó dos solicitudes de nulidad, relacionadas con que las pruebas de la investigación fueron decretadas y practicadas con base en el Código de Procedimiento Civil y no con base en el Código General del Proceso, y con que no tuvo acceso a la totalidad de los expedientes en los que se encuentran las pruebas aportadas por



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

las empresas que suscribieron convenios en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, de los cuales fueron tenidas en cuenta pruebas en la Resolución Sancionatoria, tales como el cuestionario formulado a **FAMILIA** que obra en el expediente No. 14-92329, que **TECNOQUÍMICAS** nunca pudo conocer ni contradecir, violando por lo tanto el derecho de defensa de la investigada.

Respecto de la nulidad relacionada con el código aplicable a la práctica de pruebas durante la investigación, se recuerda a **TECNOQUÍMICAS** que dicha solicitud de nulidad fue resuelta de forma exhaustiva por este Despacho en la Resolución Sancionatoria (Resolución 43218 de 2016) y por la Delegatura en su Informe Motivado, por lo que será rechazada nuevamente al no encontrarse elementos de juicio nuevos que permitan cambiar la posición del Despacho.

Para la solicitud de nulidad relacionada con el acceso al expediente, **TECNOQUÍMICAS** argumentó que a pesar de que durante toda la investigación se solicitó que se diera acceso a la totalidad de los expedientes en los que se encuentran las pruebas aportadas por las empresas que suscribieron convenios en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, dicha petición fue negada por la Superintendencia de Industria y Comercio, y se sancionó a **TECNOQUÍMICAS** apoyándose en la confesión que sociedades diferentes a **TECNOQUÍMICAS** presentaron en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración al cual no se tuvo acceso. Así, en la decisión adoptada en la Resolución Sancionatoria se usó como prueba, entre otros, el cuestionario formulado a **FAMILIA** que obra en el expediente No. 14-92329, que **TECNOQUÍMICAS** nunca pudo conocer ni contradecir, violando por lo tanto el derecho de defensa de la investigada. En consecuencia, solicitó que se declare la violación al derecho fundamental al debido proceso y se permita a esta sociedad conocer la totalidad de las pruebas recaudadas en los Programas de Beneficios por Colaboración

Respecto de esta solicitud de nulidad, se aclara que en la Resolución Sancionatoria **sólo** se tuvo en cuenta información proveniente de los expedientes correspondientes al Programa de Beneficios por Colaboración en el análisis de responsabilidad para evaluar la colaboración de cada uno de los suscriptores de los convenios de colaboración. El uso de esta información responde a la necesidad de la Superintendencia de Industria y Comercio de contar con la información suficiente para decidir si concede o no los beneficios acordados en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, en los términos dispuestos por el Decreto 2896 de 2010.

Lo anterior no contradice la posición de la Entidad frente a la imposibilidad de trasladar la totalidad de los documentos obrantes en los expedientes correspondientes a los convenios suscritos con los delatores al expediente de la investigación, por tener carácter reservado y concernir únicamente a los delatores suscriptores del Programa.

Ahora bien, debe aclararse que **no es cierto** que la Superintendencia de Industria y Comercio sancionara a **TECNOQUÍMICAS** apoyándose también en la confesión que sociedades diferentes a **TECNOQUÍMICAS** presentaron en el marco del Programa de Beneficios por Colaboración, pues tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria y se reiteró en este acto administrativo, la responsabilidad de **TECNOQUÍMICAS** es resultado del análisis en conjunto de numerosas pruebas directas, entre las que se encuentran correos electrónicos, actas de reunión y declaraciones de los co-cartelistas, e incluso de las mismas personas naturales vinculadas con **TECNOQUÍMICAS**, pero nunca de pruebas no conocidas por **TECNOQUÍMICAS**.

Por lo tanto, atendiendo a que la totalidad de las pruebas con base en las cuales se sancionó a **TECNOQUÍMICAS** fueron sometidas a contradicción, incluso hoy con este recurso en el que se responde minuciosamente a todas las objeciones que presenta la investigada, es claro que no existe violación alguna al derecho de defensa de la solicitante.

En atención a lo anteriormente expuesto se rechazará la nulidad propuesta, por carecer de fundamento.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR** el **ARTÍCULO QUINTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 43218 de 2016, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**"ARTÍCULO QUINTO: IMPONER** la siguiente sanción a las siguientes personas naturales vinculadas con **TECNOQUÍMICAS S.A.**

**5.1. A FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 14.445.880, multa de **TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 375.063.520.00)** equivalentes a **QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (544 SMMLV)**.

**5.2. A ERNESTO TRUJILLO PÉREZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.984.104, multa de **CIENTO NOVENTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 198.563.040.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (288 SMMLV)**.

**5.3. A MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS** identificada con cédula de ciudadanía No. 31.931.424, multa de **CIENTO DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 117.896.805.00)** equivalentes a **CIENTO SETENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (171 SMMLV)**.

**5.4. A LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN** identificado con cédula de ciudadanía No. 16.846.229 multa de **TREINTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 39.298.935.00)** equivalentes a **CINCUENTA Y SIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (57 SMMLV)**.

**5.5. A VANESSA HATTY BENAVIDES** identificada con cédula de ciudadanía No. 66.982.308, multa de **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 24.820.380.00)** equivalentes a **TREINTA Y SEIS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (36 SMMLV)**.

**5.6. A DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER** identificado con cédula de ciudadanía No. 16.615.708, multa de **CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 155.127.375.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (225 SMMLV)**.

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

**Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación."**

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en sus partes restantes la Resolución No. 43218 de 2016.

**ARTÍCULO TERCERO: NEGAR** las solicitudes de nulidad formuladas por **TECNOQUÍMICAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **TECNOQUÍMICAS S.A.; PRODUCTOS FAMILIA S.A.; DRYPERS ANDINA S.A.; FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA; ERNESTO TRUJILLO PÉREZ; MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS; LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN; VANESSA HATTY BENAVIDES; DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER; DARÍO REY MORA; ANA MARÍA GAVIRIA URIBE; PABLO FELIPE CALLE NOREÑA; AURELIO TORRES ECHEVERRI; LUZ ÁNGELA MARÍA WILLS TORO; MAURICIO HERNÁN MESA LONDOÑO y HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA** entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR** el contenido de la presente resolución a las demás personas naturales y jurídicas vinculadas a esta actuación.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá, D.C., a los **1 6 DIC 2016**

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

Proyectó: Andrés Pérez Orduz.  
Revisó: Felipe García Pineda.  
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo.

**NOTIFICAR**

**TECNOQUÍMICAS S.A.**

NIT. 890.300.466-5

**FRANCISCO JOSÉ BARBERI OSPINA**

C.C. No. 14.445.880

**DIEGO HUMBERTO QUIJANO REISNER**

C.C. No. 16.615.708

**ERNESTO TRUJILLO PÉREZ**

C.C. No. 14.984.104

**MARÍA DEL PILAR CORREA LENIS**

C.C. No. 31.931.424

**VANESSA HATTY BENAVIDES**

C.C. No. 66.982.308

**LUIS FELIPE PUERTO TOBÓN**

C.C. No. 16.846.229

**Apoderado**

**JORGE JAECKEL KOVACS**

C.C. 80.410.552

T.P. 64.720 del C.S. de la J.

Calle 90 No. 19A-49 Oficina 803

Bogotá D.C.

[abogados@jaeckelmontoya.com](mailto:abogados@jaeckelmontoya.com)

**PRODUCTOS FAMILIA S.A.**

NIT. 890.900.161-9

**Apoderado**

**GUILLERMO SOSSA GONZÁLEZ**

C.C. 80.420.247

T.P. 86.452 del C.S. de la J.

Carrera 8 No. 69-48

Bogotá D.C.

[gsossa@lizarazuasociados.com](mailto:gsossa@lizarazuasociados.com)

Teléfono (1) 2124148

**DARÍO REY MORA**

C.C. 70.563.269

**Apoderado**

**CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO**

C.C. 79.757.068

T.P. 90.099 del C.S. de la J.

Diagonal 75 # 2 - 41

Bogotá D.C.

[carlos.perilla@outlook.com](mailto:carlos.perilla@outlook.com)

**AURELIO TORRES ECHEVERRI**

C.C. No. 10.259.566

**PABLO FELIPE CALLE NOREÑA**

C.C. No. 70.566.683

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**MAURICIO HERNÁN MESA LONDOÑO**

C.C. No. 8.348.387

**ANA MARÍA GAVIRIA URIBE**

C.C. No. 42.891.650

**LUZ ÁNGELA MARÍA WILLS TORO**

C.C. No. 32.533.962

**Apoderado****JAIRO RUBIO ESCOBAR**

C.C. No. 79.108.890

T.P. 35.306 del C.S. de la J.

Calle 94 A No. 13-34 Oficina 102

Bogotá D.C.

[jrubio@rubioescobar.com](mailto:jrubio@rubioescobar.com)**DRYPERS ANDINA S.A.**

NIT 817.002.753-0

**Apoderado****DIEGO JAVIER CARDONA BAQUERO**

C.C. No. 79.943.545

T.P. 128.060

Carrera 9 No. 74-08

Bogotá D.C.

**HELLMUTH SCHRADER SALDARRIAGA**

C.C. No. 71.609.611

**Apoderado****MAURICIO VELANDIA CASTRO**

C.C. 7.950.6193

T.P. 84.143 del C.S. de la J.

Carrera 11A No. 94A-23/31

Bogotá D.C.

[mauriciovelandia@mauriciovelandia.com](mailto:mauriciovelandia@mauriciovelandia.com)**COMUNICAR****TECNOSUR S.A.S.**

NIT. 817.000.808-8

**ANDREA MADRIÑÁN OLANO**

C.C. No. 66.819.457

**MARUEM CHEJNE GÓMEZ**

C.C. No. 94.450.781

**FERNANDO PÁEZ NIETO**

C.C. No. 80.414.572

**Apoderado****JORGE JAECKEL KOVACS**

C.C. 80.410.552

T.P. 64.720 del C.S. de la J.

Calle 90 No. 19A-49 Oficina 803

Bogotá D.C.

[abogados@jaeckelmontoya.com](mailto:abogados@jaeckelmontoya.com)**COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A.**

NIT. 860.015.753-3

**JOSÉ RODRIGO PONS PEREDA**

C.E. No. 351.547

**Apoderado****ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

C.C. 19.489.933

T.P. 38.447 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6-30 piso 12

Bogotá D.C.

[amiranda@esquerrabarrera.com](mailto:amiranda@esquerrabarrera.com)**FELIPE JOSÉ ALVIRA ESCOBAR**

C.C. No. 79.154.134

**Apoderado****DANIEL CAMILO BELTRÁN CASTIBLANCO**

C.C. 80.076.005

T.P. 185.310 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6-30 piso 12

Bogotá D.C.

**FEDERICO RESTREPO RÍOS**

C.C. No. 15.430.679

**FABIO HERNÁN TÉLLEZ RODRÍGUEZ**

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

C.C. No. 79.554.469

**SILVIO ALBERTO CASTRO SPADAFORRA**

C.C. No. 79.413.485

**JOSÉ FABIÁN CHUA**

Cédula de la República de Costa Rica No. 132000029815

**VALERIA FRIGUERI MORALES**

C.C. No. 52.418.438

**JORGE IVÁN FLORES GONZALES**

C.C. No. 420.685

**WILMAR OROZCO ARBOLEDA**

C.C. No. 18.510.557

**LINA MARÍA ÁLVAREZ DUQUE**

C.C. No. 43.626.918

**EDUARDO GOTUZZO OLIVA**

C.E. No. 352.678

**Apoderado**

**MAURICIO JARAMILLO CAMPUZANO**

C.C. 80.421.942

T.P. 74.555 del C.S. de la J.

Calle 67 No. 7-35 Oficina 1204, Edificio Caracol

Bogotá D.C.

[mjaramillo@gpzlegal.com](mailto:mjaramillo@gpzlegal.com)

**MARÍA XIMENA GALVIS RINCÓN**

C.C. No. 35.511.839

**LUIS ALEJANDRO GUERRERO CRISTANCHO**

C.C. No. 79.621.533

**JUAN PABLO OROZCO SALAZAR**

C.C. No. 10.028.170

**MIGUEL ALBERTO CERÓN GRISALES**

**C.C. No. 16.775.192**

**SANTIAGO VALENCIA ESCOBAR**

C.C. No. 94.524.092

**MARÍA ANGÉLICA DAU MARÍN**

C.C. No. 22.586.432

**Apoderado**

**JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS**

C.C. 79552351

T.P. 64720 del C.S. de la J.

Calle 78 No. 10-31, Casa 4

Bogotá D.C.

**LUISA FERNANDA ELORZA ESPINEL**

C.C. No. 52.077.954

**SERGIO NACACH**

Pasaporte Argentino AAA 488.163

**PATRICIA KUNZEL HERNÁNDEZ**

C.C. No. 51.656.790

**Apoderado**

**JUAN PABLO BONILLA SABOGAL**

C.C. 79.982.513

T.P. 125.790 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52 Torre A piso 5

Bogotá D.C.

[jorge.delosrios@phrlegal.com](mailto:jorge.delosrios@phrlegal.com)

**ARTURO CELIS CALDAS**

C.C. No. 19.085.237

**Apoderado**

**JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR**

C.C. 19.335.765

T.P. 30.633 del C.S. de la J.

Carrera 14 No. 93B-32 Oficina 404

Bogotá D.C.

[jorlando.montealegre@lopezmontealegre.com](mailto:jorlando.montealegre@lopezmontealegre.com)

**KARLA ANDREA ARÁMBULA OCHOA**

C.C. No. 52.409.666

**Apoderado**

**ANDRÉS FERNÁNDEZ DE SOTO**

C.C. 7.9153.646

T.P. 41.615 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52 Torre B, Piso 9

Bogotá D.C.

[afernandez@cardenasycardenas.com](mailto:afernandez@cardenasycardenas.com)

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**DIANA MARCELA ZAPATA LÓPEZ**

C.C. No. 52.623.605

**ANTONIO CAICEDO GUTIÉRREZ**

C.C. No. 79.338.044

Apoderado

**GABRIEL IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.

Calle 98 No. 9A-41, Oficina 309

Bogotá D.C.

[mcastiblanco@ibarraibarra.com](mailto:mcastiblanco@ibarraibarra.com)

**ANDRÉS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ**

C.C. No. 19918025

Publicación mediante página web de la SIC