

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 22624 DE  
2005 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y  
COMERCIO**

***Caso CHICLE ADAMS  
PRECIOS PREDATORIOS***

**Investigados:**  
***SOCIEDAD CHICLE ADAMS S.A. y a sus miembros de Junta Directiva, Revisores  
Fiscales y al Representante Legal.***

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., junio de 2020**

## ÍNDICE

|    |   |    |
|----|---|----|
| 1. | INTRODUCCIÓN .....                      | 3  |
| 2. | AVERIGUACIÓN PRELIMINAR .....           | 3  |
| 3. | CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA .....  | 3  |
| 4. | CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.....       | 6  |
| 4. | DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA .....   | 13 |
| 5. | ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC ..... | 14 |

# **RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 22624 DE 2005 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

## ***Caso CHICLE ADAMS***

### ***PRECIOS PREDATORIOS***

#### **Investigados:**

***SOCIEDAD CHICLE ADAMS S.A. y a sus miembros de Junta Directiva, Revisores Fiscales y al Representante Legal.***

## **1. Introducción**

Que como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia mediante resolución número 36191 del 15 de Noviembre de 2002, abrió investigación en contra de la sociedad CHICLE ADAMS S. A., en adelante Adams, con el fin de determinar si actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 1o del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido ordenó investigar a sus miembros de Junta Directiva, Revisores Fiscales y al Representante Legal, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, respectivamente.

## **2. Conductas imputadas**

Mediante resolución número 36191 del 15 de Noviembre de 2002, se abrió investigación en contra de la sociedad CHICLE ADAMS S. A., en adelante Adams, con el fin de determinar si actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 1o del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo sentido ordenó investigar a sus miembros de Junta Directiva, Revisores Fiscales y al Representante Legal, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, respectivamente.

## **3. Consideraciones de la Delegatura**

la SIC definió al mercado relevante de CLARKS como el de gomas de mascar para adultos, dejando por fuera del mismo los productos de confitería tales como dulces duros y blandos de sabor a menta, gomas, entre otros, por considerar que no satisfacen las condiciones de sustituibilidad, en particular las relativas al uso y características del producto".

Al respecto, considera que "[p]ara poder definir el mercado relevante debe hacerse el análisis de sustituibilidad, desde varios puntos de vista a saber: "1. Por la demanda: Al respecto, la SIC ha considerado que: 'el grado de sustituibilidad de un producto frente al que esta siendo analizado, en aras de determinar su posible inclusión en el mercado relevante, debe ser el resultado de un análisis objetivo, que esté soportado en la correspondencia de precios, características y usos'.

"Dentro del expediente y con las pruebas practicadas, quedó demostrado como CLARKS puede ser sustituido por productos de confitería tales como dulces, dulces de menta, duros o blandos, gomas refrescantes al haber correspondencia de precios, característica y usos respecto de ambos tipos de productos. Veamos: "Precio: CLARKS es un producto que se vende al consumidor final al menudeo, en tiendas, kioscos, chaceros, cajoneros, al igual que los demás productos de confitería tales como mentas, dulces, dulces blandos de menta, gomas. Todos hacen parte de los productos de confitería de bajo precio'.

El estudio que la firma Napoleón Franco aportado al expediente, arrojó los siguientes resultados: "i) Que los aspectos mas importantes al momento del consumo de una gomas de mascar adicional a su precio son: Que deje buen aliento, que sea refrescante y que no dañe los dientes. "ii) Que en caso de no encontrar gomas de mascar en el mercado, casi un 50% de los consumidores reemplazarían las gomas de mascar por mentas y dulces y caramelos duros, otro porcentaje con otros productos de confitería, y solo el 4% de los entrevistados, respondió que con ningún producto reemplazarían la goma de mascar. "iii) Que las razones por las cuales se podría reemplazar las gomas de mascar por los mencionados productos, adicional al precio eran principalmente el buen aliento y que son refrescantes. "De lo anterior se observa como la principal característica por la cual busca un consumidor las gomas de mascar, se suple completamente con los dulces, dulces de menta y caramelos y dulces duros, lo cual los hace sustituibles desde el punto de vista de uso y características.

los canales de comercialización son comunes: Este aspecto es de vital importancia para determinar si un producto puede ser sustituido por otro. En efecto, como la sustitución se da al momento de compra, obviamente para que pueda entenderse que la misma podría operar, el producto sustituto debe encontrarse en el mismo lugar de venta del producto sustituido.

"Las pruebas son contundentes, en demostrar como la principal forma de comercialización del producto CLARKS, es al menudeo a través de kioscos, tiendas y chaceros, quienes a su vez reciben el producto de distribuidores mayoristas. Igualmente, las mentas, dulces duros o blandos, bombones etc., también son productos que se venden al menudeo y que se encuentran disponibles en los mismos lugares de venta del producto

CLARKS.

"En conclusión, es claro que las gomas de mascar, y en particular las gomas de mascar de marca CLARKS hacen parte del mercado total de confitería, que incluye entre otros los siguientes productos que compiten entre sí: Dulces, Bombones, Mentas, Refrescantes, dulces duros y blandos masticables, y en general cualquier producto que sirva para el aliento, que deje un sabor refrescante en la boca y que sea de bajo precio.

Lo anterior puesto que se dan los elementos de intercambiabilidad o sustituibilidad por: (i) consumidor y uso (características del producto), (ii) precio y (iii) forma y lugar de adquisición (mercado geográfico).

Agregó que "Independientemente de la participación de ADAMS dentro del mercado, ya sea este el de gomas de mascar, o de confitería en productos como dulces, mentas y otros, ADAMS no ostenta una posición de dominio dentro de los mismos. En efecto, no obstante se tome el mercado restringido de gomas de mascar como parámetro en donde el índice de dominancia de esta oscila entre 80% y 90%, o que se tome el mercado de Confitería en general, los elementos para que exista posición de dominio no concurren en CADBURY. Si bien la participación en mercado que ostente una compañía puede ser un elemento más para considerar la misma ostenta no posición de dominio, este elemento debe concurrir con otros mucho más importante para arribar a dicha conclusión.

"1. La cantidad y tamaño de las empresas competidoras, ausencia de concentración del mercado.

"i) El mercado está compuesto principalmente por 5 compañías dinámicas de tamaño significativo (COLOMBINA, INDUSTRIAS NOEL NOEL (sic), INDUSTRIAS SUPER DE ALIMENTOS, ADAMS y CONFITECA) que se disputan aproximadamente el 83% del mercado mientras varios otros competidores menores tienen el 17% restante.

"ii) ADAMS no es el (sic) la empresa con la mayor participación del mercado. Corresponde a COLOMBINA la mayor participación del mercado con un 33.6% en el año 2000, un 32.7% en el año 2001 y un 33.1% en el año 2002, mientras que ADAMS tenía unas participaciones del 28.7%, 25.6% y 25.7% respectivamente. Esta participación no le permite actuar de manera independiente a sus competidores en el mercado como lo analizaremos más adelante.

"iii) Tomando incluso el mercado de confitería para adultos las conclusiones son similares, es decir la participación (sic) ADAMS en el mercado no es la predominante y (sic) estructura del mercado implica que hay varias compañías dinámicas y de gran tamaño, al menos 4 más, que le significan una competencia real y permanente a ADAMS, impidiéndole tener una posición de dominio en el mercado.

"2. ADAMS no puede determinar directa o indirectamente las condiciones del mercado con independencia de sus competidores "De conformidad con el artículo 45, numeral 5 del Decreto 2153 de 1992 una compañía detenta posición de dominio en un mercado

cuando puede 'determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado'. En desarrollo de la norma transcrita la Superintendencia de Industria y Comercio en forma reiterada ha expresado que la posición de dominio 'cuando pueda modificar unilateralmente y de manera sustancial las condiciones en que se presta el servicio o se vende el producto respectivo, sin consideración a los competidores, a los clientes y lo pueda hacer de manera perdurable'.

"Dentro de la presente investigación se demostró como ADAMS no puede determinar unilateralmente las condiciones del mercado, por los siguientes aspectos:

"i) No puede modificar unilateralmente y sin consideración a sus competidores, las condiciones en que vende su producto de marca CLARKS. Ello implica que los precios de su producto son los fijados por el mercado mismo y no por lo que ADAMS quisiera.

"Lo anterior queda totalmente demostrado con el hecho de que mi representada lanzó el producto CLARKS al mercado con un precio sugerido al público de cincuenta pesos (\$50) como se puede observar en los volantes promocionales que se adjuntan como ANEXO 5. Sin embargo, tal y como se evidencia en la gráfica 12 'CIUDADES > 20000 HABITANTES- PRECIO UNIDAD DE CONSUMO' del estudio de Nielsen aportado como anexo 4, el precio de venta al consumidor de CLARKS que resultó imponiendo el mercado fue casi el doble (\$80.70 inicialmente con incremento a \$92.70) del precio sugerido por mi poderdante (\$50).

"ii) ADAMS tiene que constantemente estar verificando el mercado y a su competencia.

"Prueba de que ADAMS no puede determinar unilateralmente dichas condiciones lo constituye el hecho de que constantemente está haciendo seguimiento a la competencia en cuanto a precios, productos tendencias, etc. y adicionalmente realiza a través de expertos estudios de mercado con el fin de comportarse de acuerdo a lo que éste dicta.

Por otra parte agrega que "...en el mercado de confitería no existen barreras artificiales para que nuevos productos y competidores ingresen al mercado. En efecto, no existen circunstancias tecnológicas ni de costos especiales que impidan la entrada el mercado de nuevos productos nacionales o importados, las preparaciones de los productos están a disposición de cualquier potencial competidor y los costos de producción no son significativa mente altos, precisamente por cuanto estos son productos de bajo precio y consumo popular.

#### **4. Consideraciones de la Superintendencia**

Corresponde dilucidar si el comportamiento de la empresa investigada, de quien previamente se ha establecido que ostenta posición dominante, se subsume dentro del supuesto normativo cuya trasgresión se imputa. Para tal propósito, debe establecerse si efectivamente Adams efectuó ventas del producto Clarks por debajo de sus costos (elemento objetivo) y, en caso de ser afirmativo este primer supuesto, sí fue como dice la

norma, con el objeto de "...eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos" (elemento subjetivo), aspectos a los que nos referiremos más adelante.

### Hechos probados

Como punto de partida, es importante hacer un recuento de los principales hechos que se han logrado establecer en el transcurso de la investigación adelantada. De esta manera, encontramos:

a) La empresa Chicle Adams S. A. fue constituida mediante escritura pública No. 1694 del 21 de mayo de 1953, con el objeto principal de fabricar, preparar, vender y distribuir goma de mascar, actividades que ha venido desarrollando en forma regular hasta la fecha.

b) La empresa Confitecol S. A., constituida mediante escritura pública 1916 del 6 de mayo de 1993, es una subsidiaria de la empresa ecuatoriana Confiteca S. A. y está dedicada a la importación y comercialización de distintos productos, entre ellos, goma de mascar.

c) En febrero de 1999, Confiteca a través de Confitecol, lanzó al mercado colombiano la goma de mascar marca Tumix, consistente en una goma de mascar con sabor a menta, ofrecida al consumidor final en presentación pillow pack de dos pastillas, a un precio de \$100 la unidad.

d) La comercialización de la goma de mascar marca Tumix cubre principalmente las zonas occidental, centro y norte del país.

e) Para junio de 2002, la goma de mascar marca Tumix alcanzó una participación en el mercado de gomas de mascar refrescantes del 13.1%.

Para julio de 2002, la empresa Adams (hoy Cadbury Adams) comercializaba en el mercado nacional goma de mascar bajo las marcas: Chiclets Ice en cajetilla de 2, 10 y 12, de sabor a menta y yerbabuena; Chiclets Adams en cajetilla de 2 y 12 pastillas, sabores menta, clorofila, canela y tuti fruti; Bubaloo en presentación pillow pack de una unidad, en sabores pina tropical, fresa, banano, manzana, cereza y fruta; Chicle Motitas en presentación taco puntas dobladas de una unidad, en sabores a menta, fresa, banana, cherry cola, tropical kiwi; y Chicle Trident en presentación barra de cinco piezas por sobre, con sabores a mora azul, canela, yerbabuena, menta, entre otros.

Hacia mediados del año 2002, la empresa Adams lanza la goma de mascar marca Clarks, con sabor a menta, ofrecida al consumidor final en presentación pillow pack de dos pastillas. El producto fue lanzado en paquetes de 110 unidades al mayorista, con un precio sugerido al público de \$50, el cual se mantuvo cuando menos hasta diciembre de 2003.

h) La goma de mascar marca Clarks se lanzó en Medellín y progresivamente se fue extendiendo a Pereira, Cali y la Costa Atlántica. Posteriormente, en enero y febrero de 2003 se amplió hacia Bucaramanga y Bogotá.

i) Las pruebas recaudadas en el expediente, permiten inferir que la comercialización del producto Clarks se llevó a cabo, cuando menos, hasta diciembre de 2003.

j) Entre abril y noviembre de 2002, la participación en el mercado de la goma de mascar marca Tumix pasó del 10% al 19%, es decir, mostró un crecimiento de 9 puntos porcentuales. A su vez, durante el periodo comprendido entre diciembre de 2002 y julio de 2003, la participación en el mercado de Tumix se incrementó tan sólo en 3 puntos porcentuales, llegando a ubicarse en un 22%. Por su parte, durante el primer periodo señalado, el producto Clarks alcanzó una participación de mercado del 1.9% en tan solo 3 meses, mientras que durante el segundo periodo analizado incrementó su participación en otros dos (2) puntos porcentuales, alcanzando un 4% de participación en el mercado.

Lo anterior evidencia una desaceleración de la penetración de Tumix en el mercado, que coincide con la entrada al mercado del producto Clarks.

A partir de lo anterior, y con fundamento en los demás elementos probatorios obrantes en el expediente, corresponde efectuar las valoraciones en torno a los siguientes aspectos:

El elemento objetivo de la conducta

Para efectos del análisis del elemento objetivo de la conducta, resulta importante señalar que el giro habitual de toda empresa implica una acumulación de costos. En primer lugar, teniendo en cuenta solamente el ciclo productivo, una empresa debe incurrir en ciertos costos correspondientes a la compra de insumos y/o materia prima, la contratación y/o adquisición de factores productivos (bienes de capital y trabajo) y todos aquellos asociados al proceso de transformación o conversión, etapas que reunidas generan un inventario de producto terminado.

Una vez se dispone del producto terminado, puede generarse para la empresa otra acumulación de costos dependiendo de la forma de comercialización del producto. En aquellos casos en los que la empresa sitúa sus productos en las bodegas de sus distribuidores se generan costos, adicionales a los generados en la etapa productiva, asociados al manejo de la carga, fletes y seguros, entre otros. Bajo el anterior entendido, y de acuerdo con la información que reposa en el expediente, es posible concluir que la empresa Adams no sólo fabrica gomas de mascar refrescante, sino que adicionalmente realiza actividades de comercialización. Al respecto, la señora Patricia de la Cruz Serrano funcionaría de Adams, puso de presente en declaración la extraproceso realizada ante la notaría 16 de la ciudad de Cali, que la distribución de los productos de Adams "...se hace desde la ciudad de Cali, hacia las diferentes ciudades y poblaciones del país, a través de operadores logísticos de transporte (...)"

Así, pues, es posible afirmar que la actividad económica desarrollada por la empresa Adams en general, y para su producto Clarks en particular, inicia con la adquisición de la materia prima e insumos, continúa con la transformación y culmina con la entrega de productos terminados en las bodegas de mayoristas, distribuidores y autoservicios. Por



consiguiente, el costo del producto Clarks incluye los costos adicionales al proceso de fabricación de la goma de mascar Clarks, asociados con la comercialización del producto, los cuales deberán ser tenidos en cuenta para efectos de realizar la comparación precio - costos, a que hace referencia la norma en cuestión.

#### El elemento subjetivo de la conducta

Para la comprobación del elemento subjetivo de conducta se procederá a analizar los hechos acaecidos durante el período de estudio y realizados por la empresa investigada respecto al mercado definido en general, pero particularmente referente al producto objeto de investigación, hechos que se constituyen en indicios y que deben ser apreciados de manera conjunta por parte de este Despacho para poder extraer conclusiones que lo lleven a formar una convicción respecto de los hechos verdaderamente acaecidos.

Según se ha podido establecer durante la investigación, el lanzamiento de chicles Clarks se produjo utilizando una presentación 'pillow pack' (dos pastillas), sabor menta y dirigidos a un segmento objetivo de población correspondiente a adultos, iguales a los que se venían siendo utilizados para el producto Tumix, lo que resulta llamativo, pues pudiendo la empresa Adams escoger entre varias presentaciones y sabores, se decidió precisamente por los mismos que estaba utilizando su competidor más inmediato en el segmento adulto de bajo precio.

Lo señalado en el párrafo precedente resulta todavía más llamativo, si se tiene en cuenta que el lanzamiento de Clarks se produjo justamente en zonas en que Tumix estaba teniendo mayor acogida, y con un precio de venta sugerido al público que no era mayor, ni siquiera igual, sino sustancialmente inferior al que tenía Tumix, a tal punto que no alcanzaba a cubrir los propios costos del agente investigado.

Teniendo presente que el producto Tumix alcanzó para junio del 2002 una participación en el mercado de gomas de mascar del 13.1%, y que buena parte de ese porcentaje estaba representado por antiguos consumidores de los productos Adams, es lógico inferir que la introducción de Clarks constituyó la estrategia comercial adoptada por la empresa Adams, para hacer frente al progresivo aumento de la participación de Tumix en el mercado, sólo que en este caso la estrategia no fue defensiva sino eminentemente ofensiva con un carácter adicional de elementos predatorios, como lo deja entrever el precio asignado por Adams para venta de Clarks por un período suficientemente amplio, el cual no alcanzaba a cubrir los costos promedios totales del producto y ni siquiera sus costos variables promedio, de modo que su conducta no correspondió a un comportamiento racional de minimización de pérdidas.

Bajo este escenario, no se encuentra racionalidad económica que justifique las ventas de Clarks a un precio que no sólo no le generaba rentabilidad sino que le hacía incurrir en pérdidas sucesivas, además con una tendencia creciente, pues entre más unidades se vendieran mayores serían las pérdidas.

De cualquier manera, si el producto Clarks no era rentable para la empresa Adams, lo

lógico era que esta hubiera intentado incrementar el precio del producto, y en caso de que ello no fuera posible por razones de competencia, que lo hubiera retirado en forma definitiva del mercado, más no como en efecto hizo, mantenerlo por dieciocho meses a un precio que no le permitía recuperar ni siquiera su inversión.

Aunque se ha tratado de justificar esta situación por parte de la empresa investigada, arguyendo que se trató de una estrategia introductoria del producto Clarks, a la cual correspondieron las promociones a mayoristas (display de 110 unidades por el precio del display de 100 unidades), la verdad de los hechos analizados en conjunto pone de manifiesto otra cosa, pues si bien es cierto que en el expediente obran pruebas que apuntan a demostrar que la mencionada promoción se extendió únicamente durante los meses de agosto y septiembre de 2002; también lo es que el precio neto del producto se mantuvo desde su lanzamiento, cuando menos hasta diciembre de 2003, lo que pone de relieve que no fue simplemente un precio introductorio y temporal, como se ha dicho por la empresa investigada, sino con la durabilidad suficiente para afectar las ventas del producto Tumix.

De igual forma, si se tiene en cuenta que ha sido política de la empresa Adams tener productos en el mercado con precios altos, llama la atención a esta Entidad que hubiera decidido un precio tan bajo para Clarks (\$50 unidad), especialmente cuando el producto más económico con que participaba en el mercado de gomas de mascar refrescantes, eran las presentaciones unitarias de dos pastillas, a un precio al público de \$200 por unidad.

Así mismo, no deja de sorprender que Adams haya introducido el producto Clarks con un precio sugerido al público, justo a la mitad del que tenía Tumix, y que haya introducido dicho producto en las mismas zonas de influencia de Tumix, cuando ello le significaba desaprovechar sus zonas habituales de influencia, como Cundinamarca y Bogotá. En efecto, aunque habría sido más fácil para Adams incursionar en zonas en las cuales Tumix no estaba fortalecido,[69] se decidió por las mismas zonas en que Tumix venía presentando mayor acogida, lo cual constituye un indicio respecto de la existencia de una estrategia predatoria seguida por la empresa Adams.

Adicionalmente al utilizar un precio sustancialmente por debajo del de Tumix y en las zonas en las cuales precisamente éste último tenía influencia, causa más sorpresa que Adams haya utilizado para el producto Clarks el mismo estilo de presentación, sabor e idéntico segmento objetivo de población.

De manera que las circunstancias que precedieron y sucedieron el lanzamiento de chicles Clarks, permiten advertir que constituyó el medio utilizado por la empresa Adams para eliminar o frenar la expansión de Tumix. En efecto, no se vislumbra una condición económica distinta, que justifique tener un producto a pérdida por más de 12 meses en el mercado, pues con él la empresa Adams no sólo estaba dejando de recuperar los costos totales destinados a esta línea de negocio, sino que esta situación predatoria también le representaba un costo de oportunidad, al dejar de destinar tales recursos a otra línea de negocio que sí le resultará rentable. Adicionalmente, es necesario ver en conjunto las acciones paralelas realizadas por Adams para acompañar la estrategia predatoria de

Clarks, tales como ofrecer una misma presentación, un mismo sabor y cubrimiento de las zonas de influencia de Tumix.

Pese a que los funcionarios de Adams explicaron el lanzamiento de Clarks en función al interés de la empresa por ofrecer un producto de bajo precio a los consumidores, la evidencia circunstancial puesta de presente en los párrafos anteriores, lleva a desestimar el sentido de sus declaraciones, pues como se ha expuesto, la forma en que se llevó a cabo el lanzamiento de este producto y su mantenimiento en el mercado, revela un propósito deliberado de afectar el rendimiento de Tumix.

Para este Despacho, los aspectos anteriormente señalados son base suficiente para concluir que la conducta a que se ha hecho referencia en los puntos anteriores, fue realizada por parte de la empresa Adams con el objeto de "eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos", dando lugar a la configuración del numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y, en esa medida, a la responsabilidad de la investigada por la trasgresión a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Por consiguiente, este Despacho se aparta de las conclusiones a que llegara la Delegatura para la Promoción de la Competencia en el informe motivado rendido el 29 de abril del año en curso, pues como se ha expuesto en el presente acto, la conducta investigada tenía el objeto y la potencialidad suficiente para afectar el desempeño de Tumix en el mercado, eliminándolo o cuando menos deteniendo su expansión.

#### Responsabilidad de personas naturales

Según el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 300 S.M.LM.V a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

A este respecto, resulta oportuno mencionar que para que se configure la responsabilidad de las personas naturales antes mencionadas, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a la cual pertenecen, por la trasgresión al régimen sobre libre competencia.

De cualquier manera, la responsabilidad de las personas naturales investigadas es de carácter individual, en tanto está supeditada a las probanzas que para cada uno resulten dentro del proceso.

En el caso concreto, a través de la resolución de apertura se ordenó investigar, junto con la empresa Adams, a las siguientes personas naturales:

Representante Legal: Marcos G. Grasso.

Revisores Fiscales: Alfredo José López Tobón y Claudia Manzano Rada.

Miembros de Junta Directiva: Marcos G. Grasso, Adriana Núñez Aranguren, José Gasso, Ángela Restrepo de Sanín y José Antonio Lloreda y Jorge Avilan.

Sobre la base de que ha sido establecida la responsabilidad de la empresa Adams por violación al régimen sobre libre competencia, corresponde determinar la responsabilidad de cada una de las personas mencionadas, por las circunstancias referidas. Veamos: ·

#### Representante Legal

A pesar de que el señor Marcos G. Grasso ejercía la representación legal de la empresa Adams para la época de los hechos investigados, no es posible atribuirle responsabilidad por la práctica predatoria realizada, en la medida en que en el expediente no existen elementos probatorios de los que pueda inferirse que haya autorizado, ejecutado o tolerado la situación descrita.

En consecuencia, se exonera de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. ·

#### Revisores Fiscales

De las atribuciones que por mandato legal le corresponden a la figura del revisor fiscal, no es posible colegir que los señores Alfredo José López Tobón y Claudia Manzano Rada en el caso concreto, hayan debido tener algún grado de ingerencia o anuencia frente a la conducta predatoria ejercida por la empresa Adams.

Adicionalmente, en el expediente no obra prueba de la que pueda colegirse que tales personas hayan tenido conocimiento de la conducta que se está reprochando, y menos aún, de que la hayan autorizado, ejecutado o tolerado. En suma, no existen elementos probatorios que comprometan su responsabilidad individual, en torna a estas circunstancias. ·

#### Miembros de Junta Directiva

No es posible establecer que por virtud del cargo de miembros de junta directiva, los señores José Gasso, Adriana Núñez Aranguren, Ángela Restrepo de Sanín y José Antonio Lloreda, hayan debido conocer de la práctica predatoria objeto de reproche. Tampoco obra prueba en el expediente que comprometa la responsabilidad individual de tales personas, en el sentido de que los hayan autorizado, ejecutado o tolerado la conducta investigada.

Sin embargo, la situación es distinta cuando se analiza la responsabilidad individual del señor Jorge Avilan Aristizabal, quien además de miembro de junta directiva ejercía funciones de representación legal y de director de mercadeo de la empresa Adams, según las distintas pruebas recaudadas, las que además ponen de presente su activa

participación en la decisión, planeación y ejecución del programa de lanzamiento e introducción al mercado del producto Clarks.

## 5. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso impuso una sanción administrativa a las investigadas, al decidir que:

**“ARTÍCULO 1o.** Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por la Cadbury Adams S. A., es ilegal por contravenir lo previsto en el numeral 1º del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

**ARTÍCULO 2o.** Imponer una sanción pecuniaria por la suma de seiscientos ochenta millones de pesos MCT (\$680.000.000.00) a la sociedad Cadbury Adams S. A.

**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 Popular, cuenta No. 050-00110-6 DTN Superintendencia de Industria y Comercio o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario Cuenta No. 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

**ARTÍCULO 3o.** Declarar la responsabilidad del señor Jorge Avilan Aristizábal, representante legal de la sociedad Cadbury Adams SA, por contravenir dispuesto en el numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992. Imponer una sanción pecuniaria por la suma de cien millones de pesos MCT (\$100.000.000.00) al señor Jorge Avilan Aristizabal como persona natural investigada.

**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 Popular, cuenta No. 050-00110-6 DTN Superintendencia de Industria y Comercio o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario Cuenta No. 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

**ARTÍCULO 5o.** Exonerar de la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992, a los señores Marcos G. Grasso, Adriana Núñez Aranguren, José Gaso, Ángela Restrepo de Sanín, José Antonio Lloreda, Alfredo José López Tobón y Claudia Manzano Rada, en su calida de personas naturales investigadas, en consecuencia, abstenerse de sancionarles.

**ARTICULO 6o.** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Gustavo Tamayo, apoderado especial de la sociedad CADBURY ADAMS S. A. y de los señores

*Jorge Avilan Aristizabal, Marcos G. Grasso, Adriana Núñez Aranguren, Angela María Restrepo, José Antonio Lloreda o a quien haga sus veces; y a los señores José Gaso, Alfredo José López Tobón, Claudia Manzano Rada en su calidad de personas naturales investigadas; entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.”*

## **6. Análisis y conclusiones**

Si se compara el precio del producto Clarks con el costo del producto de manera mensual, incluyendo, además de los costos de fabricación, los costos de comercialización, se constata que durante todo el período de análisis que corresponde a un total de 17 meses, el producto en cuestión se vendió por debajo de sus costos.

Aunque en determinadas circunstancias una empresa puede fijar un precio inferior al costo total unitario de su producto, ya que puede encontrarse en un comportamiento racional de minimización de pérdidas, no puede pasarse por alto que la fijación del precio a este nivel no resulta sostenible, ni siquiera en el corto plazo si se encuentra por debajo de su coste variable medio, pues de ser así, resultaría más rentable la retirada del mercado. Si se tuviera en cuenta un período de tiempo más largo, generalmente superior a un año, si el precio del producto no cubre los costos medios totales, lo rentable sería salir del mercado para dicho producto.

Así, pues, en el caso bajo estudio se pudo establecer que el precio neto al que se vendió el producto chicle Clarks se ubicaba en un nivel inferior a su correspondiente costo medio total durante el período de investigación comprendido entre agosto del 2002 y diciembre de 2003.

En razón a lo anterior, se descarta la posibilidad de ubicar a la empresa Adams en una situación racional de minimización de la pérdida respecto del producto bajo estudio, toda vez que los ingresos percibidos por las ventas de Clarks no alcanzaba a cubrir el costo de los factores básicos de producción, como materia prima y mano de obra, y los costos de comercialización, y mucho menos los asociados a administración, corrección monetaria y provisión de impuestos. Debiendo agregar que la situación señalada permaneció así durante los diecisiete (17) meses del periodo del estudio, esto es, manteniendo un precio para el producto Clarks que generaba una pérdida sucesiva, al no recuperar los costos y erogaciones realizadas, lo cual precisa la ejecución de la conducta predatoria por parte de la empresa investigada.

Proyectado por: Diego Guarín