

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE DECISIONES DE
COMPETENCIA**

Resolución No. 6872 del 17 de septiembre de 2018

Por la cual se imponen sanciones por incumplir ordenes proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

**Incumplimiento de las Normas de Competencia en el
Pago de Multas**

Caso Tecnoquímicas

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., septiembre de 2019

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	MARCO JURÍDICO	4
3.	ANTECEDENTES.....	6
4.	ARGUMENTOS DE TECNOQUÍMICAS.....	6
5.	ARGUMENTOS DE LAS PERSONAS NATURALES.....	7
6.	ANÁLISIS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	8
6.1	NATURALEZA, ALCANCE Y PROPÓSITO DE LA ORDEN PRESUNTAMENTE INFRINGIDA	9
6.2	HECHOS QUE SE PROBARON DENTRO DEL EXPEDIENTE	10
6.3	CORRESPONDENCIA ENTRE LOS SUPUESTOS NORMATIVOS Y HECHOS PROBADOS.....	12
7.	PROCEDIMIENTO ADOPTADO.....	13
8.	SANCIONES.....	13
9.	RESUELVE	14
10.	CONCLUSIONES	15

RESUMEN Y ANÁLISIS DE DECISIONES DE COMPETENCIA

Resolución No. 6872 del 17 de septiembre de 2018

Por la cual se imponen sanciones por incumplir ordenes proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Incumplimiento de las Normas de Competencia en el Pago de Multas

Caso Tecnoquímicas

Alfonso Miranda Londoño¹

1. Introducción

Es un objetivo del CEDEC presentar resúmenes y análisis de sentencias, decisiones, estudios y otros documentos emanados de las autoridades de competencia o autoridades regulatorias, para que sirvan como instrumento de análisis y estudio de temas de interés dentro del Derecho de la Competencia.

El presente documento tiene como propósito resumir y analizar los aspectos más relevantes de la Resolución No 6872 de 2018 de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la SIC), por medio de la cual la entidad le impuso sanciones a Tecnoquímicas S.A (en adelante Tecnoquímicas) y a las personas naturales vinculadas a dicha empresa, por el incumplimiento de las ordenes impartidas por la SIC, en relación con el pago de las multas impuestas a varias personas naturales, por su participación en el denominado “Cartel de los pañales”. De conformidad con lo dispuesto en la ley y en la propia resolución que se comenta, dichas multas impuestas por ejecutar o tolerar

¹ Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, Director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “*Non Governmental Agent - NGA*” de Colombia, ante el “*International Competition Network - ICN*” (2012 - 2016 y 2019 hasta la fecha). Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

El CEDEC agradece la colaboración de los estudiantes Santiago Martínez y Alejandro Ávila para la preparación del presente informe.

las prácticas restrictivas de la competencia, debían ser pagadas por cada una de las personas naturales sancionadas, con su propio patrimonio, sin que pudiera la persona jurídica a la cual se encuentran vinculadas asumir las multas en ningún caso, por prohibición expresa del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por medio de la resolución que se comenta, la SIC decidió volver a sancionar a Tecnoquímicas por encontrar demostrado que la persona jurídica estaba cubriendo, asegurando o en general garantizando las multas de las personas naturales a través de bonificaciones ocasionales, lo cual no permitía que las personas respondieran por la sanción con su propio patrimonio, razón por la cual la SIC le impuso nuevas sanciones a la persona jurídica y a las personas naturales, por evadir en conjunto la prohibición legal mencionada.

2. Marco Jurídico

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la SIC es competente para investigar, imponer multas y adoptar decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia como las imputadas a Tecnoquímicas.² De igual forma, el Decreto 4886 de 2011, delimita las funciones de la SIC para velar por la observancia de las disposiciones del régimen de protección de la competencia³. Entre estas, imponer sanciones a las personas jurídicas cuando las multas procedan de acuerdo por violación a las disposiciones del régimen, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes, ordenes, o instrucciones que imparta la autoridad⁴. En el mismo sentido, es posible imponer multas a las personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten, o toleren conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia⁵.

A su vez, la normatividad contempla que el Superintendente Delegado para la protección de la competencia, tiene dentro de sus funciones “*iniciar e instruir los trámites de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, ordenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones o el incumplimiento de la información*”⁶. En este caso el Delegado decidió abrir la investigación formal al observar que al parecer no se estaban cumpliendo las instrucciones impartidas por la SIC al momento de imponerle multas individuales a las personas naturales en el año 2016.

² Art. 6 Ley 1340 de 2009 – “La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

³ Art. 1 núm. 2 Decreto 4886 de 2011 “En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales”

⁴ Art. 3 núm. 11.

⁵ *Ibíd*em, núm.12

⁶ Art. 9 núm. 12 Decreto 4886 de 2011.

En este sentido, la SIC le imputa a Tecnoquímicas la transgresión de las normas del régimen de protección de la competencia, contenidas en el artículo 4 numeral 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 25⁷ y 26⁸ respectivamente de la ley 1340 de 2009. Las normas vigentes, entre otros efectos, modifican el monto de las multas, que se imponen tanto a personas jurídicas como a personas naturales según la interpretación vigente de la Superintendencia⁹. En este entendido, el aparte sustancial que representa el incumplimiento frente al caso en mención es la inaplicación del párrafo del artículo 26 de la ley 1340 de 2009, el cuál que prohíbe la asunción del pago de las multas de las personas naturales por la persona jurídica ya sea directamente o por interpuesta persona, en los siguientes términos:

“Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. El numeral 16o del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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

“...”

“Parágrafo: Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de ésta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.”

Lo anterior, bajo el supuesto de la norma que busca gravar el patrimonio propio del infractor como persona natural, por haber colaborado, facilitado, autorizado o ejecutado alguna conducta violatoria del régimen de protección de la competencia. El sentido de la prohibición es el de obligar a las personas naturales que participen por acción u omisión en la realización de las prácticas restrictivas de la competencia, a

⁷ Ley 1340 de 2009, Art. 25 “Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo las condiciones o terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por 100.000 salarios mínimos mensuales vigente o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor

⁸ *Ibidem*, Art. 26 “Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia ... multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de industria y Comercio”.

⁹ La SIC entiende que el Artículo 25 de la ley 1340, a pesar de tener como título “Monto de las Multas a Personas jurídicas, aplica no solo a estas, sino a personas naturales con multa hasta 100.000 SMMLV”.

responder con su propio patrimonio por la infracción de las normas, sin que sea posible para la persona jurídica amparar financieramente a las personas que han sido instrumentales para violar la ley. En palabras de la SIC, esta norma busca un propósito disuasivo y represivo con un mensaje ejemplarizante de política pública que debe exponerse al resto de la sociedad.

3. Antecedentes

La Delegatura para la Protección de la Competencia mediante Resolución No. 41428 de 2018, inició investigación formal en contra de Tecnoquímicas Ernesto Trujillo Pérez, María del Pilar Correa Lenis, Luis Felipe Puerto Tobón, Vanessa Hatty Benavides y Diego Humberto Quijano Reisner, quienes participaron en “*el Cartel de los pañales desechables para bebe*”, y les notificó dicha resolución con el fin de que pudieran ejercer su derecho de defensa y solicitaran y aportaran pruebas en su defensa, respecto de la imputación formulada en el sentido de que se habría vulnerado la obligación de la compañía de abstenerse de cubrir, asegurar o en general garantizar el pago de las multas individuales, las cuales constaban en resoluciones No. 43218 y No. 86817 de 2016. Estas resoluciones, sancionaban a las personas naturales mencionadas por violación al régimen de competencia y en especial por la realización de un acuerdo de fijación de precios en violación del artículo 47(1) del Decreto 2153 de 1992¹⁰.

4. Argumentos de Tecnoquímicas

Tecnoquímicas se defendió de las acusaciones de la SIC respecto del cubrimiento de las multas de las personas naturales en los siguientes términos:

- (i)** La conducta de Tecnoquímicas no es típica y no pone en peligro un bien jurídico tutelado, debido a que la prohibición del parágrafo del artículo 26 de la ley 1340 de 2009, señala como actividades específicas *cubrir, asegurar, y garantizar* las multas, las cuales, son acciones distintas en los términos que establece la norma. En criterio de Tecnoquímicas no existe un evento en el cual la empresa haya realizado una de estas acciones o infringido las prohibiciones mencionadas.
- (ii)** Dentro de las políticas corporativas de la empresa está el presentar incentivos y bonificaciones extralegales por diferentes conceptos atribuibles al perfil de cada empleado. En consecuencia, tiene autonomía para otorgar bonificaciones. Además, el modelo de bonificaciones viene por conceptos predefinidos que pueden generar eficiencias al interior de la empresa. Las bonificaciones no son transmisibles ni estáticas, y se otorgan en un ambiente competitivo en el ambiente empresarial en el que se desempeñan los empleados.

¹⁰ Art. 47 núm. 1 Decreto 2153 de 1992 “Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios”

- (iii) Dentro de las características de las bonificaciones, está que el pago de las bonificaciones no sea predecible, que los pagos se realicen con valores diferentes e individualizados por cada empleado en, que todos los empleados reciban bonificaciones e incentivos discrecionales en un esquema que promueva el alto desempeño de estos dentro de la empresa.
- (iv) Por otra parte, la SIC debe presumir que las actuaciones de los particulares se ciñen al postulado de buena fe. La Resolución 41428 de 2018, afirma que frente las bonificaciones ocasionales solo recibieron un pago adicional las personas que fueron sancionadas por la Superintendencia y dos funcionarios más que no fueron sancionados, cuando Tecnoquímicas puede claramente demostrar que más de cien (100) personas recibieron bonificaciones. Adicionalmente la empresa argumentó que a pesar de que entre el año 1998 y el año 2017 se otorgaron 656 bonificaciones, la SIC solo tomó en cuenta una muestra de cuatro (4) años.
- (v) La diferenciación entre bonificaciones se hace con base en líneas de negocio, departamentos y actividad, no únicamente a nivel del cargo que ejecutan las personas como lo indica la Delegatura de la SIC. Por otro lado, a los investigados se les otorgaron incentivos antes y después que se impusieran las sanciones, pagaron las multas con una entidad bancaria autorizada, quien fue la que determino como se amortizarían los montos prestados, lo cual demuestra que la empresa no estableció la forma en que se iban a pagar las sanciones ni las fechas en las que se realizarían los pagos.
- (vi) La práctica común de la compañía es otorgar primas en los meses de julio y diciembre. Así, las bonificaciones que se pagan no son atípicas, ni extralegales. Incluso, para el caso de la doctora Vanessa Hatty Benavides, quien dejo de pertenecer a la empresa y se retiró de la misma, debían pagársele las bonificaciones que se hubieran causado al momento de su retiro.
- (vii) La SIC no especificó cuál fue la conducta específicamente realizada por Tecnoquímicas, es decir, si la compañía lo que hizo fue cubrir, garantizar o asegurar el monto de la sanción. Tecnoquímicas no pudo incurrir en estas conductas, dado que no existe una póliza de seguro, un afianzamiento o una garantía de la empresa que respalde el pago de la multa de los empleados. Entonces, no se estaría incurriendo en ninguno de los supuestos de las conductas o verbos rectores que prohíbe la norma y por lo tanto la conducta endilgada no es típica.

5. Argumentos de las personas naturales

- (i) Según el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, corresponde a la empresa asumir las multas por infracción al régimen de protección de la libre competencia. Es el

único sujeto que tiene la posibilidad de incumplir y que ha sido declarado como responsable.

- (ii)** De todas formas, se acataron las ordenes de la SIC, ya que el pago de la multa para las personas naturales se realizó con el patrimonio individual de cada persona. Tecnoquímicas no cubrió, aseguró o garantizó directamente o por interpuesta persona la multa, fueron las personas naturales quienes a través de un crédito personal pagaron en forma oportuna, lo cual se demuestra también con el hecho de que existen saldos pendientes de pago al banco.
- (iii)** Las bonificaciones entregadas a las personas naturales representan una compensación por el esfuerzo que realizaron durante su trayectoria de muchos años de trabajo. El hecho que las bonificaciones tengan dentro de su característica la liberalidad no implica que no tengan sustento objetivo. El objetivo de las multas no es el de pagar la sanción exclusivamente. Esta suposición iría en contra del principio de buena fe y la presunción de inocencia.
- (iv)** No existen coincidencias entre el monto de la sanción, las oportunidades de pago de los créditos con la entidad bancaria y las bonificaciones. Por el contrario, existen diferencias entre las cuotas de los créditos y las bonificaciones dependiendo de cada persona natural. Por ejemplo, en el caso de Luis Felipe Puerto Tobón, hubo una bonificación menor a la que recibieron otros gerentes. Por otra parte, el pago anticipado del crédito Bancolombia con la bonificación, no tiene nada de extraño, ya que es normal que, al tener un ingreso adicional de recursos, los mismos se destinen al pago de deudas existentes.

6. Análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio

La SIC por su parte se concentró en analizar si Tecnoquímicas y las personas naturales investigadas en la nueva actuación, incurrieron en las conductas infractoras del régimen de protección de la libre competencia, correspondientes a el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009. Esto se traduce, en la omisión de acatar en debida forma las ordenes de la Superintendencia específicamente respecto del pago de las multas impuestas a las personas naturales mencionadas por medio de las Resoluciones No. 43218 y No. 86817 de 2016.

Con base en lo anterior, la SIC entró a evaluar si se incumplió el mandato del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153, modificado como se mencionó por el artículo 26 de la ley 1340. De esta manera, la SIC les ordenó a las personas naturales el pago de las multas con su patrimonio y no con el apoyo de Tecnoquímicas. Para el efecto, la SIC analizó: **(i)** La naturaleza, alcance y propósito de la orden presuntamente infringida; **(ii)** Los hechos que se probaron dentro del expediente; **(iii)** La correspondencia entre los supuestos de la norma infringida y los hechos que efectivamente fueron probados.

6.1 Naturaleza, alcance y propósito de la orden presuntamente infringida

Tecnoquímicas incurrió en violación del artículo 47(1) del Decreto 2153 de 1992. Ernesto Trujillo Pérez, María Del Pilar Correa Lenis, Luis Felipe Puerto Tobón, Vanessa Hatty Benavides y Diego Humberto Quijano Reisner, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron dicha práctica restrictiva, entendida como el acuerdo de fijación de precios que realizó el “*Cartel de los pañales*”. En consecuencia, la SIC le impuso a Tecnoquímicas una multa equivalente a 100.000 SMMLV lo que representa el 8.6% de su patrimonio (Artículo Tercero de la Resolución No. 43218 de 2016).

La misma resolución, en su artículo Cuarto impuso en ese orden, multa de (288 SMMLV) a Ernesto Trujillo Pérez, multa de (171 SMMLV) a María Del Pilar Correa Lenis, multa de (57 SMMLV) a Luis Felipe Puerto Tobón, multa de (36 SMMLV) a Vanessa Hatty Benavides y multa de (225 SMMLV) a Diego Humberto Quijano. Multas que debían respetar en estricto sentido el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y su parágrafo frente a la forma de pago personal de las personas naturales.

La SIC reiteró la interpretación, fundamento y finalidad del parágrafo del artículo en mención. En esta medida, buscó un efecto disuasorio para que las infracciones al régimen de protección de la competencia se cumplan efectivamente. Para el Despacho, “*Existe un efecto disuasivo para combatir las conductas restrictivas de la competencia*”. Al igual, logra que la sanción obre como “*represión de los beneficios potenciales que pudo haber obtenido la persona*”.

La necesidad de un efecto disuasivo manda un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad, para evitar futuras infracción al régimen de protección de la competencia. El cartel de precios de pañales desechables duró más de una década y tuvo un impacto grave para los consumidores, razón por la cual los infractores deben asumir las consecuencias de sus actos. De lo contrario, se estaría creando un incentivo nefasto y se incrementaría la repetición de las conductas. Por eso, se busca reprimir el comportamiento de las personas sancionadas y al mismo tiempo se manda un mensaje ejemplarizante para la sociedad.

En esa línea, son las personas naturales las que ejecutan y materializan las conductas restrictivas de la competencia, razón por la cual las medidas disuasivo y represivas y represivas van encaminados a que dichas personas no repitan estas actuaciones. Por esta razón, en el momento en que Tecnoquímicas encubre el pago de las multas de las personas naturales investigadas, hace que el mensaje de política pública quede frustrado, porque no existe una consecuencia real para las personas naturales cuando ven que su patrimonio no es el que será afectado.

Para la SIC, resulta aún más gravoso que se burle con esta conducta la responsabilidad de asumir multas “*pues burla los objetivos de las actuaciones administrativas y tiene*

como resultado un incentivo perverso para los empleados que participan en conductas restrictivas". Así, las multas no van dirigidas únicamente a la persona jurídica o el agente de mercado, sino a las personas naturales que deben pagar las multas que a ellas se les imponen. No se debe exonerar la responsabilidad de estas personas, ya que la normatividad debe ser interpretada de manera lógica, sistemática y finalista. La norma, busca sancionar tanto a las personas jurídicas como a las naturales; y si las personas naturales no pagan las multas con su propio patrimonio, sino con respaldo de la empresa se incumple el propósito previsto en la prohibición.

La SIC rechaza la interpretación en el sentido de que los verbos rectores contenidos en la norma son independientes. Para la SIC *"Cubrir, asegurar o en general garantizar"* en el contexto de la norma, son sinónimos. El hecho que la norma diga *"en general"* indica que se refiere a cualquier tipo de actuación que cubra, asegura, garantice o sirva para asumir las multas de las personas naturales de forma directa o indirecta (por interpuesta persona), total o parcialmente, ya que, de lo contrario, se lesiona el bien jurídico protegido y el propósito mismo de la norma, razón por la cual la SIC considera absurda la interpretación de Tecnoquímicas.

Por otro lado, la SIC reafirma que la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, ordenes e instrucciones que imparta la autoridad, la obstrucción de las investigaciones en el incumplimiento de obligaciones, entre otras del artículo 25 de la ley 1340 de 2009, *"no es aplicable únicamente a las personas jurídicas sino a cualquier persona que infrinja, de manera directa, alguna de las disposiciones sobre protección de la libre competencia económica"*. Aunque, se haya dejado un título guía en el artículo 25 con el nombre – Monto de multas a personas jurídicas – esto no significa que corresponda estrictamente al contenido de la norma, pues, esta se aplica tanto a las personas jurídicas como a las naturales. Su aplicación, sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Por esto, la interpretación de la norma no puede ser exegética sino sistemática. Así, al aplicarse a cualquier sujeto que incurra en violación del régimen, las personas naturales vinculadas a Tecnoquímicas directamente infringen la disposición sobre protección de la competencia, al haber cubierto, asegurado o garantizado el pago de las multas a través de la empresa.

6.2 Hechos que se probaron dentro del expediente

Dentro de los hechos probados se encuentra que: **(i)** La SIC impuso sanciones a Tecnoquímicas por el acuerdo de fijación de precios en el *"Cartel de los pañales"* y a las cinco (5) personas naturales mencionadas anteriormente; **(ii)** Las personas naturales sancionadas tenían la obligación de cumplir las multas impuestas sin que Tecnoquímicas pudiera cubrir, asegurar o garantizar su pago; **(iii)** Las personas investigadas acreditaron el pago de sus respectivas sanciones ante la SIC el mismo día y a la misma hora, con créditos solicitados a Bancolombia; **(iv)** Estos créditos comenzaron a ser pagaderos en 2017; **(v)** Las cinco (5) personas naturales

investigadas, recibieron bonificaciones denominadas “202 – Bonificaciones Ocasionales en 2017” en junio y diciembre con excepción de Vanessa Hatty Benavidez; **(vi)** Los créditos con Bancolombia de todas las personas vinculadas con Tecnoquímicas tenían plan de pagos de cuotas de amortización en junio y diciembre de 2017; y **(vii)** Ninguna bonificación ocasional fue en monto inferior a las cuotas de amortización canceladas por los investigados para el crédito.

La SIC realizó una visita a Tecnoquímicas en marzo de 2018 en la cual verifico el cumplimiento de las multas, observó la información de nómina y contable de los periodos 2014 – 2018 y analizó los comprobantes de pago de nomina y movimientos contables por terceros. Como consecuencia de este análisis la SIC encontró diferentes tipos de bonificaciones como “voluntarias”, “ocasionales”, “resultado empresa”, “resultado individual”, “aporte empresarial a pensiones”, “planes de salud” y “recreación y deporte”, con sus códigos respectivos. En este sentido, aclaró la SIC que no se reprocha la entrega de beneficios extralaborales a los empleados, pero sí llama la atención sobre las bonificaciones casualmente expedidas para las personas sancionadas, que coinciden con las cuotas de amortización de sus créditos, y las sumas proporcionales a los pagos de las multas.

En el año 2017 Tecnoquímicas otorgó las bonificaciones identificadas como “202 – Bonificaciones Ocasionales” en el año inmediatamente siguiente al pago de la multa interpuesto por la SIC a Tecnoquímicas y a sus cinco (5) ejecutivos relacionados. La SIC interpretó como extrañas estas bonificaciones porque en los periodos 2014 a 2016 no se habían entregado estas bonificaciones ocasionales, mientras que en 2017 sí las entregó, justo a los ejecutivos que habían sido multados por la SIC. Entre otros ejemplos, la SIC observó que Felipe Puerto Tobón nunca había recibido bonificaciones por concepto de “202 – Bonificaciones Ocasionales” antes del 2017, Diego Humberto Quijano solo recibió una (1) en el año 2002, Ernesto Trujillo Pérez recibió tres (3) bonificaciones en el año 2000, María Del Pilar Correa Lenis tres (3) bonificaciones en 2001, 2006 y 2007 y Vanessa Hatty Benavides nunca recibió una bonificación por ese concepto antes del 2017.

Por lo anterior, la SIC considero atípicos, de carácter “novedoso” y “particular” estos beneficios de Bonificaciones Ocasionales que llegaron a las personas naturales luego de haber sido sancionadas. Si algún ejecutivo había recibido bonificaciones recientemente eran relacionados con el desempeño de empres como “203 - Bono resultado empresa” o “210 – Bono Resultado Individual”. Solo fue hasta 2017 que se expidieron estas “Bonificaciones Ocasionales”. Además, existía una relación o proporcionalidad entre el monto de la multa impuesta por la SIC y el monto de la bonificación, pues este monto superaba o alcanzaba a cubrir la multa impuesta como sucedió en el caso de Vanessa Hatty Benavides, que a pesar de haber dejado de prestar servicios a Tecnoquímicas recibió como bonificación un monto superior a la multa que impuso la Superintendencia.

Únicamente se encontraron dos (2) ejecutivos que no fueron sancionados pero que recibieron la bonificación ocasional por Tecnoquímicas: un vicepresidente *senior* y una

gerente, Lo cual no desvirtuó para el Despacho la conclusión del cubrimiento, aseguramiento o en general garantía por parte de Tecnoquímicas de la multa impuesta contra algunos de sus ejecutivos, ya que la SIC consideró relevante la finalidad de la empresa para asumir el pago de las multas impuestas a los sancionados, en la forma en que lo hizo.

Al igual, la coincidencia entre meses para el pago de los créditos con Bancolombia a plazo semestral, con las bonificaciones ocasionales que se expidieron, coincide con la amortización en los meses junio y diciembre de cada año de cara a las bonificaciones. Adicionalmente, el Despacho consideró que, al tratarse de ejecutivos, estas personas naturales tienen salarios integrales, por lo cual, no recibieron primas legales en junio y diciembre, como se observó en las pruebas y soportes de los certificados laborales. Así entonces, si usualmente no recibían primas legales en junio y en diciembre, no se explica porqué en junio y diciembre de 2017 recibieron bonificaciones adicionales.

Concluye la SIC, que no es una coincidencia aislada, que hay muchos elementos que apuntan a confirmar la imputación formulada, cuando hay una bonificación que cubre la multa impuesta justo en el año anterior. A pesar de que Tecnoquímicas, insistió en que estaba premiando el talento humano y el incentivo de los trabajadores, ello no tiene fundamento real, por la mera liberalidad con la cual se otorgan las bonificaciones, sin parámetros o condiciones para entregarlas; y tampoco se explica el caso de la empleada que salió de la compañía y aún así coincide su bonificación exactamente con el monto de la multa.

Tecnoquímicas, argumentó que no puede existir un sistema *ex ante* de remuneraciones, sino que se van dando de forma *ex post* con conocimiento de los incentivos que merecen los empleados, para observar las razones que fundamentan las bonificaciones ocasionales. La SIC, consideró que hasta la fecha Tecnoquímicas no ha podido explicar de manera racional la razón por la cual se otorgaron dichos bonos, con las mismas fechas y montos coincidentes para el cubrimiento de las multas. No hubo una explicación “razonable, creíble y transparente”. Para el Despacho lo que hay entonces es un cubrimiento del pago de las multas de los ejecutivos investigados, en definitiva.

Al analizar todas las pruebas y hechos descritos, la SIC concluye que resulta claro que Tecnoquímicas entregó beneficios en 2017 a las personas naturales a las cuales la SIC les impuso la sanción administrativa en 2016; y que dichos beneficios tuvieron como propósito y efecto “cubrir, asegurar o en general garantizar” indirectamente el pago de las multas impuestas, sin ninguna explicación que diera cuenta del por qué se entregaron estas “Bonificaciones Ocasiones” diferentes a las concluidas por el Despacho.

6.3 Correspondencia entre los supuestos normativos y hechos probados

Para la SIC no existe duda alguna que Tecnoquímicas, por medio del otorgamiento de beneficios durante el año 2017 cubrió o aseguró la oren de pago de las multas

impuestas por la participación en el “*Cartel de los pañales*” a través de “*Bonificaciones Ocasionales*”. De esta manera, las multas a las personas naturales investigadas fueron realmente cubiertas por Tecnoquímicas, lo cual desconoce la prohibición 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 consecuencia, la SIC recordó que tanto las personas naturales como las personas jurídicas tienen responsabilidad, “*pues todos incumplieron los supuestos con los que debían pagarse las multas*” y de esta forma, lesionaron y frustraron los propósitos de disuasión, represión y mensaje de política pública que busca la prohibición legal.

7. Procedimiento Adoptado

El Despacho, entró a revisar si se había ejecutado el proceso en debida forma. Algunos investigados, alegaron violación al debido proceso con base en el Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. La SIC aclaró, que las normas de protección de la competencia son de carácter especial, y el procedimiento específico corresponde al establecido en el numeral 12 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, el cual establece que el Superintendente Delegado para la protección de la competencia debe “*iniciar los trámites de solicitud de explicaciones por la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de informaciones, ordenes e instrucciones que se impartan*”.

La SIC especificó que son trámites de diferente índole. El que utilizó la Superintendencia fue el que consagra el Decreto 4886 en su artículo 9, por eso se realizan averiguaciones preliminares e investigaciones tendientes a establecer las infracciones a las normas de protección de la competencia. Consideró que no se transgredió en forma alguna el debido proceso ni el principio de legalidad y que la actuación estuvo ajustada a la norma especial que la regula, la cual “*no contempla la necesidad de dar apertura a una investigación formal, informe motivado, recomendación del consejo asesor y resolución final*”. Frente al trámite, al no contemplarse una disposición de traslado especial se aplica el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo correspondiente a un término de (10) días para rendir explicaciones solicitadas, lo cual no vulnera el derecho de defensa ni el debido proceso.

8. Sanciones

Al observarse la responsabilidad de la empresa, la SIC dice orientar la protección de las disposiciones de libre competencia económica, con base en el derecho administrativo sancionador, en términos de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que se logre un equilibrio entre la sanción aplicada y finalidad que establece la infracción.

Al analizarse la gravedad de la falta, la SIC la califica como (muy grave) al ir contra la propia política pública de protección de libre competencia, ya que se considera “*una*

burla al sistema sancionatorio” y al poder punitivo del Estado; lo cual se materializa a través de maniobras y fachadas para *“esconder el pago ilícito que hicieron o asumieron de la multa”* el cual es asumido por Tecnoquímicas a nombre de sus empleados sancionados. La SIC mira la forma de restablecer el bien jurídico lesionado a través de nuevas multas para que cumplan el propósito pensado, como se menciona en su momento, por cada vulneración y por cada infracción impondrá multas hasta por 100.000 SMMLV.

La nueva sanción que se impone a Tecnoquímicas, a pesar de no tener un impacto propiamente dicho en el mercado, contempla el incumplimiento de la orden emitida por la SIC. Lo cual, implica la frustración de los propósitos de “disuasión y represión de las sanciones, así como de la política pública de protección de la competencia. Para la SIC, esta actuación resulta más gravosa que el propio cartel, pues Tecnoquímicas burla a la Superintendencia y el poder sancionatorio del Estado. Teniendo como posible efecto, la probable continuidad o repetición de conductas por parte de sus empleados, que no se vieron afectados por el poder sancionatorio del Estado pues fue el empleador quien asumió la consecuencia de sus actos.

De esta manera, Tecnoquímicas en concreto fue quien cubrió aseguro o garantizó el pago de las multas impuestas a las cinco (5) personas naturales que participaron en el *“Cartel de los Pañales”*, cuando limitó y eliminó el efecto o impacto que tenían las sanciones, obteniendo un beneficio el infractor (es decir las personas naturales) frente a la conducta.

En consecuencia, se adiciona a la sanción de TECNOQUÍMICAS una suma equivalente al 10% de la misma como agravación de la sanción. Para las personas naturales al observar que no se pagó la multa, cuando su pago fue cubierto asegurado o en general garantizado por Tecnoquímicas, y no viéndose afectado su patrimonio, quedan premiadas sus actuaciones. En este sentido, se agravan de igual forma en un 10% las sanciones impuestas a cada persona natural, por los antecedentes e infracciones cometidas al régimen de competencia.

9. Resuelve

9.1 La SIC declaró que la persona jurídica y las personas naturales investigadas incurrieron en las conductas infractoras del régimen de libre competencia previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, con la omisión en acatar en debida forma las ordenes que Superintendencia impartió en el Artículo Quinto de la Resolución 432118 del 28 de junio de 2016. Modificado por el artículo PRIMERO de la resolución 86817 del 16 de diciembre de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

9.2 Por estas infracciones la SIC les impuso a las personas declaradas responsables las siguientes multas:

- (i)** Tecnoquímicas: multa de 33.000 SMMLV (\$25.780.986.000)
- (ii)** Ernesto Trujillo Pérez: multa de 400 SMMLV (\$312.496.800)
- (iii)** María Del Pilar Correa: multa de 300 SMMLV (\$234.372.600)
- (iv)** Luis Felipe Puerto Tobón: multa de 100 SMMLV (\$78.124.200)
- (v)** Vanessa Hatty Benavides: multa de 65 SMMLV (\$50.780.730)
- (vi)** Diego Humberto Quijano Reisner: multa de 400 SMMLV (\$312.496.800)

9.3 La SIC reiteró que el pago de las multas impuestas a las personas naturales sancionadas, NO podrán ser cubiertas, aseguradas o en general garantizadas directa o indirectamente, por Tecnoquímicas.

9.4 Así mismo la SIC ordenó a los sancionados realizar una publicación en un diario de circulación nacional.

10. Conclusiones

Con independencia de las pruebas que obran en el expediente respecto de los hechos descritos por la SIC en esta resolución; y del resultado de las acciones contencioso administrativa que pueden haber utilizado para anular el acto administrativo o al menos disminuir el monto de la sanción impuesta, el presente caso constituye una alerta para las empresas investigadas por la SIC, las cuales deben abstenerse de amparar, financiar o asegurar de manera alguna el pago de las sanciones impuestas a las personas naturales involucradas en la conducta anticompetitiva por acción o por omisión.

Queda claro que existe un riesgo importante en caso de que las empresas pretendan utilizar el sistema de bonificaciones de la empresa para resarcir a los empleados del pago de la multa, la cual les fue impuesta por ejecutar o tolerar la realización de las prácticas restrictivas de la competencia.

La recomendación en estos casos es que las empresas investigadas tomen distancia respecto de la responsabilidad en que incurren las personas naturales investigadas, con el fin de evitar siquiera la sospecha de que se quiere impedir que la persona natural asuma la responsabilidad personal que tiene por la realización de prácticas restrictivas de la competencia.

Al mismo tiempo debe tenerse en cuenta que la existencia y el uso de las bonificaciones extralegales no genera en si mismo una infracción del régimen de competencia; pero es indispensable cerciorarse que dichas bonificaciones no pueden ser utilizadas para resarcirle al empleado el pago de la multa impuesta por la SIC.