



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

RESOLUCIÓN NÚMERO

(6839 de 2010)

VERSIÓN PÚBLICA

Radicación No. 04-074580

Por la cual se imponen unas sanciones.

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades, en especial de las previstas en el Decreto 3523 de 2009, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución 6981 de 9 de marzo de 2007 se abrió investigación en contra de las siguientes personas jurídicas: Ingenio del Cauca S.A. (en adelante INCAUCA); Ingenio Providencia S.A. Subordinada (en adelante PROVIDENCIA); Manuelita S.A. (en adelante MANUELITA); Mayagüez S.A. (en adelante MAYAGÜEZ); Ingenio Riopaila S.A. (en adelante RIOPAILA); Ingenio Central Castilla S.A. (en adelante CASTILLA); Ingenio Pichichí S.A. (en adelante PICHICHÍ), Ingenio Risaralda S.A. (en adelante RISARALDA); Ingenio La Cabaña S.A. (en adelante LA CABAÑA); Carlos Sarmiento L. & Cía. Ingenio San Carlos S.A. (en adelante SAN CARLOS); Ingenio Carmelita S.A. (en adelante CARMELITA), Ingenio MARÍA LUISA S.A. (en adelante MARÍA LUISA); Central Tumaco S.A. (en adelante TUMACO); para verificar si infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 1 y 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En el mismo acto administrativo se ordenó investigar a los representantes legales de las sociedades investigadas: Juan José Lülle como representante legal de INCAUCA, Gonzalo Ortiz como representante legal de PROVIDENCIA, Adolfo León Vélez como representante legal de MANUELITA, Mauricio Irigorri como representante legal de MAYAGÜEZ, Bernardo Quintero como representante legal de RIOPAILA y CASTILLA, Silvio Freddy Quintero como representante legal de PICHICHÍ, César Augusto Arango como representante legal de RISARALDA, Juan Cristóbal Romero como representante legal de LA CABAÑA, Carlos Alberto Martínez como representante legal de SAN CARLOS, Clemente Carlos Mira como representante legal de CARMELITA, Carlos Arcesio Paz como representante legal de MARÍA LUISA y Santiago Salcedo como representante legal de TUMACO, con el propósito de determinar si habrían autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas que se les imputaron.

SEGUNDO: Que una vez notificada la resolución de apertura de investigación y corrido el traslado correspondiente, mediante la Resolución 4991 de 21 de febrero de 2008 decretó y ordenó la práctica de pruebas, entre otras, visitas administrativas a las empresas, testimonios de proveedores, testimonios de los funcionarios de las

empresas y declaraciones de los representantes legales, así como la evidencia documental recaudada de oficio y la solicitada y aportada por las partes.

La Resolución 4991 de 2008 fue aclarada en dos oportunidades mediante comunicaciones radicadas con números 04-074580-169 a 172 de 25 de febrero de 2008 y mediante comunicaciones radicadas con números 04-74580-173 a 176 de 25 de febrero de 2008. Las visitas administrativas y algunos de los testimonios fueron reprogramados por inasistencia con y sin excusa, mediante resoluciones 8685 de 26 de marzo de 2008, 10782 de 9 de abril de 2008, 18381 de 4 de junio de 2008, 21841 de 26 de junio de 2008, 25910 de 25 de julio de 2008, 29144 de 13 de agosto de 2008 y 23229 de 12 de mayo de 2009. Mediante resoluciones 38777 de 7 de octubre de 2008 y 55770 de 26 de diciembre de 2008 se cambió el perito designado en el acto de pruebas, se corrió traslado y se fijaron sus honorarios. Mediante la Resolución 45643 de 7 de septiembre de 2009 se decretaron pruebas de oficio y se aceptaron los desistimientos presentados por los apoderados. Mediante la Resolución 57436 11 de noviembre de 2009 se limitó la toma de testimonios, luego de que algunos de ellos fueron reprogramados hasta tres veces por vicisitudes no atribuibles a la Superintendencia.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia suscribió el 13 de noviembre de 2009 el Informe Motivado de la correspondiente actuación, en el cual recomendó: (i) sancionar a los trece ingenios investigados por considerar que celebraron un acuerdo para la fijación de precios para la compra de caña, en infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; (ii) sancionar a INCAUCA, PROVIDENCIA, CASTILLA, RIOPAILA, MANUELITA, MAYAGÜEZ y LA CABAÑA, por considerar que celebraron un acuerdo para la repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de caña de azúcar, en infracción del numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992; (iii) sancionar a los señores Juan José Lülle, Gonzalo Ortiz, Adolfo León Vélez, Mauricio Iragorri, Bernardo Quintero, Silvio Freddy Quintero, César Augusto Arango, Carlos Alberto Martínez, Clemente Carlos Mira y Santiago Salcedo, por considerar que toleraron, autorizaron o ejecutaron las conductas imputadas, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992; y (iv) no sancionar a los señores Carlos Arcesio Paz y Juan Cristóbal Romero.

CUARTO: Que como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes estando dentro del término legal para ello, a través de sus apoderados especiales presentaron observaciones al mismo¹.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el numeral 15 del artículo 4 del mismo texto legal y el numeral 10 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, se escuchó al Consejo Asesor en sesión llevada a cabo los días 20 de enero y 2 de febrero de 2010.

¹ Escritos de 11 de diciembre de 2009 radicados con números: 04-074580-735 (C102-148 a 188); 04-074580-736 (C103-1 a 55); 04-074580-737 (C103-56 a 136); 04-074580-738 (C103-137 a 177); 04-074580-739 (C103-178 a 260); 04-074580-740 (C104-1 a 71); 04-074580-741 (C104-72 a 141); 04-074580-742 (C104-142 a 254); 04-074580-743 (C105-1 a 130); 04-074580-744 (C105-131 a 216); 04-074580-745 (C106-1 a 86); 04-074580-746 (C106-151 a 237); 04-074580-747 (C107-1 a 66); 04-074580-748 (C107-67 a 119). Y escritos de 30 de diciembre de 2009 radicados con números: 04-074580-751 (C108-554 a 575); 074580-752 (C108-576 a 596).

SEXTO: Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos:

6.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en especial por los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente al momento de los hechos investigados y que fue modificada por el Decreto 3523 de 2009, en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 1, son funciones de esta entidad, entre otras:

“2. Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias que la ley expresamente atribuya a otras autoridades.

3. Atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

4. Imponer, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como previa solicitud de explicaciones, por la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones”.

El numeral 8 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función “[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica”.

Así mismo, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y en concordancia con lo establecido en el numeral 4 del artículo 1 y el numeral 10 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

Las normas contenidas principalmente en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el Decreto 3307 de 1963, los artículos 44 a 50 del Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 y el Decreto 3523 de 2009, configuran el régimen básico en materia de prácticas comerciales restrictivas. En ellas se describen las conductas consideradas anticompetitivas, las cuales pueden revestir la forma de acuerdos o actos contrarios a la libre competencia o de abusos de la posición dominante en el mercado.

El régimen descrito está en armonía con lo previsto por el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece:

“Art. 333.- La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará y controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

Frente al alcance de la libre competencia en el marco de la Constitución Política de 1991 la Corte Constitucional ha expresado:

“La competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita.

A partir de la Constitución Política de 1991, el ejercicio de la libre competencia, que se consideró siempre, correspondía a la autonomía de la libertad y a la libertad contractual propia de la esfera del individuo, se estima como perteneciente a la estructura del Estado social y democrático de derecho, que se funda en un sistema de economía mixta y en un modelo de economía social de mercado. De este modo debe entenderse el principio establecido en el artículo 333, inciso segundo, de la Constitución Política, según el cual la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades, en el sentido que el ejercicio del derecho individual de la libre competencia está limitado por la función social que debe cumplir. El derecho a la libre competencia es garantizado por la Constitución Política, que simultáneamente exige que en su ejercicio se imponga el respeto a la función social que le es propia.

La libre competencia en Colombia se desarrolla dentro de una economía social de mercado, en la que existe la libre iniciativa privada pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas.

Elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad de que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades, b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren.

La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito

general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

[...]

4.3. Regulación de la libre competencia

La competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana competencia. De ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política).

En nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios.

En este orden de ideas, la regulación legal orientada a preservar la libre y honesta competencia, se refiere básicamente a tres tipos de prácticas deshonestas: en primer lugar, las prácticas colusorias entre empresarios para restringir la competencia; en segundo término, el abuso de posición dominante; y en tercer plano, la competencia desleal entre empresarios².

Como ha quedado reseñado, el derecho a la libre competencia encuentra fundamento directo en la Constitución Política y ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como un derecho cuyo alcance y contenido se debe entender en el marco del Estado Social de Derecho.

En efecto, la libre competencia es un derecho que comporta una doble perspectiva, pues es tanto derecho subjetivo de los agentes económicos, como un derecho del colectivo.

Como derecho subjetivo, la libre competencia implica, por una parte, la potestad que tienen todos los agentes económicos de desarrollar la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las establecidas por la ley y, por la otra, su correlativa obligación de respetar las normas de competencia que les obligan a actuar de forma libre, independiente y leal en el mercado.

Es así como en la Constitución Política de 1991, la libre competencia se debe analizar no solo desde la perspectiva del interés de agentes económicos, es decir, como la protección que el Estado brinda a sus aspiraciones individuales frente a eventuales prácticas anticompetitivas o desleales, sino que tal como lo ha ratificado

² Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 13 de junio de 2001.

la Corte Constitucional, constituye a la vez un derecho de la colectividad. Esta perspectiva implica que la libre competencia se traduce también en responsabilidades y obligaciones de los participantes en el mercado para proteger un interés público colectivo, esto es, el bienestar de todos los consumidores y la eficiencia del mercado.

La Corte Constitucional ha señalado que bajo el esquema de economía social de mercado que traza nuestra Constitución, la libre competencia busca el bienestar y la estabilidad social. La libre competencia tiene por finalidad garantizarle a todas las personas que podrán desarrollar su actividad económica concurriendo en el mercado marcando diferencias que permitan tomar ventaja legítima sobre sus competidores, a través de la mejora de sus prestaciones y no en perjuicio de la asignación eficiente de los recursos.

6.2. Marco normativo

De conformidad con la Resolución 6981 de 9 de marzo de 2007, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se indagó sobre la presunta infracción de las normas que se señalan a continuación.

6.2.1. Prohibición general

Establece el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 que *"[q]uedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*.

Esta autoridad de competencia ha interpretado como cláusula general del régimen de protección de la competencia el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En este sentido, la norma estipula que cualquier práctica que restrinja la libre competencia se encuentra prohibida. Además de esta norma, el Decreto 2153 de 1992 define un conjunto de conductas que, con la denominación de acuerdos, limitan la libre competencia y comportan una infracción de la mencionada cláusula general dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En este orden de ideas las disposiciones de la norma general no tienen un carácter residual, es decir, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 abarca tanto las conductas del Decreto 2153 de 1992 como cualquier otra que, a pesar de no estar prevista en el citado Decreto, termine afectando la competencia en los mercados. Por lo tanto, si la autoridad de competencia concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición general.

6.2.2. Acuerdo de fijación de precios

Señala el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

6.2.3. Acuerdo de repartición de fuentes de abastecimiento

Señala el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

6.3. Periodo de la investigación

La resolución de apertura de investigación propuso indagar sobre conductas desplegadas entre mayo de 2005 y febrero de 2007.

7. El mercado relevante

La descripción del mercado relevante permite establecer el ámbito geográfico en el cual se realizan las conductas investigadas y los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia. En ese sentido, la identificación pasa por describir tanto el mercado de producto, como el mercado geográfico.

El punto de partida para la identificación del mercado, en este caso, lo constituye el producto y su respectivo mercado geográfico señalado como afectado de acuerdo con los indicios que dieron origen a la investigación y las pruebas recaudadas dentro de la misma. Es decir, el mercado de compra de caña por parte de los industriales productores de azúcar y etanol, ubicados en el valle geográfico del río Cauca.

7.1. El mercado de producto

La caña de azúcar (*Saccharum officinarum*) es una planta propia de los climas tropicales y subtropicales, procedente de Nueva Guinea. Las variedades que se cultivan son híbridos de la especie *officinarum* y otras afines. La misma sirve de materia prima para la elaboración de azúcar y otros productos³, al tiempo que algunos de los subproductos en su proceso de transformación, sirven de insumo para otras industrias⁴.

De acuerdo con el estudio realizado por Rosas y Tobón –*El funcionamiento de la agroindustria de la azúcar y el sistema de pago de caña de azúcar en Colombia*⁵–, el cultivo de la caña se caracteriza por ser de tardío rendimiento, por cuanto su producción comienza después de un año y tiene una vida útil de entre siete y diez cortes, mientras que las edades adecuadas para el corte de los tallos más gruesos se encuentran alrededor de los trece meses. Una vez hecho el corte, la caña debe ser procesada a la mayor brevedad posible, ya que la pérdida de sacarosa hace que esta materia prima pierda valor.

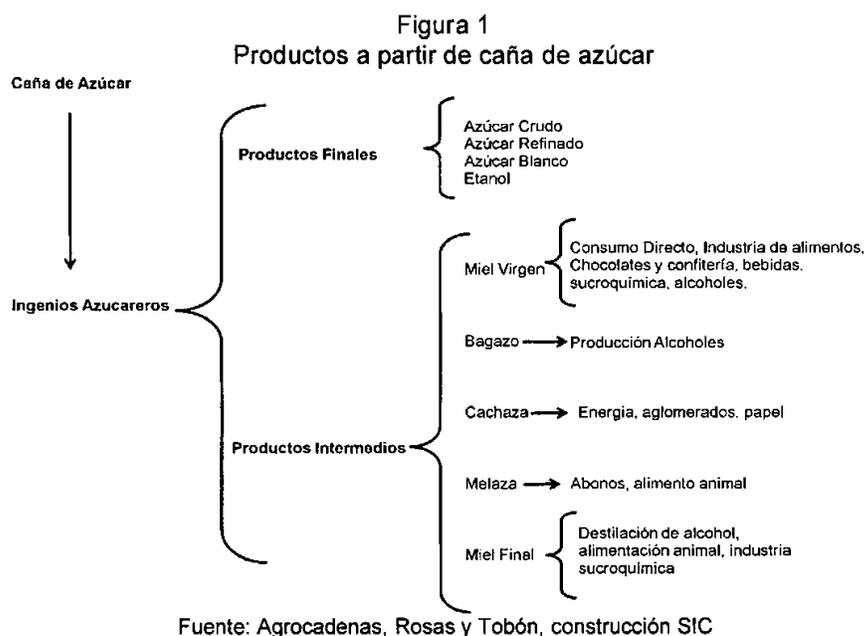
³ http://revistaeidenar.univalle.edu.co/edicion3/revista3_8a.shtml. Fecha de consulta: 1 de febrero de 2010.

⁴ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Doc. De trabajo No. 56, La cadena del azúcar en Colombia 1991-2005. Pag 1.

⁵ Rosas y Tobón (2008). C96-241.

El proceso de transformación agroindustrial de la caña se lleva a cabo por los ingenios azucareros y por los trapiches. Los primeros, en el caso colombiano, han integrado a su tradicional actividad industrial de producir azúcar, la capacidad de producir etanol.

El principal producto de la agroindustria de la caña es el azúcar, que junto con los otros productos derivados del proceso productivo, como lo son la miel virgen, el bagazo, la cachaza, la melaza y la miel final, son empleados como insumos de diversas industrias, entre ellas la de bebidas y alimentos para humanos, alimentos para animales, abonos, sector energético, papel y aglomerados, sucroquímica⁶ y biocombustibles, entre otros⁷.



El presente examen se concentra en la caña de azúcar destinada para la producción de azúcar y alcohol carburante por los ingenios investigados, en la medida en que la evidencia preliminar exigió establecer la existencia o no de un acuerdo entre estos para la fijación de los precios de compra de caña de azúcar.

7.1.1. Sustituibilidad de la caña de azúcar desde la demanda

Resulta pertinente determinar si la caña de azúcar es sustituible para los ingenios por otros insumos para sus procesos productivos. A nivel mundial se puede observar que

⁶ Observatorio Agrocadenas, "La Cadena de Azúcar en Colombia, una Mirada Global de su Estructura y Dinámica 1991 – 2005" p. 14.
http://www.agrocadenas.gov.co/azucar/documentos/caracterizacion_azucar.pdf .Fecha de consulta: abril 22 de 2009

⁷ Rosas y Tobón, p.45.

la producción de azúcar ha encontrado en la remolacha⁸ una materia prima sustituta de la caña. Sin embargo a nivel industrial ningún productor de azúcar en Colombia ha adoptado tal alternativa. De hecho, en el país los ingenios azucareros cuentan con molinos y refineries dedicados exclusivamente al procesamiento de la caña⁹ y no están adecuados para otras materias primas con las cuales puedan producir azúcar.

Por su parte, el etanol puede producirse a partir de plantas que cuentan con un gran contenido de sacarosa, como lo son la caña de azúcar, el maíz, la yuca, la remolacha y el sorgo. En el contexto internacional, la producción de etanol para el año 2006 se obtuvo principalmente de maíz y de caña de azúcar¹⁰. Sin embargo, los ingenios involucrados en la presente actuación únicamente utilizan caña de azúcar y sus derivados para la producción de etanol.

Adicionalmente, la pérdida de sacarosa que experimenta el producto luego de su corte, impone que su procesamiento en planta ocurra prontamente, lo cual explica la ausencia de importación de caña de azúcar en Colombia.

7.1.2. Sustituibilidad de la caña de azúcar desde la oferta

Según información de Asocaña, consignada en "*Balance Sectorial 2008-2009*"¹¹, los 13 ingenios azucareros ubicados en el valle geográfico del río Cauca procesan el 99,7% del total de la producción de caña de azúcar del país, lo que implica que los cultivadores de caña transan tan solo el 0,3% de su producto con otros agentes del mercado, como trapiches.

Si bien existen otros compradores en el mercado, distintos de los ingenios, como los trapiches, ellos cubren una demanda marginal en dicho mercado.

7.2. El mercado geográfico

En el valle geográfico del río Cauca se concentra la mayor parte del cultivo de caña de azúcar en Colombia y es allí donde los ingenios se proveen de su principal insumo productivo¹². La región "*abarca 33 municipios desde el norte del Departamento del Cauca, pasando por el centro del Departamento del Valle hasta llegar al sur del Departamento de Risaralda*"¹³. Los trece ingenios investigados se encuentran ubicados como lo presenta el siguiente grafico.

⁸ Intenational Sugar Organization "Estudios Internacional de rendimientos de cosechas azucareras y precios pagados por la remolacha y caña de azúcar". C19- 239.

⁹ Observatorio Agrocadenas, "La Cadena de Azúcar en Colombia, una Mirada Global de su Estructura y Dinámica 1991 – 2005" p. 3.
http://www.agrocadenas.gov.co/azucar/documentos/caracterizacion_azucar.pdf. Fecha de consulta: abril 22 de 2009.

¹⁰ Documento Conpes 3510, Departamento de Planeación Nacional, marzo 2008.

¹¹ Asocaña, Informe Anual 2008-2009, p. 77. www.asocana.org. Fecha de consulta: 1 de febrero de 2010.

¹² Observatorio Agrocadenas, "La Cadena de Azúcar en Colombia, una Mirada Global de su Estructura y Dinámica 1991 – 2005" p. 1 y 9-13.
http://www.agrocadenas.gov.co/azucar/documentos/caracterizacion_azucar.pdf .Fecha de consulta: abril 22 de 2009.

¹³ Rosas y Tobón, p.10-11.

Figura 2
Valle geográfico del Río Cauca



El cultivo de caña en Colombia se concentra en esta región, dadas las condiciones ideales de esta para su desarrollo, como lo señalan en su estudio Rosas y Tobón:

"[...] las condiciones de la zona son excepcionales para el cultivo de la caña: 1.000 metros sobre el nivel del mar, temperatura promedio de 25 grados centígrados, humedad relativa de 75,6% y una precipitación promedio de 1.000 mililitros. Tales condiciones permiten obtener de 120 a 140 toneladas (ton) de caña por hectárea en promedio, a los 14-15 meses de edad de la gramínea, siendo esta productividad una de las mejores del mundo.

[...]

Junto con algunas áreas de Hawái, Perú y las Islas Mauricio, estas son las únicas cuatro zonas en el mundo donde se puede producir caña durante todo el año, es decir, no existe la zafra que dura entre cuatro y seis meses por año, tal como sucede en los demás países y regiones productoras del mundo"¹⁴.

Según las cifras reportadas por Asocaña, la superficie plantada en 2006 se situó en cerca de 206.000 hectáreas y con respecto al comportamiento evidenciado en décadas anteriores cabe resaltar que dicha cifra tiende a permanecer constante, pues las "áreas disponibles para sembrar caña en el valle geográfico del río Cauca están prácticamente agotadas"¹⁵.

¹⁴ Rosas y Tobón, p.12-13.

¹⁵ Rosas y Tobón, p.18.

7.3. Conclusiones sobre el mercado relevante

Los trece ingenios investigados adquirieron caña de azúcar en el valle geográfico del río Cauca y no la sustituyeron como materia prima para la producción de azúcar y alcohol carburante, en el periodo de investigación. Con lo anterior y la evidencia que dio origen a la investigación y las pruebas recaudadas, el Despacho circunscribe el examen al mercado de compra de la caña por parte de los ingenios productores de azúcar y etanol.

8. LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS

La investigación se llevó a cabo con el fin de determinar si los trece ingenios infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 1 y 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se refieren a la realización de acuerdos que tengan por objeto o por efecto la fijación directa o indirecta de precios y los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

Los "acuerdos", como una de las variantes en que puede manifestarse una práctica anticompetitiva en el mercado, se encuentran definidos por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como "[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas". De esta definición se desprende que los acuerdos contrarios a la libre competencia pueden presentarse como: (a) convenios o acuerdos restrictivos de la competencia, (b) prácticas concertadas y (c) prácticas conscientemente paralelas.

- a. Los convenios o acuerdos restrictivos de la competencia son aquellos por medio de los cuales los competidores acuerdan de manera explícita coordinar sus actividades con el propósito de eliminar los riesgos propios de la libre competencia.
- b. Las prácticas concertadas son aquellos comportamientos entre competidores que no tienen otra explicación desde la racionalidad económica que la existencia de alguna forma de coordinación o cooperación práctica entre ellas¹⁶. Al igual que los convenios o acuerdos restrictivos, las prácticas concertadas modifican las condiciones de mercado de tal manera que no correspondan a las condiciones normales de competencia que resultarían de la naturaleza de los productos, el número de las empresas, el volumen y las características del intercambio¹⁷.
- c. Por su parte, la práctica conscientemente paralela es aquella en la que "los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman"¹⁸.

Ahora bien, el artículo 47 del Decreto 2153 contiene una lista de cuáles acuerdos son considerados contrarios a la libre competencia, entre los que se destacan, a efectos de la presente investigación, los mencionados en los numerales 1 y 5 que se transcriben a continuación:

¹⁶ Bello Martín – Crespo, María del Pilar et.al. *Derecho de la Libre Competencia comunitario y Español*. Editorial Thompson Aranzadi, Primera edición, Pgs. 87-88.

¹⁷ Cfr. Laila Birbaud. *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*. Bibliothèque de Droit de L'entreprise. Fédération Nationale pour le Droit de L'entreprise, p.175

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51694 de 4 de diciembre de 2008.

"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

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

[...]

5. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos".*

Los acuerdos entre competidores que se realizan con el fin de fijar precios, ocurren bien a través de la manipulación directa de la variable precio –fijación directa– o de cualquier otra que pueda influenciarla –fijación indirecta–.

La prohibición de concertar los precios aplica tanto para vendedores como para compradores, quienes pueden tener la intención de obtener precios más bajos en la adquisición de bienes o servicios. Así lo ilustra la Comisión Europea:

"(278) De 1996 a 2001, los transformadores concluyeron entre ellos cada año unos acuerdos o participaron en prácticas concertadas referentes principalmente al precio medio (máximo) de entrega de cada variedad de tabaco crudo (sin distinción de calidades) y al reparto de las cantidades de compra de tabaco de cada transformador.

(279) Estos acuerdos y prácticas concertadas tuvieron lugar todos los años al menos desde 1996 hasta octubre de 2001. Procede no obstante distinguir el periodo anterior a 1998 del posterior a dicho año: en 1996 y en 1997, los transformadores y Deltafina llegaron a acuerdos que sin embargo no se respetaron en las transacciones finales de venta de tabaco crudo. En cambio, en 1998, los transformadores celebraron un acuerdo "marco" que contenía además unos mecanismos destinados a garantizar la aplicación y el respeto del correspondiente acuerdo de precios y cantidades, a saber, un intercambio de información y un mecanismo de compensación o cesión de tabaco. Los transformadores aplicaron el acuerdo en las transacciones finales de venta del tabaco crudo e incluso lo prorrogaron anualmente hasta octubre de 2001"¹⁹.

Dentro de los acuerdos enumerados como restrictivos de la competencia en el artículo 47 del Decreto 2153, se encuentran aquellos cuyo objeto o efecto sea la repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos. Esta forma de repartición de mercado tiene por sujeto activo, generalmente, las empresas que se ocupan de la transformación de dichos insumos y agregan valor a los mismos, y puede manifestarse a través de la distribución de proveedores, de cantidades, de productos o de la segmentación geográfica, entre otros.

La repartición de fuentes de abastecimiento de insumos productivos también puede ser perjudicial para la competencia. Dicha repartición implica que los compradores le imponen a los vendedores de insumos y materias primas restricciones en relación con quiénes pueden o no adelantar negocios, limitando de esa manera su posibilidad

¹⁹ Decisión de la Comisión, de 20 de octubre de 2004, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 87, apartado 1, del Tratado CE (Asunto COMP/C.38.238/B.2) - Tabaco crudo - España [notificada con el número C(2004) 4030]. Diario Oficial No. L 102 de 19/04/2007 p. 0014-0014.

de buscar mejores clientes y precios. Al no poder negociar de manera independiente, los vendedores se ven forzados a establecer relaciones solo con un grupo determinado de compradores y bajo determinadas condiciones²⁰.

8.1. Acuerdo para la fijación del precio de la caña de azúcar

8.1.1. Caña destinada a la producción de azúcar

Uno de los objetivos de la presente actuación administrativa fue determinar la existencia de un acuerdo para la fijación del precio de la caña destinada a la producción de azúcar entre los trece ingenios investigados, en contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

8.1.1.1. Imputación realizada en la resolución de apertura de investigación

En la resolución de apertura de investigación se consideró que la similitud de los contratos de compra de caña de azúcar y de la metodología para liquidarla era indicativa de la existencia de un acuerdo de fijación de precios. Se concluyó preliminarmente que algunos ingenios pactaban una suma fija de 58 kilos de azúcar por tonelada de caña, mientras que otros pagaban una suma variable dependiendo del rendimiento de la caña.

*"De esta manera, la fórmula de pago presuntamente es aplicada de manera uniforme por los ingenios cuando compran caña de azúcar. La igualdad o similitud de condiciones y variables indica que presuntamente el precio pagado al productor de caña ha sido determinado de manera indirecta y conjunta por los investigados, no de manera independiente por cada uno"*²¹.

8.1.1.2. Actividad probatoria en la actuación administrativa

La actividad probatoria estuvo encaminada a establecer si la contraprestación pactada en los contratos entre ingenios y proveedores era o no producto de un acuerdo entre los investigados para fijar el precio al cual adquieren la caña de azúcar.

En los escritos de descargos, aporte y solicitud de pruebas, los apoderados de los investigados advirtieron que la resolución de apertura de investigación hizo referencia a solo una de las diversas modalidades a través de las cuales los ingenios adquieren la caña de azúcar, señalaron que existían otras modalidades contractuales distintas a la *compraventa* (o *caña en mata*), presentaron y describieron las características de las otras modalidades empleadas comúnmente en la industria (*cuentas en participación, arrendamiento, compraventa con administración y compras ocasionales*) y aportaron, entre otros documentos, contratos de todas las modalidades utilizadas.

²⁰ Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América. PRICE FIXING, BID RIGGING, AND MARKET ALLOCATION SCHEMES: WHAT THEY ARE AND WHAT TO LOOK FOR. En: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/211578.pdf>. Fecha de consulta: 1 de febrero de 2010.

²¹ Resolución de apertura, p. 16.

Se aportaron, decretaron y practicaron pruebas destinadas a establecer si existía una explicación razonable, distinta de la concertación, de los precios pactados en las modalidades contractuales empleadas por los ingenios para adquirir caña de azúcar.

8.1.1.3. Conclusiones del Informe Motivado

En el Informe Motivado, principalmente con fundamento en el análisis de los contratos de proveedores, se concluyó que los trece ingenios investigados concertaron el precio de la caña destinada a la producción de azúcar. La Delegatura estimó que los precios pactados en los contratos se encontraban disciplinados por "parámetros de referencia", cuya existencia no encontraba explicación razonable de acuerdo con el material obrante en el expediente.

Así, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia recomendó sancionar a los trece ingenios investigados.

8.1.1.4. Observaciones al Informe Motivado presentadas por los apoderados

En los escritos de observaciones al Informe Motivado varios de los apoderados coincidieron en una serie de argumentos²².

Cabe anotar que los apoderados representaron a varios ingenios investigados por las conductas colusorias y plantearon argumentos comunes a sus poderdantes, no obstante tratarse de personas jurídicas y naturales que se reputan, en la mayoría de los casos, independientes.

8.1.1.4.1. Argumentos comunes planteados por los apoderados de los ingenios investigados

- Los ingenios tienen particularidades en su forma de contratar proveeduría de caña que los diferencian entre sí.
- No puede existir una práctica concertada en la que aun teniéndose una fórmula idéntica entre ingenios y un rendimiento por tonelada de caña igual, la remuneración entre proveedores sea diferente.
- Está acreditado que el pago de 58 kg de azúcar por tonelada de caña es una práctica inveterada de la industria que no puede entenderse como anticompetitiva.
- Está probado que en Colombia el precio de la caña es uno de los más altos del mundo, lo que descarta por irracional un acuerdo entre ingenios para fijar el precio de su materia prima.

²² El siguiente resumen recoge los argumentos presentados por los apoderados de los señores Juan José Lülle, Gonzalo Ortiz, Clemente Carlos Mira y Silvio Freddy Quintero: escritos de 11 de diciembre de 2009 radicados con números 04-074580-747 (C107-1 a 66) y 04-074580-748 (C107-67 a 119), y escritos de 30 de diciembre de 2009 radicados con números 04-074580-751 (C108-554 a 575) y 074580-752 (C108-576 a 596).

- El contenido de la Tabla No. 2 del Informe Motivado no es veraz.

8.1.1.4.2. Argumentos planteados por el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÚEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA

- La excepción del artículo 49, numeral 2, del Decreto 2153 de 1992 sí aplica al presente caso.
- Los contratos de proveeduría de caña no son de compraventa sino de riesgo compartido, motivo por el cual no se pacta precio; al no pactarse precio no puede aducirse la existencia de un acuerdo de fijación de precios.

8.1.1.4.3. Argumentos planteados por el apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ

- El precio de la caña ha venido aumentando en los últimos años, lo que descarta por irracional un acuerdo entre ingenios para fijar el precio de su materia prima.

8.1.1.4.4. Argumentos planteados por el apoderado de PROVIDENCIA y SAN CARLOS

- La Delegatura echa de menos un "soporte técnico" de la costumbre mercantil de pagar 58 kg de azúcar por tonelada de caña, cuando la ley exige para tal efecto documentos auténticos o un conjunto de testimonios.
- Sí existe soporte probatorio en el expediente de que 116 kg de azúcar por tonelada de caña es el rendimiento promedio en el valle geográfico del río Cauca.
- Si bien es cierto que en el pasado se haya pagado más del 50% del rendimiento, ello obedece a que el negocio antes era más rentable y se trataba de un negocio en expansión.

8.1.1.5. Consideraciones del Despacho

Existen diversas modalidades de contratación a partir de las cuales los ingenios investigados se proveen de caña de azúcar. Que se pacte una u otra modalidad depende fundamentalmente del grado de participación de cada uno en el proceso productivo de la caña.

Las modalidades comúnmente empleadas son: *caña en la mata o compraventa, cuentas en participación, arrendamiento, caña en la mata con administración y compras ocasionales*²³.

²³ El señor Álvaro Molinares, Jefe de Proveeduría de Caña de INCAUCA, las definió así:

"Arrendamiento: Se paga un canon al Arrendador en kilos [de azúcar] por plaza y por mes con base al área bruta recibida aprovechable para el cultivo de la caña, y el ingenio como Arrendatario, se encarga en su totalidad del establecimiento del cultivo y de todas las labores culturales a la caña.

Cuentas en Participación: El Participe entrega al Ingenio como Gestor el predio, y el Gestor a su vez se encarga de hacer todas las labores culturales a la caña y en el momento de la cosecha se cancelan al Participe los kilos por tonelada pactados en el contrato. Aquí el Participe puede participar en la implementación de algunas obras de infraestructura en la adecuación del predio que

Habiendo indagado por las modalidades empleadas por los ingenios para adquirir caña, el material recaudado en la investigación permite concluir que en la industria existen "valores de referencia" empleados comúnmente en dos de estas modalidades: *caña en la mata (o compraventa)* y *cuentas en participación*.

En la modalidad *compraventa* existen dos valores o parámetros de referencia para el pago que le corresponde al proveedor: (i) 58 kg de azúcar por tonelada de caña si el precio pactado es una suma fija y (ii) 50% del rendimiento de una tonelada de caña si el precio pactado es función de la productividad de la misma. En la modalidad *cuentas en participación* se pacta en la mayoría de los casos una suma fija y el valor o parámetro de referencia para el pago al proveedor es 25 kg de azúcar por tonelada de caña.

En ese sentido, el estudio de Rosas y Tobón afirma:

"[...] los agentes económicos vinculados a la industria en Colombia han pactado una distribución del 50% del rendimiento total en kilos como la remuneración que corresponde a los proveedores de caña, y el 50% restante que se paga a los ingenios por el proceso industrial. [...] 58 Kilos son para el agricultor y 58 Kilos son para el ingenio"²⁴. (Subrayado fuera del texto).

"Como se explicó para la modalidad de compraventa de caña, en los contratos de cuentas en participación el pago de la caña también está referido a un cierto número de kilogramos de azúcar sulfitado por tonelada producida en el predio objeto de este tipo de relación contractual. El parámetro o valor de referencia utilizado comúnmente es de 25 kilogramos [...]"²⁵. (Subrayado fuera del texto).

Y en los escritos de algunos apoderados se lee:

- "Y es que si algo ha quedado claro en la actuación administrativa, es precisamente que los 58 Kg. de azúcar por tonelada de caña y demás referentes [...] trata[n] de un uso común en el sector, desde muchísimo tiempo antes, desde los inicios del negocio [...]"²⁶. (Subrayado fuera del texto).

son de carácter permanente o casi permanente (pozos profundos, riegos, drenajes y obras civiles). [...] En algunos casos se pactan anticipos mensuales para que en el momento de la cosecha se crucen con la liquidación; estos anticipos se pagan en dinero o en especie (azúcar) en términos de quintales de azúcar en proporción al área recibida y su precio corresponde al valor del azúcar blanco corriente (sulfitado) [...].

Caña en la mata: El Proveedor se encarga por su cuenta y riesgo de hacer en su totalidad las labores culturales inherentes al cultivo, y le vende al Ingenio la caña en pie; el Ingenio le paga según los kilos por tonelada pactados en el contrato. [...]

Caña en la mata con Administración: El ingenio se encarga de hacer todas las labores culturales pero con la diferencia de que estas se le cobran al proveedor con cargo a su cuenta más un porcentaje por la administración y se cancela según los kilos por tonelada pactados en el contrato. Es similar a un contrato de caña en la mata pero se cobra la administración.

Compras ocasionales: Se compra la caña en la mata a Vendedores que no tienen contratos formales de suministro de caña con el Ingenio". (C97-228).

²⁴ Rosas y Tobón, p.74.

²⁵ Rosas y Tobón, p.83.

²⁶ C104-20.

- "[...] la SIC [...] no puede negar, porque la evidencia es contundente, que el pago de 58 kg/t es un uso y una práctica reiterada desde hace más de cuarenta años en el valle del río Cauca.

De manera que ha quedado probado hasta la saciedad que 58 kg/t es el sistema tradicional de pago en Colombia desde hace más de cuarenta años. [...] no se puede negar que la práctica generalizada en el sector, ha sido el pago de 58 kilos de azúcar por tonelada de caña²⁷. (Subrayado fuera del texto).

- "Las variedades [...] que predominaron durante mucho tiempo en los cultivos de caña del Valle del Cauca tienen un contenido promedio del 11.6% de sacarosa, es decir, un rendimiento de 116 kg de azúcar por tonelada de caña. [...]"

En Colombia, los costos de corte, alce y transporte de la caña (CAT) y del procesamiento y comercialización del azúcar se estiman en el equivalente al 50% del azúcar producido, es decir, 58 kg de azúcar por tonelada de caña. Así, se considera que en las actividades agrícolas relacionadas con el cultivo de la caña de azúcar, las inversiones de los cultivadores y los ingenios van por mitades, en promedio²⁸. (Subrayado fuera del texto).

El señor Adolfo León Vélez, representante legal de MANUELITA, manifestó en su declaración de parte:

"Pregunta 6: ¿Existe alguna directriz de la junta directiva con respecto al precio que se debe ofrecer en las distintas modalidades contractuales?

Respuesta 6: Nosotros básicamente tenemos dos precios de los contratos, que son 58 kilos de azúcar para la compraventa de caña en la mata y 25 kilos para el pago de la participación de los contratos de cuentas en participación [...], los 58 kilos, yo diría que el 90 y pico por ciento de las compras de caña en la mata son 58 kilos y de las cuentas de participación el 95 por ciento son 25 kilos, eso es lo que se paga, esa es la directriz para la contratación, [...] en el expediente debe figurar unas copias de actas por allá del año 70 y pico [...], o sea que para MANUELITA salvo contadas excepciones, los 58 kilos o los 25 kilos, en las dos modalidades que tiene, porque no tenemos arrendamiento de tierras ni tenemos ninguna otra. De pronto tenemos algún otro contrato, que es compraventa de caña en la mata pero con administración por cuenta nuestra, por cuenta nuestra no, que nosotros administramos y le cobramos el valor de la administración al proveedor, pero la modalidad es compraventa de caña en la mata, o sea, que esos son precios que se han venido pagando históricamente en MANUELITA²⁹. (Subrayado fuera del texto).

²⁷ C102-158.

²⁸ C14-43 y C14-44.

²⁹ C86-145.

8.1.1.5.1. La existencia de un acuerdo de precios para la remuneración de la caña destinada a la producción de azúcar

Teniéndose referencia clara de la existencia de dichos parámetros, el Despacho procedió a verificar si estos disciplinan de alguna manera el precio ofrecido por los ingenios investigados a sus proveedores de caña. El análisis de las bases de datos de proveedores (terceros) con contratos vigentes a 2007, en los cuales se paga o bien una suma fija de kilos de azúcar por tonelada de caña o bien en función del rendimiento de la caña o ambas, permite concluir que para un grupo de ingenios los valores de referencia de 58 kg ó 50% del rendimiento (en *compraventa*) y de 25 kg (en *cuentas en participación*) operan como cotas máximas. En contados contratos se pactan precios superiores.

Tomando en consideración los comentarios realizados por los apoderados al Informe Motivado en relación con la información de las bases de datos de contratos de *compraventa* y *cuentas en participación* y revisado el expediente, se procedió a analizar todos los contratos, independientemente de su modalidad. El resultado del ejercicio se resume en la Tabla 1.

Tabla 1
Contratos de *compraventa* y *cuentas en participación*
y su relación con los valores de referencia

1. INCAUCA (Folio C62-7)		
No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado ³⁰
446	10	97,76%
2. MAYAGÜEZ (Folio C86-113)		
No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia ³¹	% de contratos según esquema de remuneración concertado
168	13	92,26%
3. MANUELITA (Folio C62-324)		
No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
183	0	100,00%
4. PROVIDENCIA (Folio C85-131)		
No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
297	6	97,98%
5. LA CABAÑA (Folio C70-231)		

³⁰ Porcentaje calculado así: (i) para *compraventa*, con el número de contratos cuyo precio es menor o igual a 58 kg/t o menor o igual al 50% del rendimiento (la unión de los dos conjuntos); y (ii) para *cuentas en participación*, con el número de contratos cuyo precio es menor o igual a 25 kg/t.

³¹ MAYAGÜEZ pacta algunos de sus contratos de *cuentas en participación* en función del rendimiento. Dichos contratos se analizaron considerando que 25 kg/t equivale al 21,55% del alegado rendimiento promedio de 116 kg/t.

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
274	1	99,64%

6. RIOPAILA (Folio C72-88)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
185	3	98,38%

7. CARMELITA (Folio C77-9)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
55	0	100,00%

8. PICHICHÍ (Folio C72-93)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
51	5	90,20%

9. CASTILLA (Folio C72-88)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
167	50	70,06%

10. SAN CARLOS (Folio C77-137)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
49	30	38,78%

11. TUMACO (Folio C90-28)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
14	9	35,71%

12. RISARALDA (Folio C101-259)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
224	83	37,05%

13. MARÍA LUISA³² (Folio C96-69)

No. de contratos	No. de contratos con precio superior a los parámetros de referencia	% de contratos según esquema de remuneración concertado
N.A.	N.A.	N.A.

Como se observa, los primeros nueve ingenios que aparecen en la tabla, salvo en unos pocos contratos pactan remuneraciones iguales o inferiores a los parámetros de referencia.

³² Se dejó de lado a MARÍA LUISA en razón a que sus particularidades en la forma de remunerar la caña no permiten aplicar los criterios del análisis realizado.

Respecto de los ingenios CASTILLA, SAN CARLOS, TUMACO, RISARALDA y MARÍA LUISA es necesario considerar:

a. Frente a CASTILLA:

De los 167 contratos vigentes a diciembre de 2007 en las modalidades *compraventa* y *cuentas en participación*, 27,54% se pagan de acuerdo con una "Tabla de bonificación por rendimiento". No existe en el expediente una relación de todas las Tablas empleadas; solo copias físicas de algunas que fueron aportadas por el apoderado. Se encuentra una en la que se participa al proveedor en un porcentaje superior al 50% cuando el rendimiento de la caña supera el 13,2%, esto es, cuando la tonelada de caña produce más de 132 kilos de azúcar³³. Se encuentra también una Tabla en la que independientemente del rendimiento, la participación nunca supera el 50%³⁴.

En todo caso, incluso concediendo que el esquema de pago por "Tabla de bonificación" constituye una contrarregla, a lo sumo 29,94% de los contratos serían "contratos con precio superior a los valores de referencia" (en la Tabla 1 se tiene que mínimo 70,06% de los contratos se pactaron "según esquema de remuneración concertado").

Adicionalmente, como consta en el testimonio que se cita a continuación, es excepcional que las cañas contratadas por CASTILLA tengan el rendimiento de 132 kg/t que haría al proveedor merecedor de una participación superior al 50% de la producción. Nótese también en la Tabla 2 cómo el rendimiento promedio de los ingenios, no solo de CASTILLA, es bastante inferior a 13,2%.

El señor Eduardo Romero, ex Gerente de Proveduría y Contrataciones de CASTILLA, afirmó en su testimonio:

"Pregunta 45: ¿Y qué ve de malo usted en eso?"

Respuesta 45: Porque ahí para mí es una competencia desleal la que están estableciendo los trapiches paneleros, correcto, es decir, por eso mencioné de dónde viene la materia prima y que finalmente están efectuando ese tipo de pagos, pues, que no tiene absolutamente ninguna relación con el promedio de pagos que se hace normalmente, para mencionarle un ejemplo si usted quiere ver, hacer una correlación de qué significan sesenta y cinco kilos por tonelada eso en términos de rendimiento significa cosechar en forma permanente cañas de trece punto cinco por ciento de rendimiento, trece y medio por ciento de rendimiento, digamos, son las condiciones excepcionales que uno puede llegar a obtener de una caña al final, pues, después de haberle hecho absolutamente todo, el corte, el alce, transporte, entonces, son condiciones, completamente diferentes y a mi criterio muy particular, anómalas³⁵. (Subrayado y destacado fuera del texto).

b. Frente a SAN CARLOS, TUMACO, RISARALDA y MARÍA LUISA:

³³ C27-209.

³⁴ C27-191.

³⁵ C68-24.

Considerando las observaciones de los apoderados al Informe Motivado y revisado el expediente, está acreditado que dichos ingenios emplean formas de remuneración particulares, en las cuales los denominados parámetros de referencia no disciplinan la formación de precios de la caña destinada a la producción de azúcar.

c. En consideración de los comentarios realizados por algunos de los apoderados al Informe Motivado, es útil hacer en este aparte algunas precisiones en relación con el contenido de la Tabla 1.

- La regla "*contratos con precio superior a los parámetros de referencia*" define el conjunto de contratos en los cuales o se pactó un precio superior a 58 kg/t, o se pactó un precio superior al 50% del rendimiento, o ambas. El complemento de dicho conjunto está, desde luego, compuesto por aquellos contratos en los cuales o se pactó un precio menor o igual a 58 kg/t, o se pactó un precio menor igual al 50% del rendimiento, o ambas.

Así, por ejemplo, un contrato del tipo "*58 Kilogramos de Azúcar + 50% de Bonificación si Rto > 12*" está contenido en el conjunto de contratos definidos por la regla "*contratos según esquema de remuneración concertado*" (o contratos con precio menor o igual a los valores de referencia), pues suponiendo un rendimiento igual a 130 kg/t, el ingenio pagaría al proveedor 58 kg más 5 kg por bonificación; es decir, 63 kg/t, que es menor al 50% del rendimiento de la caña.

- Que algunos ingenios pacten exclusivamente una suma fija o paguen solo por rendimiento no obsta para analizar sus contratos de acuerdo con la regla contenida en la Tabla; dicha regla es la conjunción de dos condiciones y permite también analizar aquellos contratos del tipo "*suma fija combinada con suma variable por rendimiento*".
- Aquellos ingenios que pactan el 50% del rendimiento, en ocasiones pagan sumas superiores a 58 kg/t (por ejemplo, cuando el rendimiento de la caña es 124 kg/t, pagan 62 kg/t). Dichos contratos están contenidos en el conjunto definido por la regla "*contratos según esquema de remuneración concertado*".

Esta última consideración es fundamental para precisar que la Superintendencia no reprocha como injusta o inequitativa la participación que los ingenios ofrecen a sus proveedores, ni echa de menos un mayor precio de la caña. Lo reprochable es que la remuneración ofrecida a los proveedores esté disciplinada por referencias concertadas y no sea producto de la competencia entre ingenios por adquirir su principal insumo.

Este Despacho, en ese sentido, rechaza enfáticamente la afirmación del apoderado de PROVIDENCIA y SAN CARLOS, según la cual "*[esta entidad] de manera indebida y excediéndose en sus funciones, pretende interferir en el mercado, terciando a favor de los proveedores de caña y buscando para ellos un precio más alto por sus cañas*"³⁶. De hecho, la Superintendencia no tiene elementos de juicio ni competencia para establecer en el marco de este trámite si la remuneración pagada a los agricultores es alta, media o baja; su responsabilidad se circunscribe a velar por el

³⁶ C102-182.

interés general y, en consecuencia, no "tercia" en favor de ningún agente en el mercado.

La regla de fijación de precios a que hace referencia la Tabla 1 coincide además con un aparente intento de parametrización de 1992 por parte de algunos ingenios. La comparación de los datos de los contratos vigentes en 2007, con lo establecido en un documento cuyo valor probatorio no puede desconocerse, titulado "ACTA DE ACUERDO", de noviembre 5 de 1992, hallado en las instalaciones de MANUELITA, es elocuente:

"Los representantes de los siguientes Ingenios Azucareros acuerdan precio de las cañas para los contratos de modalidad Caña en la Mata y Cuentas en Participación:

Por Ingenio La Cabaña Abraham Seinjet Translateur, por Central Castilla S.A. Humberto Vásquez Q., por Ingenio del Cauca S.A. Juan José Lülle Suárez, por Manuelita S.A. Alberto Anzola Jiménez, por Mayagüez S.A. Alfonso Muñoz Córdoba y por Ingenio Providencia S.A. Aicardo Molina Abadía.

1. CAÑA EN LA MATA

Precio máximo por tonelada de caña 58 Kq de azúcar sulfitado o el 50% del rendimiento en fábrica, aclarando que no existirá prima por distancia ni bonificaciones por rendimiento que resulten en pagos superiores a los 58 Kq ni al 50% del rendimiento.

2. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Duración 10 años.

Precio máximo por tonelada de caña 25 Kq de azúcar sulfitado.

Anticipo máximo 1 qq de azúcar por plaza y por mes vencido área bruta.

El propietario de la tierra participa con los siguientes porcentajes de los costos.

OBRAS DE RIEGO: 50% del valor de las obras civiles. 50% del valor de pozos profundos que incluye la perforación, entubado, motor, transmisión, bomba, caseta de cubierta de todo el equipo. 50% del valor del reservorio y obras de reparto.

OBRAS DE DRENAJE: 50% del valor de las obras civiles. 50% del valor de los equipos. 50% del valor de los canales.

OBRAS DE DEFENSA: 100% del valor de los jarillones.

CORRECCIÓN DE LOS SUELOS: 100% del valor de las enmiendas.

INSTALACIONES QUE SE ENCUENTREN CONSTRUIDAS EN EL PREDIO: 100% del valor de las reparaciones. Durante la vigencia del contrato el mantenimiento corre totalmente por cuenta del Ingenio.

PUENTES Y OTRAS OBRAS CIVILES: 100% del valor de éstas.

Quando el ingenio financie total o parcialmente la parte de los costos que son a cargo del propietario, éstos serán cancelados con un plazo máximo de cuatro cortes, abonando con el valor de las cañas de cada uno el 25% del valor del capital más los intereses causados por la totalidad de la deuda al momento de la liquidación.

Para constancia firmamos la presente a los cinco (5) días del mes de noviembre de 1992.

ABRAHAM SEINJET TRANSLATEUR
Ingenio La Cabaña

HUMBERTO VÁSQUEZ Q.
Central Castilla S.A.

JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ
Ingenio del Cauca S.A.

ALBERTO ANZOLA JIMÉNEZ
Manuelita S.A.

ALFONSO MUÑOZ CÓRDOBA
Mayagüez S.A.

AICARDO MOLINA ABADÍA
Ingenio Providencia S.A.³⁷. (Subrayado y resaltado fuera del texto).

Es importante señalar que si bien no todos los ingenios aparecen referidos en el documento, los lineamientos fundamentales allí establecidos coinciden con los parámetros de referencia acreditados en numerosas piezas del expediente que, como ya se mostró, disciplinaron efectivamente el comportamiento de algunos de los ingenios relacionados en la Tabla 1.

El documento "Acta de Acuerdo" evidentemente no data del periodo investigado, lo que no obsta para considerarlo; es una prueba más que, valorada junto con todo el material que obra en el expediente, permite al Despacho reafirmar la existencia de una práctica concertada. No es una "prueba reina", como lo define el apoderado de CARMELITA, PICHICHÍ y MARÍA LUISA, sin la cual no puede imputársele responsabilidad alguna a los investigados, y no ha sido ese el valor probatorio asignado por este Despacho. De acuerdo con el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), en nuestro ordenamiento no opera el sistema de tarifa legal³⁸.

8.1.1.5.2. Sobre las explicaciones de los apoderados en relación con la existencia de parámetros de referencia

³⁷ C97-9 y C97-10.

³⁸ "ART. 187.- **Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos". Dentro de esas pruebas se encuentran: declaraciones de parte, testimonios de terceros, inspecciones judiciales, documentos, indicios, etc.

En relación con la existencia de parámetros de referencia en algunas modalidades empleadas para la adquisición de caña, las explicaciones brindadas por los apoderados a lo largo del proceso se resumen así:

- a. La relación entre proveedores e ingenios ha sido, desde los inicios del negocio, una relación de riesgo compartido en la que a cada parte le corresponde la mitad del rendimiento del insumo, medido en kilos de azúcar por tonelada de caña.
- b. La costumbre explica que la participación "50-50" se haya mantenido en el tiempo.
- c. El rendimiento promedio de la caña de azúcar en el valle geográfico del río Cauca es 116 kg de azúcar por tonelada de caña, luego a cada parte, proveedor e ingenio, le corresponden 58 kg/t.

El material que obra en el expediente permite descartar las explicaciones en relación con la existencia de los parámetros de referencia por varias razones, como se analiza a continuación.

i. Sobre el rendimiento promedio de la caña y la distribución "50-50" entre ingenios y proveedores.

En relación con el alegado "rendimiento promedio" de la caña es preciso señalar que, revisado el expediente, no se encuentra referencia alguna por parte de los apoderados al periodo en el cual supuestamente las cañas cultivadas en el valle geográfico del río Cauca rindieron, en promedio, 116 kilogramos de azúcar por tonelada.

Lo que sí se halla probado en el expediente, entre otras cosas, es que el rendimiento de la caña es creciente, gracias al esfuerzo que en el sector se ha dedicado a la investigación de variedades de caña y al mejoramiento de prácticas agrícolas y de molienda. Así lo reconoce Asocaña en su "Informe anual 2008-2009":

"Hacia finales de los años veinte se comenzaron a importar variedades de caña procedentes de Cuba. Poco después el puertorriqueño Carlos E. Chardon presidió una misión agrícola [...]. Un aporte importante de la misión fue la importación de 15 variedades de caña [...]. Otro aporte fundamental de la misión fue enfatizar en la importancia de la investigación, la cual había presentado notables resultados en cuanto a incrementos en producción [...]."

[...]

En 1977, bajo la iniciativa de Asocaña, se funda el Centro de Investigación de la caña de Azúcar – Cenicaña, como respuesta a la necesidad de tener un frente común en materia de investigación. Esta decisión fue determinante para el desarrollo de la productividad en el sector azucarero.

El fuerte trabajo realizado en investigación tanto en campo como en los procesos de fábrica ha sido definitivo en el incremento de la productividad. La cadena de producción debe estar optimizada, de manera que en el campo se produzca la mayor cantidad de azúcar cristalizable posible y evitar que se pierda en los procesos siguientes. Por ello, además de la investigación y desarrollo en agronomía, se ha

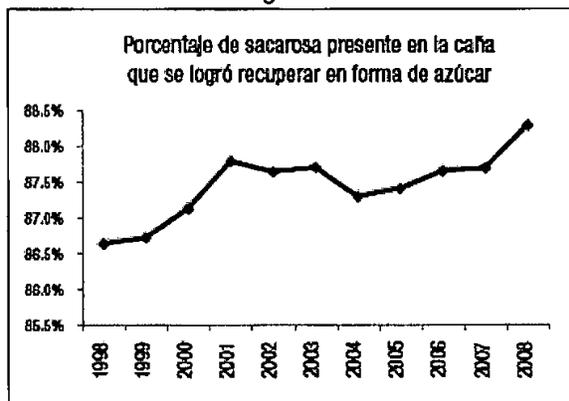
realizado un muy concienzudo trabajo en la cosecha, transporte y procesos fabriles para reducir al máximo las pérdidas de sacarosa.

[...] Con la fundación de Cenicaña el sector azucarero comenzó un proceso de utilización de variedades de caña con un enfoque de adaptación general. [...] Con el paso del tiempo [...] tuvo que reevaluarse el concepto y a principios de la presente década se pasó a uno novedoso llamado Agricultura Específica por Sitio –AEPS–, que diferencia cada tipo de suelo para encontrar el paquete tecnológico adecuado a sus condiciones particulares. Esto quiere decir que ante los ojos de la investigación y los agricultores, la región deja de verse con características homogéneas y se identifican particularidades en zonas de menor extensión. [...].

[...] El sector azucarero colombiano ha realizado un gran esfuerzo en ese sentido, tanto en lo que tiene que ver con la producción de azúcares en el campo como con su recuperación en el proceso fabri³⁹. (Subrayado fuera del texto).

Los datos acopiados por Cenicaña, como se muestra en las siguientes gráficas, dan cuenta de la mejora en los procesos de molienda de los ingenios y del incremento de la productividad de la caña.

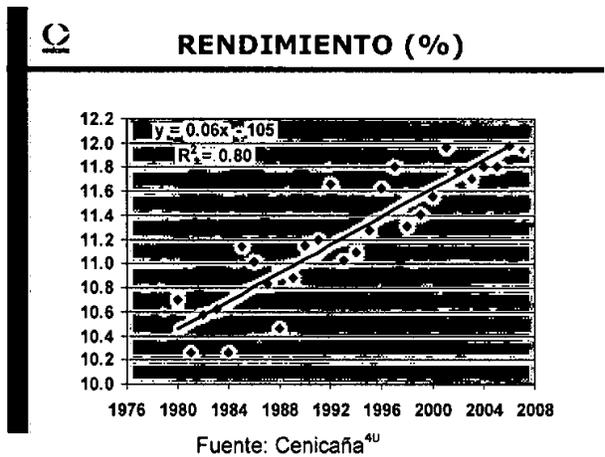
Figura 3



Fuente: Cenicaña

Figura 4

³⁹ <http://www.asocana.com.co/modules/documentos/secciones.aspx?tipo=2&valor=234>

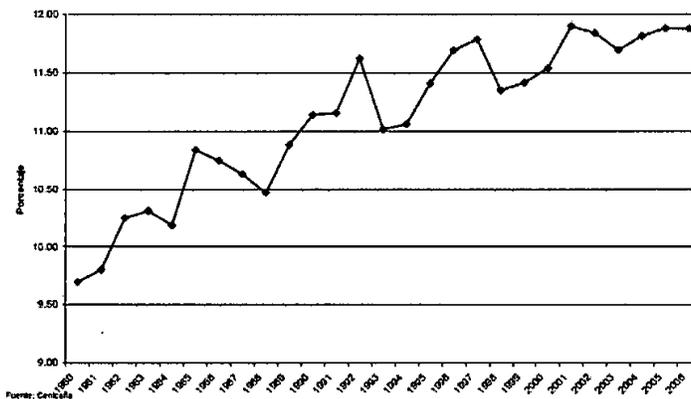


Fuente: Cenicaña⁴⁰

En el mismo sentido, Rosas y Tobón concluyen en su estudio que "al observar el rendimiento comercial de la caña, es decir, la cantidad de azúcar extraído por cada tonelada de caña procesada, que es la que finalmente interesa, se observa que ha tenido un incremento sostenido desde 1980 hasta la actualidad [...]"⁴¹ (subrayado fuera del texto) y resaltan que "[e]l comportamiento de estos rendimientos es un resultado destacable, en primer lugar, de la actividad desplegada por Cenicaña en el desarrollo de variedades de caña más productivas en sacarosa y de ciclos productivos más eficientes, que ha sido el objetivo primordial de la estrategia de desarrollo tecnológico adoptada por el sector azucarero desde que fue creada dicha entidad por la propia industria en 1977"⁴².

Figura 5

Rendimiento comercial Azúcar/caña



Fuente: Cenicaña⁴³

⁴⁰ C97-228. "JUNTA DIRECTIVA CENICAÑA_DIC 5_07".

⁴¹ Rosas y Tobón, p.20.

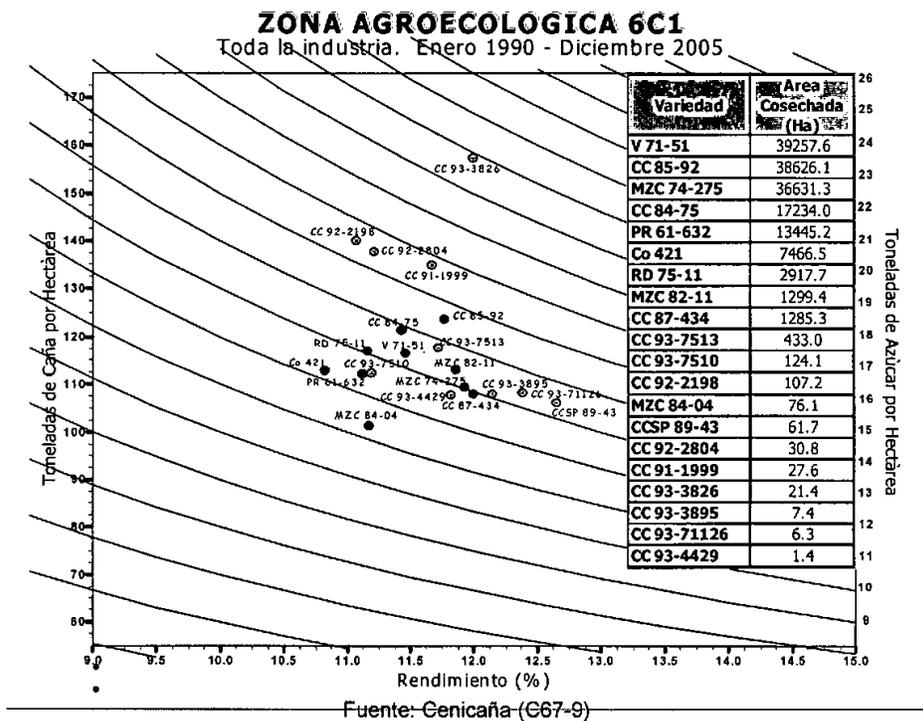
⁴² Rosas y Tobón, p.21.

⁴³ Ibidem.

Cabe anotar que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MADR), mediante escrito enviado después del cierre de la investigación, manifestó que "[e]ntre 1995 y 2005, la evolución del rendimiento comercial de una tonelada de caña en términos de kilos de azúcar, alcanzó los 116 kilogramos de azúcar por tonelada de caña"⁴⁴ (subrayado fuera del texto). Como se puede apreciar, si bien es cierto que en algún momento entre 1995 y 2005 se alcanzó un rendimiento de 116 kg/t, como lo afirma el MADR, también lo es que de las cifras de Cenicaña que obran en el expediente, no es posible concluir un rendimiento promedio de 116 kg/t.

También obran en el expediente numerosas presentaciones de Cenicaña que dan cuenta de la diversidad de variedades de caña y de sus particularidades en términos de rendimiento. A título ilustrativo la siguiente diapositiva muestra *curvas de isoproductividad* de distintas variedades en una zona específica del valle geográfico del río Cauca. En el gráfico pueden verse las particularidades de cada variedad en relación con los siguientes indicadores de productividad de la caña: toneladas de caña por hectárea, toneladas de azúcar por hectárea y rendimiento porcentual en azúcar.

Figura 6



⁴⁴ C108-598.

Contrario a las consideraciones de los apoderados, lo que se encuentra en el expediente es que no existe soporte técnico que sustente la premisa del argumento según el cual el valor de referencia de 58 kg de azúcar por tonelada de caña está explicado por las características del mercado. La información acopiada por Cenicaña, como entidad técnica, da cuenta de la diferencia en las características de las tierras, de la heterogeneidad de la caña en términos de rendimiento, de la tendencia creciente del rendimiento promedio de las cañas cultivadas en la región y, como se aprecia en la siguiente Tabla, de la heterogeneidad del rendimiento de la caña entre ingenios.

Tabla 2

Rendimiento comercial de la caña (%)				
Ingenio	2005	2006	2007	Promedio ⁴⁵
SAN CARLOS	12,73	12,73	12,27	12,58
MANUELITA	12,22	12,00	12,06	12,09
PICHICHÍ	12,21	11,91	11,40	11,85
MAYAGÜEZ	12,17	12,41	12,48	12,35
RISARALDA	12,03	11,96	11,72	11,91
PROVIDENCIA	11,92	12,29	11,64	11,96
CASTILLA	11,92	11,87	12,15	11,98
RIOPAILA	11,77	11,56	11,43	11,59
TUMACO	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.
CABANA	11,47	11,64	11,29	11,47
INCAUCA	11,41	11,73	11,43	11,54
CARMELITA	N.A.	11,55	11,71	11,63
MARÍA LUISA	N.A.	N.A.	11,91	11,91

Fuente: Cenicaña (C55-188), construcción SIC⁴⁶

Estas cifras muestran las diferencias en la productividad de la caña entre ingenios y año a año, las cuales se explican tanto por las características de los predios y las variedades de caña cosechadas, como por las diferencias en las eficiencias de las fábricas.

La información relacionada en la Tabla 2 fue extraída de un informe mensual que Cenicaña remite a todos los representantes legales y a otros funcionarios de los ingenios, con información que los mismos envían a Cenicaña mensualmente, de acuerdo con unos parámetros establecidos en formatos. En las hojas de cálculo que dicha entidad remite a los ingenios se lee el título "PROGRAMA DE ESTANDARIZACIÓN. GESTIÓN DE FÁBRICA. SISTEMA DE INTERCAMBIO MENSUAL DE INFORMACIÓN ESTANDARIZADA INTER INGENIOS". La información objeto de intercambio se presenta en las tablas del Anexo 1.

⁴⁵ Promedio ponderado por "Azúcar producido (t)".

⁴⁶ Tabla construida con información hallada en el correo electrónico del señor Adolfo León Vélez, representante legal de MANUELITA, con reportes de Cenicaña enviados a los representantes legales de todos los ingenios y a otros funcionarios de los mismos.

Los reportes de Cenicaña son contundentes en relación con la heterogeneidad existente en las eficiencias entre ingenios, lo que contrasta con la homogeneidad de los criterios empleados por estos para pagar la caña a sus proveedores.

Los apoderados argumentaron que la productividad de la caña es el principal criterio para remunerarla. Si bien para esta Superintendencia es irrelevante qué criterios sean los considerados por cada agente del mercado al momento de adoptar su decisión sobre los precios y no discute sobre cuáles puedan ser más apropiados que otros, lo que sí llama la atención y resulta indicativo de la concertación, es que nueve ingenios coincidan en los parámetros para el pago al proveedor, sin consultar, como se esperaría de agentes racionales e independientes, sus propias particularidades.

El señor Carlos Blandón, Gerente Administrativo-Financiero de RISARALDA, explicó en su testimonio cómo los procesos de fábrica son susceptibles de mejorar y, en consecuencia, también lo es la capacidad de extracción de azúcar a partir de la caña:

"Pregunta 79: ¿Usted nos podría indicar si en el ingenio RISARALDA el rendimiento real es superior o inferior al rendimiento teórico?"

Respuesta 79: Pues obvio que el real. ¿Por qué? Usted saca un rendimiento, el rendimiento teórico es una fórmula [...], es una fórmula internacional creada que es sacarosa menos 0.3 por el brix, multiplicado por una eficiencia de una fábrica normal que es 0.96, ¿cierto? Esa es una fábrica normal de azúcar. Entonces usted paga siempre con rendimiento teórico que es un muestreo del molino de primera extracción, o sea, paga con esto, ¿pero de ahí para allá usted qué hace? Hace unas inversiones adicionales para obtener las menores pérdidas posibles. Usted no se conforma con tener una fábrica básica, usted tiene que mejorar esa productividad, invertir. Nosotros le hemos invertido mucho dinero, muchos millones de dólares para mejorar los molinos, para mejorar la clarificación, para mejorar la cristalización, para mejorar la centrifugación y poder mejorar las pérdidas [sic], entonces la consecuencia lógica es que el rendimiento teórico está calculado con base en una eficiencia normal de una fábrica, que es 0.96, y ya lo que usted haga con eso de ahí para allá, pues obviamente obtiene mayor azúcar, tiene un rendimiento real"⁴⁷. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Incluso de tenerse acreditado el alegado rendimiento promedio en el valle geográfico del río Cauca, las particularidades de los ingenios en términos de la eficiencia de sus fábricas y la heterogeneidad entre predios según su ubicación, descartarían la razonabilidad o justificación a la existencia de parámetros de referencia comunes a los ingenios para la contratación de caña.

Adicionalmente, los argumentos esgrimidos por algunos apoderados son variados y en ocasiones contradictorios, lo que impide considerarlos como explicaciones razonables.

No puede pasarse por alto el particular argumento del apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA, según el cual "[e]n Colombia, los costos de corte, alce y transporte de la caña (CAT) y del procesamiento y comercialización del azúcar se estiman en el equivalente al 50% del azúcar producido, es decir, 58 kg de azúcar por tonelada de caña"⁴⁸.

⁴⁷ C86-51.

⁴⁸ C14-43 y C14-44.

Aceptar tal afirmación, de acuerdo con los otros argumentos esgrimidos por el apoderado, pasaría por concluir que los ingenios trabajan exclusivamente para cubrir sus costos y que cuando remuneran sumas superiores a 58 kg/t incurren en pérdidas. Además de estar acreditado que no es así, la explicación ofrecida por el apoderado para justificar la existencia del parámetro de referencia no es coherente.

En todo caso, no habiendo soporte técnico que dé cuenta de un rendimiento promedio de 116 kilos de azúcar por tonelada de caña, no se encuentra en el expediente explicación de la existencia del valor de referencia, diferente al interés de unificar políticas y utilizar como parámetro los 58 kg/t.

Bien lo señala James Cock en su estudio *"Agricultura contractual: la caña de azúcar en Colombia"*, aportado por el apoderado de SAN CARLOS y PROVIDENCIA:

"El pago fue fijado arbitrariamente⁴⁹, con 58 kg de azúcar por t de caña como norma general⁵⁰". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Adicionalmente, según los argumentos de los apoderados, la existencia del parámetro de referencia se explica también por la participación "50-50" entre ingenios y proveedores.

Pues bien, teniéndose acreditada la tendencia creciente del rendimiento de la caña, de existir un valor de referencia en kilos de azúcar por tonelada de caña, dicho valor debería, en esa lógica, corresponder a dicha tendencia.

En estas condiciones, se descarta que la observación de los rendimientos de la caña y la distribución "50-50" entre ingenios y proveedores sean los fundamentos objetivos de la alegada costumbre de pagar una suma fija de 58 kg/t.

Los escritos de los apoderados describen como práctica inveterada el pago de 58 kg/t, conclusión a la que no puede arribarse a partir de la premisa según la cual la distribución del producto es la mitad del rendimiento promedio de la caña. Obran en el expediente contratos desde el año 1975, en los que se pacta una suma fija de 58 kg/t⁵¹, año en el cual, según las tendencias observadas en la Figura 4, el rendimiento de la caña era probablemente inferior a 105 kg/t. La referencia más antigua en el expediente es un Acta de Junta Directiva de MANUELITA, de 1973, en la que se afirma que "[d]espués de una amplia discusión la Junta autorizó ajustar los pagos por toneladas de caña en la mata a 58 Kilos de azúcar para proveedores [...]"⁵². De acuerdo con uno de los apoderados, "58 kg/t es el sistema tradicional de pago en Colombia desde hace más de cuarenta años"⁵³.

⁴⁹ No sobra señalar que "arbitrariamente" es contrario a "justificadamente". Arbitrariedad: "acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho". <http://buscon.rae.es/drae/>.

⁵⁰ C34-57.

⁵¹ Ver, por ejemplo, los siguientes folios: C20-1, C20-19 y C50-2 a C50-45.

⁵² C50-73.

⁵³ C102-158.

Es evidente que, para entonces, los ingenios que ofrecían 58 kg/t participaban a sus proveedores de un porcentaje superior al 50% del rendimiento. De manera que no solo no es una práctica inveterada distribuir el producto "50-50", sino que, a todas luces, la explicación de la existencia del parámetro de 58 kg/t no está en una distribución por mitades de una producción igual a 116 kilos de azúcar por tonelada de caña.

El mismo apoderado de PROVIDENCIA y SAN CARLOS desconoce, en su escrito de comentarios al Informe Motivado, la costumbre de la distribución "50-50" entre las partes, cuando sostiene que "[e]n el pasado - hace más de veinte años - los ingenios pagaban al proveedor más del 50% del rendimiento [...]"⁵⁴.

El precio de aquellos contratos en los que se remunera en función del rendimiento es en últimas el porcentaje que el ingenio ofrece al proveedor. Considerando que, como se muestra en el siguiente numeral, el mercado que acá se analiza es deficitario, no existe explicación económicamente razonable, distinta al ánimo de no competir, que dé cuenta de que 50% sea una cota por encima de la cual los ingenios no hagan ofrecimientos a sus proveedores.

Debe señalarse que además de estar probado que los lineamientos acordados disciplinan los precios ofrecidos por algunos ingenios, estos tienen incentivos para congelar los costos asociados a su adquisición y beneficiarse de la fundada expectativa del mayor margen provocado por el incremento de los rendimientos del insumo, como de las eficiencias del proceso industrial. Lo anterior, es posible fijando concertadamente el precio al cual adquieren la caña, evitando pugnar por el insumo y reemplazando la competencia por una cooperación práctica.

ii. El mercado sujeto a análisis es deficitario

Rosas y Tobón señalan en su estudio que las "áreas disponibles para sembrar caña en el valle geográfico del río Cauca están prácticamente agotadas"⁵⁵. Adicionalmente, está acreditada la necesidad de los ingenios de adquirir caña. Así lo señaló el apoderado de MANUELITA en su escrito de descargos a la resolución de apertura de investigación, cuando afirmó que "el cultivo prácticamente no tiene cómo crecer, mientras que la capacidad instalada y la tecnología que utilizan los Ingenios permite procesar cada vez más materia prima"; así consta también en diversos testimonios de funcionarios de ingenios.

Como puede apreciarse de la transcripción anterior, una particularidad del mercado que acá se analiza es la restricción existente asociada a la disponibilidad del insumo fundamental, no sustituido por los investigados en sus procesos productivos.

En general, contar con mercados de insumos deficitarios no perfectamente elásticos, supone que cualquier necesidad adicional a satisfacer por parte de las firmas compradoras en ese mercado, generará una presión de demanda que necesariamente se verá traducida en una tendencia creciente en la valoración de dicho insumo⁵⁶.

⁵⁴ C103-18.

⁵⁵ Rosas y Tobón, p.15.

⁵⁶ Esto se conoce en la literatura económica como *condición de deseabilidad*. Ver, por ejemplo,

En esa línea de análisis se han elaborado trabajos en equilibrio general para analizar detenidamente este tipo de efectos. Un ejemplo de ello es el trabajo formulado por Paul Samuelson y Wolfgang Stolper en 1941⁵⁷, quienes a partir de una especificación muy simple de relaciones de intercambio describen un mecanismo de transmisión entre mercados mostrando que, bajo condiciones de competencia y asumiendo un nivel de agotamiento del insumo, un mecanismo que incremente la valoración del bien final traerá como consecuencia un incremento en el retorno de aquel factor que es más intensivamente utilizado en el proceso productivo de dicho bien.

Una de las razones por las cuales podría generarse tal apreciación es precisamente la expectativa de una mayor rentabilidad del proceso productivo, atribuido por ejemplo a la posibilidad de fabricar un nuevo producto en relación con la actividad a la que históricamente se ha dedicado la firma, como de hecho ocurrió en este mercado con la entrada del alcohol carburante, tema al que se hará referencia más adelante. Con este efecto de presión del mercado, la mayor intensidad a la que se demandaría el insumo generaría su apreciación, teniendo en cuenta que se está cada vez más cerca al límite de disponibilidad de ese recurso.

Así, en el caso que nos ocupa, el hecho de aproximarse al "punto en que la frontera agrícola del valle geográfico del río Cauca se encuentra agotada", en lo que tiene que ver con el cultivo de la caña de azúcar, debería implicar un fortalecimiento en la pugna por aquellos predios aún disponibles, efecto que sin lugar a dudas debería traducirse en un mayor nivel de competencia vía precio en el mercado de contratación y/o renovación de cultivos de caña.

iii. Sobre la existencia de un parámetro de referencia en los contratos denominados de cuentas en participación

En la investigación se acreditó que en la modalidad *cuentas en participación* los ingenios pactan sistemáticamente contratos acotados por el parámetro de 25 kg/t, no obstante tratarse de un esquema contractual en el que por definición⁵⁸ las partes acuerdan la proporción en que se asumen las ganancias o pérdidas.

Por las características de los contratos de *cuentas en participación* en el mercado que nos ocupa, el precio pactado debería depender exclusivamente de cada negociación individual y de las condiciones de cada predio; las inversiones requeridas no son homogéneas entre predios y no con todos los proveedores se acordaría la misma distribución de cargas en la financiación de las mismas.

Como señaló el señor Álvaro Molinares, Jefe de Proveeduría de Caña de INCAUCA, en la definición que hizo de todas las modalidades contractuales, atrás citada, en *cuentas en participación* "[...] el Participe puede participar en la implementación de algunas obras de infraestructura en la adecuación del predio" y "[e]n algunos casos

Monsalve, S. *Introducción a los conceptos de equilibrio en economía*. Universidad Nacional de Colombia. Cap. 1., 1999.

⁵⁷ Stolper, W. y Samuelson P. 1941. *Protection and real wages*. Review of Economic Studies, Vol. 9, p. 58-73.

⁵⁸ Ver artículo 507 del Código de Comercio.

se pactan anticipos mensuales para que en el momento de la cosecha se crucen con la liquidación [...]”⁵⁹. (Subrayado fuera del texto).

El testimonio del señor Mario Ángel Maya, Gerente de Producción de RISARALDA, lo confirma:

“Pregunta 16: *¿El ingenio asume esos costos en los contratos de participación [...]?*

Respuesta 16: *[...] En cuentas en participación el ingenio casi que la totalidad de los costos los asume, pero hay unos puntos que no los asume. Por decir algo, si hay que hacer un pozo, entonces se negocia con el dueño del predio porque hay que hacer una inversión de un pozo, si hay que hacer un puente también se negocia y normalmente es por cuenta del dueño de la tierra; lo que nosotros llamamos mejor dicho obras a perpetuidad. Ahí sí interviene el dueño de la tierra, en lo otro sí interviene todo el ingenio [...]”⁶⁰. (Subrayado fuera del texto).*

El testimonio de Jaime López Valle, Secretario General de MAYAGÜEZ, da cuenta de cómo ese ingenio en particular negocia los contratos de *cuentas en participación*:

“Pregunta 12: *¿Qué otra modalidad de contratación existe en MAYAGÜEZ?*

Respuesta 12: *Sí, ya le iba a indicar eso del contrato de cuentas en participación. El contrato de cuentas en participación tiene la modalidad de que el cultivador, el proveedor de caña, se despoja de su administración, le traslada la obligación de la administración al ingenio que hace por su cuenta todas las labores agrícolas, es decir desde la adecuación, preparaciones, siembras, el mantenimiento del cultivo, el corte, alce, transporte de la caña, el proveedor de caña no hace ningún tipo de costos de esta naturaleza porque las cañas son de propiedad del ingenio, el proveedor de caña recibe una participación del resultado económico de esa explotación de esas cañas, eso es a ejemplos generales específicamente lo que ocurre con el contrato de cuentas en participación”⁶¹. (Subrayado fuera del texto).*

Tal como afirmó el Superintendente Delegado en el Informe Motivado:

“En este orden de ideas, admitir que 25 kg de azúcar por tonelada de caña es un valor de referencia comportaría asumir: (i) que los costos de “adecuación, preparación, siembra y cultivo”, así como las inversiones de infraestructura, son idénticos para cada uno de los ingenios; y (ii) en este último caso, que el costo de dichas inversiones corriera siempre por cuenta de una de las partes y no se causara circunstancialmente, como de hecho lo indica el señor Mario Ángel Maya en la parte destacada del testimonio transcrito. Ninguna prueba del expediente soporta un escenario tan atípico como el descrito”⁶².

Y es que no solo no se encuentra explicación a dicho valor de referencia, sino que el “rendimiento promedio” de la caña utilizado para sustentar el parámetro empleado para los contratos de compraventa no tiene una relación similar sustentable con la suma de 25 kg para los contratos de cuentas en participación, que permita explicar dicho valor por las características del mercado como lo pretenden los apoderados; 25

⁵⁹ C97-228.

⁶⁰ C99-227 a 244.

⁶¹ C63-28.

⁶² Informe Motivado, p. 64.

*kg de azúcar por tonelada de caña equivale al 21,55% del "rendimiento promedio" de 116 kg por tonelada*⁶³.

Es evidente que en la modalidad *cuentas en participación* la distribución de las cargas debería variar conforme lo negocien las partes en cada contrato. Pero incluso conceder que por alguna razón dicha distribución es siempre la misma, no permite aceptar como razonable la existencia de un pago de referencia en la medida en que las inversiones varían entre predios⁶⁴.

8.1.1.5.3. Sobre el precio de la caña en Colombia y su relación con el que se paga en otros países

Algunos de los apoderados argumentaron que teniéndose probado que el precio de la caña en Colombia es uno de los más altos del mundo, se descarta la existencia de un acuerdo entre ingenios para fijar el precio de su materia prima.

En ese sentido, el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó:

"De hecho, un estudio realizado por LMC Internacional, revela cómo el precio de la caña en el cultivo es el segundo más alto de los países involucrados en el estudio.

[...]

Por otra parte un estudio realizado en abril de 2005 por la Organización Internacional del Azúcar, refleja cómo el precio de la caña de azúcar en Colombia es uno de los más altos del mundo.

[...]

*Debe entonces considerar el Superintendente que si los propietarios de las tierras, que tienen a su disposición distintas alternativas económicas para la explotación de sus propiedades, continúan cultivando caña de azúcar, es porque la remuneración es alta, lo cual constituye un importante indicativo en contra de la existencia de un acuerdo de precios, el cual por supuesto pretendería que se pudiera comprar la caña de azúcar muy barata, lo cual no ocurre en Colombia*⁶⁵.

El apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ afirmó:

"Está probado en el expediente que los Ingenios colombianos pagan a los cañicultores nacionales uno de los precios MAS ALTOS DEL MUNDO por su caña. Mientras en Colombia se paga en promedio una tarifa de US \$13,5 por cada tonelada de caña puesta en la plantación, el costo de la misma tonelada en Brasil es de USD \$7,7, en Australia de USD \$10,5, en Sudáfrica de USD \$12,7 y en Guatemala de USD \$8,3, todo ello según el estudio de la firma LMC Internacional. El precio indicado es un hecho objetivo y su mayor valor en Colombia es un hecho irrefutable, así se le trate

⁶³ Informe Motivado, p. 64.

⁶⁴ Nótese que el intento de parametrización de 1992 ("Acta de Acuerdo"), en relación con la modalidad *cuentas en participación*, pasa por homogeneizar, entre otros parámetros, el plazo de los contratos, anticipos, participación del proveedor en los costos derivados de obras de adecuación del predio, y plazos y abonos en caso de que el ingenio financie algunos costos.

⁶⁵ C104-187.

de morigerar su impacto conceptual con el argumento de que 'en el estudio de LCM Internacional como en el de la Organización Mundial del Azúcar se reconocen limitaciones técnicas que dificultan la comparación de costos, precios y márgenes de rentabilidad'⁶⁶.

Frente a los anteriores argumentos se hace necesario señalar que, como lo afirmó el Superintendente Delegado en el Informe Motivado, "teniéndose acreditado que los precios de la caña en el mercado sometido a examen son producto de un acuerdo anticompetitivo por parte de algunos ingenios, dicho acuerdo no sería menos reprochable en el hipotético caso de que los costos asumidos por los ingenios investigados fueran los más altos del mundo y que no hubiera país en el que se pagara la caña de azúcar a un mejor precio que en Colombia"⁶⁷.

En la misma lógica, si la remuneración por caña de azúcar en Colombia fuera la peor del mundo, podría también haber competencia entre los ingenios.

No encuentra esta Superintendencia razonable el argumento que presentan en este punto los apoderados, por demás soportado en estudios a partir de los cuales se comparan precios de mercados independientes (la caña no es un bien transable).

Resulta adicionalmente llamativo que de los estudios presentados como sustento a las referidas afirmaciones, se desprenden conclusiones contrarias como pasa a demostrarse:

- a. En el estudio de *LMC Internacional*⁶⁸, aportado por el apoderado de INCAUCA, RISARALDA y TUMACO y citado ampliamente en los escritos de otros apoderados, aparecen las siguientes gráficas, que no solo no soportan los argumentos esgrimidos, sino que de hecho los contradicen:

Figura 7
[RESERVADO]

Figura 8
[RESERVADO]

Figura 9
[RESERVADO]

- b. En el estudio de la Organización Internacional del Azúcar, en la Figura 8, "Clasificación de productores de caña por costes de materia prima", si bien Colombia aparece con costos superiores a la media internacional de 168 dólares por tonelada de caña, está en el puesto 20, entre 42 países, de menor a mayor costo, es decir, por debajo del percentil 50⁶⁹.

⁶⁶ C105-151.

⁶⁷ Informe Motivado, p. 75.

⁶⁸ C19-27.

⁶⁹ C19-261.

En síntesis, si bien la conclusión sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los ingenios para fijar el precio de la caña destinada a la producción de azúcar no depende de la relación que guarde la remuneración por la caña en el mercado que aquí se analiza con la de otros mercados, las premisas de los apoderados para desvirtuar por económicamente irracional la concertación ya acreditada son erradas.

El apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ llevó el argumento al extremo de afirmar que siendo el precio de la caña en Colombia uno de los más altos del mundo, de demostrarse la existencia de un acuerdo de fijación de precios, los ingenios deberían ser declarados interdictos por demencia:

"En su Informe Motivado la SIC estima baladí toda esta información porque en su entender el 'acuerdo no sería menos reprochable en el hipotético caso de que los costos asumidos por los ingenios colombianos fueran los más altos del mundo y que no hubiera país en el que se pagara la caña de azúcar a un mejor precio que en Colombia'. Esto es totalmente cierto. Pero tal afirmación es al mismo tiempo ingenua, por decir lo menos. Querría decir que los ingenios deben ser declarados interdictos por demencia, en el bien entendido de que si han llevado a cabo un acuerdo anticompetitivo para pagar la caña más costosa del mundo, francamente están desquiciados!"⁷⁰.

Respecto de las afirmaciones realizadas por el apoderado, se insiste en que para efectos de la presente investigación la relación de la remuneración del mercado investigado con la de otros países es irrelevante; lo reprochable, a la luz de las normas de competencia, es la existencia de un acuerdo para la fijación de precios.

En relación con la evolución del precio de la caña en Colombia, el mismo apoderado señaló:

"No solamente no existe un acuerdo para unificar los precios de la caña al cañicultor por parte de la industria azucarera nacional, sino que no dejaría de ser exótico que los productores de azúcar se concerten [sic] para limitar los precios a los agricultores de la caña y el resultado económico de esta presunta colusión sea, justamente, todo lo contrario a lo que indicaría la racionalidad económica, es decir que en vez de que se reduzca el costo de la materia prima de la industria azucarera, el mismo haya venido observando un notable incremento [sic] en beneficio del productor, durante los últimos años. Así se evidencia en la gráfica que obra en el cuaderno 96, folio 241 de la investigación:

[...]

Qué racionalidad puede tener un acuerdo de precios sobre una materia prima, cuando los consumidores de la misma no se benefician de reducciones de los mismos? Frente a esta pasmosa realidad, la autoridad única de la competencia debería preguntarse si será posible que los productores en verdad han [sic] acordado controlar los precios de la caña, pero no para controlarlos en su nivel e inclusive disminuirlos, sino para llevar a cabo un creciente aumento de los mismos. Acaso ello es punible desde la perspectiva del bien jurídico que se tutela con la preceptiva sobre libre competencia?"⁷¹.

⁷⁰ C105-151.

⁷¹ C105-150.

En respaldo de la afirmación del apoderado, no hay en el expediente pruebas que acrediten el alegado incremento de la remuneración de la caña. Por el contrario, como se ha venido señalando, el mercado sujeto a análisis se encuentra disciplinado por valores de referencia que desde hace más de tres décadas ya pagaban algunos ingenios, cuando el rendimiento de la caña era inferior al del periodo investigado⁷².

En todo caso, la concertación entre ingenios no sería menos reprochable de haberse observado un *"notable incremento"* en el precio de la caña y bien podría, en un escenario competitivo, presentar una tendencia decreciente. El comportamiento de los precios, mientras responda a las condiciones del mercado y no a la manipulación de sus actores, no es sancionable.

8.1.1.5.4. Sobre la costumbre mercantil

Algunos de los apoderados argumentaron que el pago a los cañicultores de acuerdo con el parámetro de 58 kilogramos de azúcar por tonelada de caña, se explica en una costumbre observada en el mercado de la caña en el valle geográfico del río Cauca. Sobre esa base, estiman que dicho sistema de pago no puede ser considerado como evidencia de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica. Además, el apoderado de INCAUCA, RISARALDA y TUMACO parece sugerir que solo de poderse acreditar en qué momento del periodo investigado se pactó la fórmula o se pactó el acuerdo, resultaría posible desvirtuar la tesis según la cual estamos en presencia de una costumbre mercantil.

Sobre este particular, el Despacho observa que en efecto algunos de los proveedores de los ingenios a los que aluden los apoderados en sus escritos, declararon que el pago que recibían tomaba en cuenta un parámetro correspondiente a 58 kilos de azúcar por tonelada de caña. Con todo, se advierte que dichos declarantes en realidad no dieron *"cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos por el artículo 3 del Código de Comercio"* cuando de probar la costumbre con testigos se trata⁷³, pues su respuesta se limitó a expresar cómo en cada caso particular les era liquidada la caña, ello sin contar con que tampoco se acreditó que estuvieran inscritos en el registro mercantil como lo exige la norma respecto de los testigos que se traen al proceso para dicho propósito.

⁷² Debe señalarse que el folio al que hace referencia el apoderado corresponde a un CD que contiene información recaudada en Asocaña (más de 1 GB): correo electrónico del señor Luis Fernando Londoño, correo electrónico del señor Jorge Rebolledo y una carpeta con información de la página web de Asocaña correspondiente a liquidaciones del Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar. No es claro entonces a qué se refiere el apoderado con *"la gráfica que obra en el cuaderno 96, folio 241"*.

⁷³ Código de Comercio. ARTÍCULO 3o. *La costumbre mercantil tendrá la misma autoridad que la ley comercial, siempre que no la contraríe manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella.*

(...)

ARTÍCULO 6o. *La costumbre mercantil se probará como lo dispone el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, cuando se pretenda probar con testigos, éstos deberán ser, por lo menos, cinco comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil, que den cuenta razonada de los hechos y de los requisitos exigidos a los mismos en el artículo 3o.; y cuando se aduzcan como prueba dos decisiones judiciales definitivas, se requerirá que éstas hayan sido proferidas dentro de los cinco años anteriores al diferendo.*

Dadas estas circunstancias, a partir de dicha prueba testimonial ninguna conclusión puede extraerse sobre si la utilización de ese parámetro tiene por causa o explicación la costumbre, como se alega, ni mucho menos permite descartar que no la tenga por un acuerdo, como en cambio sí ha quedado probado.

Del mismo modo, otras afirmaciones según las cuales el parámetro de 58 kilos por tonelada de azúcar se aplica desde hace treinta o más años, como lo declaró el señor ex ministro Gabriel Rosas Vega, lo sugirió Guillermo Arias Vallejo quien trabajó para MANUELITA y los mismos proveedores que reconocieron su aplicación de tiempo atrás, tampoco desvirtúan que aquel pudo tener por causa entonces, como se estableció que la tuvo en el periodo investigado, un acuerdo restrictivo de la competencia. Y es que si bien un uso o práctica en materia mercantil puede adquirir la condición de costumbre, si la autoridad observa y acredita que su materialización o continuidad es el resultado de un acuerdo restrictivo de la competencia, bien puede entrar a establecerlo y sancionarlo.

En este caso, como atrás se reseñó, los ingenios tienen incentivos para congelar los costos asociados a la adquisición de la caña y beneficiarse de la fundada expectativa del mayor margen provocado por el incremento de los rendimientos del insumo, como de las eficiencias del proceso industrial. Así, si acaso pudiera concederse que la mencionada fórmula de pago tuvo un remoto origen o explicación en una costumbre mercantil, lo cual no se probó, es claro que por lo menos su continuidad dependió del acuerdo que ahora se reprocha a los ingenios.

Tampoco acredita la existencia de la costumbre, como lo pretende el apoderado de SAN CARLOS, el que sea una representante del gremio de los cañicultores, la señora Martha Cecilia Betancur, Directora Ejecutiva de Procaña, de quien tampoco se acreditó su condición de comerciante inscrito, quien confirmara en su declaración que la oferta de los ingenios corresponde generalmente a 58 kilos por tonelada de caña, pues si de indagar sobre las causas de ese parámetro se trata, fue ella misma quien en el testimonio no pareció atribuir a costumbre alguna su aplicación, sino a que los *"ingenios [así] lo establecieron"*.

En otras palabras, aun aceptando que las pruebas dan cuenta del carácter reiterado y generalizado de la aplicación del parámetro de 58 kilos de azúcar por tonelada de caña en este mercado, ello no tiene la vocación de servir como prueba en contra del acuerdo que se ha atribuido y probado a los ingenios en el presente trámite. Admitir una consideración distinta, llevaría a afirmar que las reglas que impone un cartel en un mercado, por reiteradas, generalizadas y aun "inveteradas" que sean, adquieran por ello la calificación de una costumbre mercantil, que además en este caso se trata de fundamentar incumpliendo los rigores probatorios que impone la ley para el efecto.

Este Despacho ya mostró hasta este punto cómo y por qué, la existencia de parámetros de referencia que disciplinan la remuneración de la caña destinada a la producción de azúcar se explica en la existencia de un acuerdo de fijación de precios. De manera que, se insiste, acreditado que dicho parámetro de remuneración tiene por causa un acuerdo restrictivo de la competencia, el hecho de que por años los contratos estuvieran disciplinados por dicha regla, no permite apreciarla como un

precepto consuetudinario válido, legal y vinculante durante el periodo investigado y, en esa medida, no puede hacerse prevalecer sobre el Decreto 2153 de 1992.

Así pues, sin dejar de reconocer que una costumbre mercantil bien podría terminar sirviendo de referente generalizado de algunas condiciones contractuales, es lo cierto que nada impide a la autoridad de competencia indagar y reprochar alguna de ellas, si encuentra acreditado que son en realidad el resultado de un acuerdo contrario a la libre competencia, o que de este dependió su aplicación continuada en el tiempo.

En este sentido el Consejo de Estado en sentencia de 22 de noviembre de 2002, señaló lo siguiente:

*"Respecto de la existencia de 'costumbres mercantiles sobre la fijación de precios por servicios inmobiliarios en la ciudad de Santa Fe de Bogotá', a que alude la Corporación, cabe señalar que la costumbre no puede ir contra la ley, [...] y existiendo una norma expresa que prohíbe determinada práctica, la costumbre no puede superarla"*⁷⁴.

En el mismo fallo el Consejo de Estado indicó:

*"No puede justificarse la violación de la ley con el argumento de que existe una costumbre generalizada que determina lo contrario de lo que ella dispone"*⁷⁵.

Por otra parte, debe llamarse la atención sobre el hecho de que un acuerdo que restrinja la libre competencia tiene *objeto ilícito*, porque vulnera el derecho que amparan los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, de manera que toda condición que provenga del mismo y discipline una relación jurídica, sin importar cuánto tiempo haya perdurado, no puede entenderse saneada por dicha circunstancia.

Así se desprende de lo previsto en la Ley 155 de 1959, que en su artículo 19 dispone que *"los acuerdos, convenios u operaciones prohibidas por esta ley, son absolutamente nulos por objeto ilícito"* y del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, que prevé que las conductas que afecten la libre competencia en los mercados se consideran de *objeto ilícito*. Lo anterior se debe leer en concordancia con el artículo 1519 del Código Civil conforme al cual *"[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación"*, lo cual comporta que no pueda sanearse por ratificación o prescripción, de acuerdo con el artículo 1742 del mismo cuerpo normativo.

En este contexto, cobra relevancia el artículo 3 del Código de Comercio cuando señala que *"[l]a costumbre tiene el mismo valor que la ley comercial siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que hayan de regularse por ellas"*. (Subrayado fuera del texto).

⁷⁴ Sentencia del 22 de noviembre de 2002, Consejo de Estado, expediente No. 25000-23-24-000-2000-0563-01(7793).

⁷⁵ *Ibidem*.

Debe señalarse que las excepciones a las prohibiciones del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 están contenidas en el propio decreto. La costumbre no se encuentra entre tales excepciones. Con mayor razón carece de valor normativo frente a una norma de naturaleza que prohíbe los acuerdos de fijación de precios en defensa de intereses que la propia Constitución califica de colectivos.

En conclusión, sobre este punto se tiene que: (i) los apoderados no cumplieron con los rigores que impone la ley para la prueba de una costumbre a través de testimonios; (ii) si se pudiera obviar esa circunstancia, las pruebas testimoniales no dan cuenta de la existencia de costumbre alguna; (iii) el alegado carácter inveterado de la fórmula de pagar 58 kg de azúcar por tonelada de caña, no controvierte la prueba y las consideraciones traídas por el Despacho para acreditar que dicha fórmula tiene por causa un acuerdo restrictivo de la competencia; (iv) las reglas o condiciones que se imponen como resultado de un cartel, no tienen la vocación de convertirse en precepto consuetudinario, pues tienen objeto ilícito y no se sanean por ratificación o prescripción, lo que supone un escenario de costumbre *contra legem*, proscrito como vinculante por nuestro régimen legal.

8.1.1.6. Conclusión en relación con el acuerdo para la fijación del precio de compra de caña destinada a la producción de azúcar

En síntesis, con fundamento en el material que obra en el expediente puede concluirse que está acreditada la existencia de un acuerdo, en la modalidad de práctica concertada, para la fijación de los precios pagados por la caña destinada a la producción de azúcar, por parte de los ingenios INCAUCA, MAYAGÜEZ, MANUELITA, PROVIDENCIA, LA CABAÑA, RIOPAILA, CASTILLA, CARMELITA y PICHICHÍ.

Existen prácticas homogéneas a partir de las cuales esta Superintendencia acreditó que se limita la pugna por la caña de azúcar. La existencia de valores de referencia comunes, que disciplinan la remuneración de la caña adquirida por los ingenios, no encuentra explicación razonable distinta a la concertación.

Partiendo de lo que se ha dicho hasta ahora y habiendo analizado las explicaciones que los apoderados han dado desde la apertura de investigación hasta los comentarios al Informe Motivado, se concluye lo siguiente:

- a. No existe sustento técnico que dé cuenta de un rendimiento promedio de la caña igual a 116 kg/t, en contraste con lo alegado por los apoderados.
- b. De aceptarse que la distribución entre ingenio y proveedor es "50-50", la suma fija de referencia (kg/t) debería variar conforme varía el rendimiento de la caña.
- c. En gracia de discusión, si bien es posible que en algún periodo el rendimiento promedio de la caña haya sido igual a 116 kg/t, cada ingenio tiene particularidades relacionadas con las características de los predios que contrata y con su eficiencia en el proceso de molienda, que descartan una explicación razonable de la existencia de un parámetro de referencia para la proveeduría de caña en la industria.

- d. Sin perjuicio de que así haya sido en los orígenes del negocio, no es una práctica inveterada distribuir el producto "50-50" entre ingenio y proveedor, contrario a lo argumentado por los apoderados.
- e. En la modalidad *cuentas en participación* el precio pactado debería variar en función de cada negociación individual y de las condiciones de cada predio.
- f. Las justificaciones ofrecidas para los contratos de *compraventa* (rendimiento promedio igual a 116 kg/t y participación "50-50") y las pruebas que obran al respecto, permiten descartar que el parámetro 25 kg/t se explique objetivamente por las características del mercado.
- g. El mercado que acá se analiza es deficitario, lo que debería presionar a intensificar la competencia entre ingenios por la caña de azúcar. No hay pugna por el recurso como producto de la concertación.
- h. Para efectos de la aplicación de las normas de competencia, el concepto "precio" debe entenderse en su definición económica, es decir, como una relación de intercambio. Así, que el valor en pesos pagado por la caña sea diferente entre ingenios, producto de una liquidación que involucra variables "fuera de su control", es irrelevante en la presente investigación.
- i. Acreditado el acuerdo anticompetitivo, la relación entre los precios de la caña en el valle geográfico del río Cauca y los de otros países es irrelevante. En todo caso, y suponiendo que las cifras fueran susceptibles de comparación, los estudios aportados por los apoderados contradicen el argumento según el cual el precio de la caña en Colombia es uno de los más altos del mundo.
- j. Los acuerdos restrictivos de la competencia se encuentran expresamente prohibidos. El hecho de que por años los ingenios hayan usado una práctica no la hace legal durante el periodo investigado puesto que tal costumbre, de existir, en ningún caso prevalece ni tiene fuerza de ley sobre el Decreto 2153 de 1992.

8.1.2. Caña destinada a la producción de alcohol carburante

La presente actuación administrativa también tuvo como finalidad determinar la existencia de un acuerdo para la fijación del precio de la caña destinada a la producción del alcohol carburante entre los ingenios PROVIDENCIA, INCAUCA, MANUELITA, MAYAGÚEZ y RISARALDA, en contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

8.1.2.1. Imputación realizada en la resolución de apertura de la investigación

La resolución de apertura consideró como un hecho indicativo de la posible existencia de un acuerdo de precios entre los ingenios alcohólicos para fijar la remuneración de las cañas destinadas a la producción de alcohol carburante, el que existiera identidad en las tres formas ofrecidas por los mencionados ingenios para dicha liquidación. Las propuestas de los ingenios consistieron en ofrecer a los cultivadores la siguiente remuneración:

- "1. El valor neto ex ingenio de 19 litros de alcohol carburante por cada quintal de azúcar.*
- 2. El valor neto ex ingenio del 65% del alcohol obtenido por cada quintal de azúcar que se dedique a producir alcohol carburante.*
- 3. El valor neto ex ingenio de cada quintal de azúcar que se utilice para la fabricación de alcohol carburante, teniendo en cuenta los ingresos y la deducción de todos los costos⁷⁶.*

Adicionalmente, la resolución de apertura de la investigación indicó que las anteriores propuestas parecían ser el resultado de unas reuniones llevadas a cabo entre funcionarios de los diferentes ingenios alcohólicos, según se desprende de lo señalado en la declaración del señor Álvaro Enrique Molineros Navia, Jefe de Proveedores de INCAUCA, tomada en la visita administrativa llevada a cabo el 13 de septiembre de 2006⁷⁷.

8.1.2.2. Actividad probatoria dentro de la actuación administrativa

De conformidad con el punto anterior, la actividad probatoria estuvo encaminada a establecer si efectivamente los ingenios alcohólicos ofrecieron las tres fórmulas señaladas en la resolución de apertura de la investigación y si dichas propuestas de remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante fueron producto de la decisión individual de cada uno de ellos o si, por el contrario, obedecieron a una práctica restrictiva de la competencia contraria al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Adicionalmente, se aportaron, decretaron y practicaron pruebas destinadas a establecer si existía una explicación razonable a la homogeneidad de las propuestas de pago de la caña destinada a la producción de etanol.

⁷⁶ Resolución 981 de marzo 8 de 2007, p. 80.

⁷⁷ C4-12 a 15.

8.1.2.3. Conclusiones del Informe Motivado

El Informe Motivado presentado al Despacho por el Delegado para la Promoción de la Competencia concluyó que existe suficiente material probatorio en el expediente que demuestra que los ingenios alcohólicos ofrecieron a sus proveedores las mismas opciones de pago para las cañas destinadas a la producción de alcohol carburante señaladas en la resolución de apertura. Dicho informe aclaró que PROVIDENCIA, INCAUCA y RISARALDA sí ofrecieron las mismas tres propuestas, al paso que MANUELITA y MAYAGÜEZ únicamente ofrecieron dos de ellas.

En lo que respecta a las explicaciones presentadas por los investigados, la Delegatura de Promoción de la Competencia no encontró soporte probatorio que avalara la afirmación según la cual el que todos hubieran propuesto la misma fórmula de 19 litros por quintal de azúcar se explica en el hecho de haber sido construida con la información suministrada por el fabricante de todas las destilerías. El Informe Motivado concluyó que existía en el expediente suficiente material probatorio que daba cuenta de un permanente intercambio de información que tuvo como efecto la cooperación entre competidores para la fijación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol.

Así, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia recomendó sancionar a los ingenios PROVIDENCIA, MANUELITA, INCAUCA, MAYAGÜEZ y RISARALDA, por haber infringido el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

8.1.2.4. Observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados

En los escritos de observaciones al Informe Motivado varios de los apoderados coincidieron en una serie de argumentos.

8.1.2.4.1. Argumentos comunes planteados por los apoderados de los ingenios investigados

- Las reuniones llevadas a cabo por los ingenios fueron propiciadas y patrocinadas por el Gobierno Nacional. La Superintendencia no tuvo en cuenta evidencias que dan fe de la participación del MADR y de los gremios de cultivadores en la fijación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, circunstancia que explica la similitud de las fórmulas.
- Si las fórmulas ofrecidas por los ingenios presentan alguna similitud, ello obedece a las características de la industria y a que se fundamentan en similares eficiencias y rendimientos de las plantas y en información suministrada por el fabricante de las destilerías.
- El intercambio de información entre ingenios tiene como finalidad proporcionarle al Ministerio de Minas y Energía (en adelante MinMinas) los insumos necesarios para la fijación del precio del etanol y para garantizar la viabilidad del negocio. Fue MinMinas quien solicitó a la Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar

de Colombia (en adelante Asocaña) que presentara una información de costos de producción de alcohol.

- La reunión celebrada entre los ingenios en 2006, a que hace referencia el Informe Motivado, tenía como finalidad revisar la posición adoptada por Asociación Colombiana de Proveedores y Productores de Caña (en adelante Procaña); el alcance que la Delegatura le da a dicha reunión no es el correcto.

8.1.2.4.2. Argumentos planteados por el apoderado de MAYAGÜEZ y MANUELITA

- No obstante la fórmula pueda ser igual entre ingenios, la remuneración que perciben los cultivadores es diferente.
- Los ingenios MAYAGÜEZ y MANUELITA no aplicaron la fórmula del 65%; únicamente aplicaron la fórmula que tradicionalmente habían aplicado al azúcar de exportación.

8.1.2.4.3. Argumentos planteados por el apoderado de INCAUCA y RISARALDA

- La comunicación del MADR de abril de 2004 no marca el fin de las negociaciones en bloque. Por el contrario, marca el inicio del acompañamiento de MADR.
- Debe desestimarse la declaración del señor Álvaro Molinares, Jefe de Proveduría de Caña de INCAUCA, utilizada por la Delegatura para fundamentar sus recomendaciones, por cuanto el Despacho indujo a error al testigo, la declaración fue tomada en horas inhábiles y su dicho fue objeto de retractación.
- RISARALDA fue el único ingenio que pagó 19 litros de alcohol por quintal de azúcar.
- El sector azucarero ha sido históricamente caracterizado por una fuerte actividad gremial, amparada por la Constitución. No hay prueba que acredite que las reuniones gremiales a las que asisten los representantes legales de los ingenios son un escenario para la concertación de prácticas anticompetitivas.

8.1.2.4.4. Argumentos planteados por el apoderado de PROVIDENCIA

- No hay en el expediente prueba alguna de que la definición de las fórmulas para el pago de la caña destinada a alcohol afectó de manera alguna la competencia.

8.1.2.5. Consideraciones del Despacho

Se encuentra probado en el expediente que los cinco ingenios alcohólicos ofrecieron las fórmulas de liquidación de la caña destinada a la producción de alcohol carburante a que se hizo referencia en la resolución de apertura y en el Informe Motivado. En efecto, los ingenios INCAUCA, PROVIDENCIA, MANUELITA, MAYAGÜEZ y RISARALDA ofrecieron las siguientes fórmulas, a saber: (i) 19 litros de alcohol carburante por cada quintal de azúcar, liquidado a su valor neto ex

*ingenio*⁷⁸ y (ii) la denominada fórmula de ingresos menos costos, consistente en el valor neto *ex ingenio* de cada quintal de azúcar que se destine a la fabricación de alcohol carburante⁷⁹.

Por su parte, los ingenios INCAUCA, PROVIDENCIA y RISARALDA ofrecieron una tercera fórmula de liquidación consistente en el 65% del alcohol producido por cada quintal de azúcar dedicado a la producción de alcohol carburante de propiedad del cultivador, liquidado a su valor neto *ex ingenio*⁸⁰.

Tabla 3

Ingenio	19 Lt/ Quintal	Ingresos - Costos	65% Alcohol
INCAUCA	✓	✓	✓
PROVIDENCIA	✓	✓	✓
RISARALDA	✓	✓	✓
MAYAGÜEZ	✓	✓	N/A
MANUELITA	✓	✓	N/A

A la anterior conclusión, además de no haber sido refutada por los investigados cuando la anticipó el Delegado para la Promoción de la Competencia, llega el Despacho con fundamento en las siguientes pruebas:

a. PROVIDENCIA

En relación con las fórmulas de pago de caña destinada a la producción de alcohol carburante ofrecidas por PROVIDENCIA, obra en el expediente una comunicación modelo del señor Gonzalo Ortiz, representante legal de dicho ingenio, por medio de la cual se le informa a sus proveedores lo siguiente:

"El Cerrito, 14 de diciembre de 2004

«TITULO»
«NOMBRE»
«DIRECCION»
«CIUDAD»

Asunto: Liquidación de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante.

«APRECIADO»

⁷⁸ La presente resolución podrá referirse en lo sucesivo a esta fórmula como "fórmula de 19 litros".

⁷⁹ La presente resolución podrá referirse en lo sucesivo a esta fórmula como "fórmula de ingresos menos costos".

⁸⁰ La presente resolución podrá referirse en lo sucesivo a esta fórmula como "fórmula del 65%".

Como es de público conocimiento, a finales del año 2005 el Ingenio producirá alcohol carburante. Con esta nueva actividad industrial, se reemplazará una parte de las exportaciones de azúcar que hoy se destinan a los mercados internacionales de más bajo precio, lo que seguramente traerá mayores beneficios, tanto para los Proveedores de Caña, como para el Ingenio.

Por ello, le manifestamos que en las liquidaciones futuras hasta el vencimiento de su contrato, procederemos a pagar el porcentaje de azúcar equivalente de su propiedad que utilicemos para la fabricación de alcohol carburante mediante una de las siguientes opciones, a su elección:

- 1. El valor neto ex ingenio de 19 litros de dicho alcohol carburante, por cada quintal de azúcar.*
- 2. El valor neto ex ingenio del 65% del alcohol obtenido por cada quintal de azúcar de su propiedad que se dedique a producir dicho carburante.*
- 3. El valor neto ex ingenio de cada quintal de azúcar de su propiedad que se utilice para la fabricación del alcohol carburante, teniendo en cuenta los ingresos y la deducción de todos los costos (incluyendo el de capital de la instalación industrial). Esta sería una liquidación similar a la que se realiza para el azúcar de exportación.*

Para aplicar en sus futuras liquidaciones de cañas de azúcar lo manifestado en el párrafo anterior, deberá Usted devolvemos debidamente firmada la copia de la presente carta, manifestando expresamente la opción de su elección.

Cordialmente,

GONZALO ORTIZ ARISTIZABAL
Gerente

La opción de mi elección es (señalar con una X):

- 1. ()*
- 2. ()*
- 3. ()*

FIRMA DEL PROVEEDOR:

_____ «NOMBRE»⁸¹

Gonzalo Ortiz, representante legal de PROVIDENCIA, confirmó en su declaración de parte que dicho ingenio ofreció las tres fórmulas de remuneración a las que se viene haciendo referencia:

⁸¹ C97-227 y 228. Se refiere a un documento denominado "Carta Alcohol Carburante.doc" adjunto a un correo electrónico enviado por Edna Milena Espinosa R, Auxiliar Proveeduría de Caña de INCAUCA, a Álvaro Molinares, Jefe de Proveedores de Incauca, el 28 de enero de 2005.

"Pregunta: ¿Usted podría indicarnos con la introducción del alcohol carburante si hubo alguna modificación en las condiciones de contratación de caña en INGENIO PROVIDENCIA?

Respuesta: [...] Lo que nosotros hicimos cuando incursionamos en el tema del alcohol, fue pues teníamos cero experiencia en producción de alcohol, no sabíamos de qué orden iba a ser la eficiencia de la planta, no sabíamos cómo íbamos a pagar esa azúcar que se desviaba hacia alcohol. Entonces pues era apenas normal que al proveedor le dijéramos: vea, vamos a entrar a un nuevo negocio, les vamos a participar de ese nuevo negocio como les hemos permitido participar de todos los otros nuevos negocios, de la orgánica, de las mieles vírgenes, del azúcar para concentrados o lo que llamamos núcleos. Entonces sabíamos que el proveedor nos iba a hacer la pregunta, bueno y cómo va a ser esa participación en el negocio del alcohol. Entonces en medio de esa inexperiencia que teníamos porque todavía no existía en la industria azucarera experiencia en producción de alcohol a base de caña, definimos tres alternativas: una alternativa estableciendo 19 kilos netos por quintal de azúcar, otra alternativa del 65% del número de litros que se sacaran de ese quintal, y la otra alternativa de ingresos menos costos y gastos. Se le envió una carta a los proveedores y le dijimos a los proveedores escojan ustedes cuál alternativa les gusta. Se recibieron las respuestas. Unos se fueron por 19, digamos los más conservadores, otros se fueron por el 65% porque aspiraban a que una vez el ingenio tuviese, hubiese hecho la curva de aprendizaje, el ingenio pudiera operar la planta con mayor eficiencia. La eficiencia, cada estación de la destilería tiene una eficiencia y sumadas las eficiencias de fermentación, deshidratación y destilación deben de dar del orden del 87.4%. Entonces había proveedores que decían, yo le juego al 65%, entonces si el ingenio opera la planta al 89% ahí me va a tocar un poquito más de litros y estaba corriendo el riesgo de si el ingenio no sacaba, obtenía eficiencias superiores al 87.4% sino por debajo, 85% por ejemplo, pues sencillamente iban a recibir menos. Y otros que dijeron no, yo me voy por lo tradicional, así como me han venido liquidando toda la vida el azúcar y las azúcares que se van para otros usos, yo le jalo a ingresos menos costos y gastos⁸². (Subrayado y destacado fuera de texto).

Como se desprende de lo anterior, PROVIDENCIA ofreció a sus proveedores las tres fórmulas de liquidación de caña destinada a la producción de alcohol carburante, fórmulas que coinciden con las ofrecidas por los demás ingenios alcohólicos investigados.

b. INCAUCA

Se encontró igualmente probado que INCAUCA ofreció las tres fórmulas de liquidación de la caña destinada a la producción de alcohol. En efecto, mediante una comunicación modelo de 21 de julio de 2005⁸³, dicho ingenio le anunció a los cultivadores de caña las modalidades a través de las cuales se procedería a la liquidación de las cañas destinadas a dicha producción, en los siguientes términos:

"El Ortigal, 21 de julio de 2005

Señor(a) (es)
<<NOMBRE>>

⁸² C96-121.

⁸³ C54-20.

<<DIRECCION>>
<<CIUDAD>>

Asunto: Liquidación de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante

[...]

Por ello, les manifestamos que en las liquidaciones futuras hasta el vencimiento de su contrato, procederemos a pagar el porcentaje de azúcar equivalente de su propiedad que utilizemos para la fabricación de alcohol carburante mediante una de las siguientes opciones, a su elección:

- 1. Valor neto ex ingenio de 19 litros de dicho alcohol carburante, por cada quintal de azúcar.*
- 2. Valor neto ex ingenio del 65% del alcohol obtenido por cada quintal de azúcar de su propiedad que se dedique a producir dicho carburante.*
- 3. El valor neto ex ingenio de cada quintal de azúcar de su propiedad que se utilice para la fabricación del alcohol carburante, teniendo en cuenta los ingresos y la deducción de todos los costos (en la práctica se deducirán los costos inherentes a la "maquila" por medio de la cual se convierte el azúcar crudo en alcohol carburante).*

Para aplicar en sus futuras liquidaciones de cañas de azúcar lo manifestado en el párrafo anterior, deberá Usted informarnos por escrito, manifestándonos expresamente la opción de su elección.

Es de anotar que en caso de que no tengamos una respuesta por parte suya en los próximos 60 días calendarios, procederemos a liquidar y pagar con la opción 3".

Como se desprende de esta comunicación, INCAUCA ofreció a sus proveedores las tres fórmulas de liquidación de caña destinada a la producción de alcohol carburante, fórmulas que coinciden con las ofrecidas por los demás ingenios alcoholeros investigados.

c. RISARALDA

Obran en el expediente dos comunicaciones enviadas en forma separada, a través de las cuales RISARALDA ofreció las tres modalidades de liquidación de la caña destinadas a la producción de alcohol carburante. La primera de ellas es la comunicación modelo 11-0771 de 6 de abril de 2004⁸⁴, mediante la cual RISARALDA le manifiesta a sus proveedores que pagará estas cañas mediante la denominada fórmula de los 19 litros por quintal de azúcar destinado a la producción de etanol:

"11-0771

Balboa, 6 de abril de 2004

Señores
CAÑICULTORES

⁸⁴ C40-101.

Ref: Liquidación de la caña "Alcohol Carburante"

Apreciado señor(a)

Teniendo en cuenta lo expuesto en la reunión del 29 de marzo de 2004, en la cual presentamos en forma detallada el proyecto para producir Alcohol Carburante aprobado por la Junta Directiva del Ingenio y que aspiramos ejecutar en los próximos 18 meses e iniciar operaciones en Agosto 2005, es especialmente grato informarle que el Ingenio cancelará el azúcar de proveedor que se utilice para producción de Alcohol Carburante, con un equivalente a 19 litros por quintal a precio neto exingenio [...].

Si está de acuerdo con este planteamiento, le rogamos expresarlo por escrito para tenerlo en cuenta en la liquidación, una vez iniciemos operaciones".

Dicha comunicación fue enviada a diferentes proveedores del ingenio, según consta en los documentos de respuesta que obran a folios 270 a 327 del cuaderno 39 del expediente.

Las dos restantes modalidades de pago fueron incluidas en la comunicación modelo de fecha 23 de abril de 2004⁸⁵, así:

"11-0917

Balboa, 23 de abril de 2004

<<Título>>
<<Nombre>>
<<predio>>
<<Dirección_>>
<<ciudad<<s

Ref: Liquidación del Azúcar utilizado para la producción "Alcohol Carburante"

Damos alcance a nuestra comunicación sobre la liquidación del azúcar crudo, utilizado para la producción de alcohol carburante.

[...] la administración aceptó ofrecer la posibilidad de pagar el quintal de azúcar crudo utilizado para la producción de alcohol carburante, con base en el 65% de los litros obtenidos por el Ingenio.

La tercera opción sería liquidar el azúcar crudo del proveedor utilizado para la producción de alcohol carburante, aplicando el contrato actual con referencia al precio neto del azúcar crudo exportado a granel para el mercado mundial, sin incluir los gastos variables de exportación y el flete a Buenaventura".

Como se desprende de lo anterior, RISARALDA ofreció a sus proveedores las tres fórmulas de liquidación de caña destinada a la producción de alcohol carburante, fórmulas que coinciden con las ofrecidas por los demás ingenios alcohólicos investigados.

⁸⁵ C40-103.

d. MAYAGÜEZ

En lo que respecta a las fórmulas de liquidación de caña destinada a la producción de etanol propuestas por MAYAGÜEZ, la declaración de su representante legal, señor Mauricio Iragorri, es prueba de que dicho ingenio ofreció las modalidades de 19 litros y la fórmula de ingresos menos costos:

"Pregunta: ¿Usted nos puede indicar cómo está estipulado eso en los contratos de proveeduría de caña en ingenio MAYAGÜEZ? ¿Cómo se contempla eso que usted nos acaba de describir?

Respuesta: En el mes de abril de 2004 iniciamos con el tema del alcohol carburante, con una reunión, tal vez dos reuniones con los proveedores de caña de ingenio MAYAGÜEZ y en ese momento hablamos con los proveedores de tres maneras diferentes de pagar el alcohol carburante. La primera, como pagamos todo el azúcar de exportación durante los últimos, no sé, 50 años en MAYAGÜEZ y es ingresos menos gastos, o sea la fórmula variable. Una fórmula fija en caso de algún agricultor que quisiera o proveedor de caña que no quisiera estar en la fórmula variable sino que quisiera una cifra fija, a lo cual se les ofreció 19 litros de etanol por quintal de azúcar. Y finalmente, en el caso de MAYAGÜEZ, les ofrecimos que el que no quisiera participar en el negocio del etanol podría no participar y entonces nosotros lo que haríamos les exportaríamos el azúcar"⁸⁶.

Es de anotar que para el Despacho la posibilidad de no acoger ninguna de las dos fórmulas propuestas de 19 litros y de ingresos menos costos, no constituye realmente como lo afirma el declarante citado y sostiene el apoderado en su escrito de observaciones al Informe Motivado, una tercera modalidad de retribución de la caña destinada a la producción de alcohol, por cuanto consiste simplemente en la posibilidad que tiene un proveedor de que sus cañas no se destinen a este nuevo uso, caso en el cual se deduce que su retribución estaría ligada a lo pactado contractualmente para las cañas destinadas a la producción de azúcar.

e. MANUELITA

Para el caso de MANUELITA, se encuentra probado que ofreció a sus proveedores liquidar las cañas destinadas a la producción de alcohol mediante dos modalidades: la fórmula de 19 litros y la fórmula de ingresos menos costos. Lo anterior consta en presentación titulada "Proyecto de Alcohol Carburante - Presentación a Proveedores de Caña" elaborada por MANUELITA en junio de 2004⁸⁷. En la diapositiva No. 38 titulada "Opciones del Proveedor"⁸⁸ se plasmaron las dos posibilidades a que se hizo referencia:

⁸⁶ C96-124.

⁸⁷ C50-79 a 128.

⁸⁸ C50-116.

Figura 10
[RESERVADO]

Posteriormente, en el mes de octubre de 2005 MANUELITA reiteró a sus proveedores en una presentación titulada "Proyecto de Alcohol Carburante-Actualización para Proveedores de Caña"⁸⁹, las dos modalidades:

Figura 11
[RESERVADO]

Lo anterior fue ratificado por el señor Adolfo León Vélez, representante legal de MANUELITA, durante su declaración de parte, en la cual afirmó que:

"Pregunta 20: ¿Podría indicarnos específicamente cuál era la opción que se le dio a los proveedores para este pago?

Respuesta 20: Sí, en la pregunta anterior debí haber redondeado también qué pasaba, salieron los 19 litros, sin embargo MANUELITA que fue el primer ingenio también en su momento que entró a participar, que el proveedor participara en el valor o en el ingreso agregado de vender azúcar refinado o blanca en el mercado internacional, mediante el sistema de descontar los costos y los gastos con un ingreso de un azúcar de mayor valor que el que tiene el azúcar crudo, pues dijo, hombre, a los mismos proveedores, señores lo que venimos haciendo desde hace 30 años, sigámoslo haciendo aquí con el azúcar que trasformamos en alcohol, y en ese documento del año 2004, aparece que ya nosotros le estábamos diciendo a los proveedores aquí hay dos opciones: señores, hay una primera de los 19 litros y hay otra de ingresos y costos, ingresos menos costos y gastos, en el año 2004, de pronto todavía no hemos contratado nosotros la fábrica, sino que estábamos era explicándole a la gente cómo podía ser el negocio de eso, del alcohol". (Subrayado y destacado fuera del texto).

En consecuencia, está demostrado que MANUELITA ofreció a sus proveedores de caña las fórmulas de 19 litros y la de ingresos menos costos.

8.1.2.5.1. La existencia de un acuerdo de precios para la remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante

A partir del análisis probatorio obrante en el expediente, esta Superintendencia concluye que las fórmulas ofrecidas por los ingenios PROVIDENCIA, INCAUCA, RISARALDA, MANUELITA y MAYAGÜEZ, son consecuencia de un acuerdo de precios restrictivo de la libre competencia y no el producto de una decisión unilateral tomada por cada ingenio productor de alcohol carburante. Los diferentes elementos de convicción dan fe de que las modalidades de pago de la caña destinada a la producción de alcohol carburante son el origen de una acción concertada entre los cinco ingenios aquí investigados.

i. Escenarios de concertación y reuniones entre competidores

⁸⁹ C55-188. Esta presentación fue tomada de un correo electrónico enviado por Juan Antonio Zambrano [ja.zambrano@telesat.com.co] a Adolfo León Vélez, representante legal de MANUELITA, el viernes 07/10/2005 06:16 p.m. con subject/asunto "Enviando por correo electrónico: Proveedores Caña - Act Oct-05".

Se encuentra acreditado en el expediente que los funcionarios de los ingenios, fundamentalmente sus gerentes y/o presidentes, cuentan con numerosos espacios para el intercambio de información que facilitan la concertación: Junta Directiva de Asocaña, Junta de Productores de Asocaña, Junta Directiva de Ciamsa⁹⁰, Junta Directiva de Dicsa⁹¹, Junta Directiva de Cenicaña y Junta Directiva de RISARALDA⁹², entre otros. Obra también en el expediente prueba de reuniones periódicas entre competidores, adicionales a las juntas directivas señaladas, como las halladas en la agenda de Juan José Lülle, Presidente de INCAUCA⁹³, que si bien tampoco *per se* son reprochables, facilitan el intercambio de información entre competidores y la concertación.

La evidente interacción entre competidores, sumada a los elementos ya reseñados, es indiciaria de la intención de las empresas por suprimir la incertidumbre del comportamiento de sus firmas rivales; incertidumbre propia de mercados en competencia.

Además de los múltiples escenarios en los que los ingenios interactúan de forma permanente y a los que se hizo referencia anteriormente, se encuentra acreditado que los ingenios alcoholeros⁹⁴ discutieron, por lo menos en tres oportunidades, las propuestas relacionadas con la remuneración de la caña destinadas a la producción de alcohol carburante, de lo cual dan fe testimonios que obran en el expediente.

La primera reunión fue llevada a cabo en el mes de marzo de 2004, en la que participaron funcionarios de los ingenios PROVIDENCIA, INCAUCA, MAYAGÜEZ y MANUELITA, cuyo objeto fue, según se desprende del testimonio del señor Hernán Darío Agudelo, Asistente de la Gerencia Financiera de MAYAGÜEZ, discutir aspectos relacionados con la producción de alcohol carburante, entre ellos, lo relativo a la remuneración de la caña destinada para tal fin. En efecto, el testigo señaló frente a la celebración de la reunión y la discusión de las fórmulas de remuneración de la caña destinada a alcohol, lo siguiente:

"Apoderado: En el expediente obra una presentación del año 2004, que el ingenio MAYAGÜEZ hizo a los proveedores de caña en la que, pues es una explicación una presentación, como, sobre el negocio del alcohol, yo quisiera preguntarle..."

Pregunta 36: *¿Si usted participó en la elaboración de esa presentación?*

Respuesta 36: *Sí.*

Pregunta 37: *¿Podría usted explicarnos cómo se hizo esa presentación?*

⁹⁰ Sociedad de Comercialización Internacional de Azúcares y Mielles S.A. Son accionistas de CIAMSA: INCAUCA, CASTILLA, PROVIDENCIA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, PICHICHÍ, TUMACO, SAN CARLOS, RISARALDA, CARMELITA y CABAÑA.

⁹¹ Desarrollos Industriales y Comerciales S.A. Son accionistas de DICSA: INCAUCA, CASTILLA, PROVIDENCIA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, PICHICHÍ, TUMACO, SAN CARLOS, RISARALDA, CARMELITA y CABAÑA.

⁹² Son accionistas de RISARALDA: INCAUCA, RIOPAILA, CASTILLA, PROVIDENCIA, MANUELITA y MAYAGÜEZ.

⁹³ C97-228. Ver Informe Motivado, p. 65.

⁹⁴ MANUELITA, MAYAGÜEZ, INCAUCA y PROVIDENCIA. Es de anotar que todos estos ingenios son accionistas de RISARALDA y tienen asiento en su Junta Directiva.

Respuesta 37: Esa presentación se hizo, sí, efectivamente en los meses de abril, mayo de 2004, con el propósito de ilustrar a los proveedores sobre en qué consistía el negocio del alcohol, porque hasta ese momento digamos había diversidad de información, pero había por parte de ellos bastante incertidumbre, de tal manera que era muy apropiado, considerábamos apropiado ilustrarlos de manera clara sobre las expectativas reales de este nuevo negocio y que pudieran aterrizar sus cifras, conocieran la tecnología que se utilizaría y cómo les podría a ellos afectar en cuanto al beneficio percibido por sus ventas de caña.

Pregunta 38: Para elaborar esa presentación, en el expediente obra un testimonio del señor Álvaro Enrique Molineros y habla de una reunión realizada en marzo del 2004 entre varios ingenios productores de alcohol o que se dedicaron a la producción de alcohol carburante, menciona que usted estuvo en una reunión con esos ingenios. ¿Podría usted confirmar si usted estuvo en alguna reunión en marzo de 2004 con los señores Edgar Raúl Guiffo, Naidú Jimena Ramírez, José Humberto Rojas, Vicente Borrero, Gonzalo Ortiz, se menciona al doctor Molina de MANUELITA, y perdón, menciona al gerente financiero con otro funcionario cuyo nombre no recuerdo de MAYAGÜEZ, puede usted precisarnos si usted estuvo en alguna reunión en el 2004 con esas personas?

Respuesta 38: Sí, efectivamente en esa época se hizo esa reunión. No recordaba todos esos participantes, no, la verdad no, no los recuerdo a todos, y se hizo esa reunión con el propósito, o más bien ante la cantidad de información diversa que se estaba manejando en el sector sobre el negocio del alcohol era muy importante ilustrar a los proveedores sobre la real expectativa de este negocio, y el propósito de la reunión era establecer algunos puntos del contenido de esa presentación, y digamos pues para no, no tener tanta, seguir manejado tanta diversidad de información como estaba hasta la fecha, pero siempre obviamente cada ingenio estaba en libertad, digamos, absoluta libertad de hacer la presentación como bien le pareciera a sus proveedores, así de tal manera pues que cada ingenio optó por hacer su propia presentación en las condiciones que lo considerara más conveniente". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Como se puede apreciar, el testigo Hernán Darío Agudelo fue claro en indicar que el objetivo de la reunión era el de discutir los temas que se incluirían en la presentación que realizaría cada ingenio a sus proveedores. Es importante anotar que el testigo hace mención a la presentación efectuada por el señor Mauricio Iragorri, representante legal de MAYAGÜEZ, a los proveedores en abril de 2004⁹⁵, circunstancia que le permite concluir al Despacho que la reunión sobre la que se viene refiriendo efectivamente se efectuó en marzo de 2004. Adicionalmente, el señor Hernán Darío Agudelo se refiere a los puntos discutidos en la reunión de marzo de 2004:

"Pregunta 40: ¿En esa reunión ustedes definieron algunas metodologías de pago del alcohol o la caña destinada a alcohol carburante?

Respuesta 40: Lo que se habló en esa reunión fue marcar el esbozo de qué debería contener esa presentación, mas no tenía propósito discutir métodos de pago ni mucho menos cuáles serían las liquidaciones propuestas para los proveedores.

⁹⁵ "Pregunta: ¿Usted nos puede indicar cómo está estipulado eso en los contratos de proveeduría de caña en ingenio MAYAGÜEZ, cómo se contempla eso que usted nos acaba de describir?

Respuesta: En el mes de abril de 2004 iniciamos con el tema del alcohol carburante, con una reunión, tal vez dos reuniones con los proveedores de caña de INGENIO MAYAGÜEZ y en ese momento hablamos con los proveedores de tres maneras diferentes de pagar el alcohol carburante".
C96-124.

Pregunta 41: En el expediente también obran presentaciones de MANUELITA, de INCAUCA, el otro ingenio que se dedica al alcohol....RISARALDA Y PROVIDENCIA, correcto, de abril o de mayo y junio, creo que son del 2004, a los proveedores también sobre el negocio del alcohol. En esas presentaciones aparece el tema de los 19 litros, todas tienen el tema de los 19 litros y la de MAYAGÜEZ también habla de los 19 litros. ¿Cómo explica usted semejante coincidencia?

Respuesta 41: En la reunión que se plantea habíamos dejado claro que uno de los puntos a incluir en la presentación tiene que ser cómo se proponía pagar esa producción en alcohol y cada uno quedó con la tarea de, por su propia cuenta, establecer ese pago. Lo que nosotros decidimos fue incluir una alternativa como lo mencionó antes, parecida a como se estaba liquidando el azúcar, es decir, en proporción a la producción o a los ingresos de la producción menos unos costos que nos parecía la más razonable para todos, la más equitativa. Pero pues como algunos sectores de los agricultores querían conocer un precio fijo, los cálculos que nos dio el fabricante tanto en producción por quintal como en costos, pues nos daba el resultado de que eso aproximadamente daba 19 litros. Respondiendo a su pregunta y, digamos, por qué pues en otras presentaciones hubo esa misma propuesta de 19 litros, yo creo que pensaría es que ambos o los tres ingenios que hicieron la presentación, pues teníamos la misma información del fabricante. Por tal motivo, si era la misma tecnología que debíamos adquirir pues la información del fabricante era la misma.

Pregunta 48: Usted ha repetido reiteradamente que las presentaciones y la reunión fue para establecer unos puntos del contenido de la presentación. Yo quisiera que nos explicara específicamente qué puntos eran los que se acordaron que debía incluir la presentación y que usted discutió y para los cuales dice que fue la reunión.

Respuesta 48: Básicamente sobre incluir aspectos sobre la tecnología, en qué consistía el proceso de transformar digamos un jugo de la caña en alcohol, cuáles son los procesos químicos, cómo se fermentaba ese azúcar, cómo se destilaba, porque hasta ese momento era muy ambigua la información, había que ilustrar en qué consistía el proceso, había que mencionarles cuáles eran los factores de producción aproximadamente de ese proceso, es decir cuánto, cuánta realmente era la producción esperada de esa materia prima que se iba a utilizar allí y cuántos eran los costos aproximados también esperados de ese, de ese proceso y finalmente presentarles a ellos cómo les podría beneficiar en cuanto a, económicamente en los pagos de la materia prima, cuáles, qué resultados podrían esperar ellos.

Pregunta 58: Dentro de su declaración, el doctor Enrique Molineras, Álvaro Enrique Molineras Navia, manifestó en una de las preguntas que le hizo este despacho, bajo la gravedad de juramento, en su momento a este señor, el dijo lo siguiente en la pregunta 4, le voy a leer todo el texto para que usted me conteste. Pregunta 4: de conformidad con la pregunta anterior en relación con "unificar criterios", ¿a qué va dirigida esa unificación? Respondió: va dirigida a la forma de liquidar el pago de alcohol carburante que sustituye el azúcar equivalente utilizada para su elaboración, cuando se inició el proyecto se estudiaron y se evaluaron tres alternativas de pago para el alcohol, la primera consiste en pagar 19 litros por quintal de azúcar que se dedique a la producción de alcohol carburante, la segunda pagar el 65 por ciento de los litros obtenidos por cada quintal de azúcar destinado a la producción de alcohol carburante y la tercera opción consistente en pagar por cada quintal de azúcar que se sustituya para la producción de alcohol, el equivalente en ingresos por litros obtenidos de alcohol menos los costos de transformación, maquila, en que se incurre por obtener esos litros. La pregunta es, doctor Hernán Darío ¿En esa reunión a la que se está refiriendo el doctor Álvaro Enrique Molineras en la cual usted en la pregunta anterior ya le respondió al doctor Andrés Jaramillo que usted había participado, se discutieron las formas como se iban a liquidar el pago de alcohol carburante o las opciones y una de esas opciones fue 19 litros?

Respuesta 58: En la reunión se plantearon, era importante incluir un punto sobre cómo se podía pagar el azúcar, perdón el alcohol, si se mencionaron alternativas en esa reunión, si se mencionaron.

Pregunta 59: ¿La de 19 litros fue una alternativa que se mencionó?

Respuesta 59: En medio de la reunión alguien la pudo haber mencionado pero no fue el punto central de la reunión.

Pregunta 61: ¿Se mencionan opciones de liquidación a proveedores?

Respuesta 61: Se mencionaron, dijimos porque, como uno de los puntos era incluir una presentación, era esa, menciones se hicieron, pero no era el propósito de esta reunión analizar alternativas de pago a los proveedores". (Subrayado y destacado fuera del texto).

El anterior testimonio constituye una prueba fehaciente de que las fórmulas concretas para liquidar el pago de la caña destinada a alcohol (19 litros y la fórmula variable de ingresos menos costos) fueron objeto de discusión entre los ingenios PROVIDENCIA, INCAUCA, MANUELITA y MAYAGÜEZ aquí investigados. En efecto, así se desprende de la lectura de las respuestas 41, 59 y 61 dadas por el testigo en su declaración.

Ahora bien, vale la pena indicar que para esta Superintendencia carece de toda relevancia la afirmación del testigo según la cual la discusión de las fórmulas de remuneración de la caña no era ni el punto central de la reunión (respuesta 59) ni el propósito de la misma (respuesta 61). Lo verdaderamente trascendente para los efectos de la presente actuación administrativa, es el hecho probado de que durante la mencionada reunión sí se discutieron, entre competidores, las estrategias de remuneración de la materia prima esencial para el negocio de producción del alcohol carburante. Lo anterior, sumado a la circunstancia igualmente demostrada en el expediente, que todos los ingenios alcoholeros ofrecieron en el mercado la fórmula de 19 litros y la de ingresos menos costos, es decir, aquellas formas de remuneración discutidas en la reunión.

También obra en el expediente referencia a una segunda reunión entre competidores celebrada a mediados de 2005, la cual es mencionada por Orlando Enrique Molina, Jefe de Proveedores de Caña de MANUELITA, durante el testimonio rendido en la visita practicada a dicho ingenio durante la averiguación preliminar. En dicha declaración el testigo sostuvo:

"Pregunta 8: Sírvase informar al despacho a qué reuniones asistió usted y personal de costos del Ingenio Manuelita S.A., citado por el doctor Álvaro Enrique Molinares del Ingenio Incauca S.A.

Respondió: Me reuní una tarde en Providencia S.A., por instrucción del doctor Vélez y en compañía del Ingeniero Económico de esta empresa, Mauricio Arias.

Pregunta 9: Sírvase informar al despacho en relación con la pregunta anterior, qué temas se trataron en la reunión realizada en ingenio Providencia S.A. y a qué conclusiones llegaron.

Respondió: Que el formato de presentación presentado por los señores de Procaña debíamos de hacerle una aclaración a la información presentada por ellos y que debíamos utilizar la misma forma de presentación utilizada por Procaña en PowerPoint y que los números mostrados por ellos no correspondían a la realidad; ejemplo: tasa representativa, precio del azúcar, precio del alcohol.

Pregunta 10: *Sírvase informar al despacho quiénes estaban presentes en esa reunión y la fecha de la misma.*

Respondió: *Estaba la persona que maneja proveedores en Providencia, Vicente Borrero, no me acuerdo si Álvaro Molinares estuvo en esa reunión, fuimos de aquí Carlos Mauricio Arias y había dos personas más de otro ingenio, yo creo que Mayagüez, yo creo que mediados del año 2005.*

Pregunta 11: ¿Para qué era la presentación de PowerPoint que presentaron en la reunión?

Respondió: Era para explicar la forma de pagar la caña convertida en alcohol.

Pregunta 14: ¿Qué conclusiones se sacaron de la reunión entre los diferentes funcionarios de los ingenios que asistieron a la reunión descrita anteriormente y a quién de esta empresa le trajo estas conclusiones?

Respondió: La conclusión era que había que aclararle a los proveedores de caña los valores o precios utilizados para la liquidación de pago para caña para alcohol por la presentación en PowerPoint de Procaña y eso se lo contamos a Vélez. Para lo anterior se programaron reuniones con los proveedores invitándolos para explicarles que los números entregados por Procaña no estaban sobre la realidad, una cosa decía Procaña y otra cosa decían los ingenios que estábamos allí⁹⁶. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Como se aprecia, el señor Enrique Molina hace igualmente referencia a una reunión entre competidores en la que se discutió "la forma de pagar la caña convertida a alcohol", situación que constituye un elemento indicador más de que la intención de los ingenios investigados fue la de cooperar entre ellos para la determinación de sus políticas de fijación de precios de la caña, evitando o disminuyendo los riesgos inherentes a la competencia.

La tercera reunión de la cual obra evidencia en el expediente es la mencionada por el señor Álvaro Molinares, Jefe de Proveedores de INCAUCA, durante la visita administrativa practicada en dicho ingenio durante la averiguación preliminar, en donde manifestó:

"Pregunta 2: *Sírvase informar al Despacho cuál fue el objeto de la reunión y qué conclusiones se sacaron de la misma.*

Respuesta: El objeto de la reunión fue dar a conocer entre los cuatro ingenios las presentaciones de alcohol que se darían a los proveedores en cada ingenio, con el objeto de compartir conocimientos y unificar criterios en referencia a la liquidación del alcohol. Cada ingenio de acuerdo a los puntos tratados en dicha reunión terminó de organizar su presentación y procedió a citar a sus proveedores. No hubo conclusiones concretas, sino intercambio de puntos de vista entre los diferentes funcionarios, con el objetivo de que las presentaciones por dar a los proveedores fueran coherentes entre los ingenios alcoholeros.

Pregunta 4: *De conformidad con la pregunta anterior en relación con "unificar criterios", ¿a qué va dirigida esa unificación?*

Respuesta: Va dirigida a la forma de liquidar el pago del alcohol carburante que sustituye el azúcar equivalente utilizada para su elaboración. Cuando se inició el proyecto se estudiaron y evaluaron tres alternativas de pago para el alcohol: la primera consiste en pagar 19 litros por quintal de azúcar que se dedique a la

⁹⁶ C7-11 a 14.

producción de alcohol carburante; la segunda, en pagar el 65% del total de litros obtenidos por cada quintal de azúcar destinado a la producción de alcohol carburante, y la tercera opción consiste en pagar por cada quintal de azúcar que se sustituya para la producción de alcohol el equivalente en ingresos por los litros obtenidos de alcohol menos los costos de transformación (maquila) en que se incurre por obtener esos litros. Una vez las plantas de Incauca y Providencia comenzaron a destilar alcohol, y cuando ya teníamos alrededor de 6 meses de experiencia en el tema, encontramos que la opción número 3 ofrecía un mayor ingreso al proveedor que las dos anteriores, razón por la cual, con el apoyo de la Gerencia (doctor Gonzalo Ortiz) y de la Presidencia (doctor Juan José Lülle) elaboramos una presentación para los proveedores en la cual se comparaba el pago con azúcar con el pago de una planta que produce azúcar y alcohol utilizando la opción número 3. Como para ese entonces los otros ingenios alcoholeros no tenían la experiencia que ya teníamos nosotros, nos pareció oportuno compartir con ellos nuestras experiencias y conclusiones respecto a este tema". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Esta versión de lo ocurrido en la reunión de marzo de 2006 entregada por el señor Molinares, fue posteriormente objeto de retractación en la declaración rendida el 6 de agosto de 2008 durante la etapa de investigación⁹⁷. En esta nueva declaración, el señor Molinares argumentó que por razones de cansancio, nerviosismo y de la confusión generada por la manera como fue formulada la pregunta por el Despacho, dijo lo que no quería decir.

"Pregunta 13: Manifieste la fecha en que se realizó la reunión a la que se refiere la diligencia que se practicó en septiembre de 2006.

Respuesta 13: OK, esa reunión fue a comienzos de marzo de 2006, usted se refiere a la pregunta número dos de la...

Apoderado: Sí, a la supuesta reunión.

Interrogado: A la supuesta reunión.

Apoderado: Con MAYAGÜEZ, con MANUELITA, y con...

Interrogado: Sí, nosotros tuvimos esa reunión pero quiero aclarar y precisar que el objeto y el alcance de esa reunión no fue el que me formulan en esa pregunta.

Pregunta 14: ¿Cuál es el alcance que le formulan en esa pregunta?

Respuesta 14: La pregunta dice que yo le informo al despacho que para determinar la forma como se liquidaría el precio pagado a los proveedores, me había reunido con sus homólogos de Ingenio PROVIDENCIA, MANUELITA, Ingenio MAYAGÜEZ. Nosotros, la reunión no fue para determinar una fórmula de pago, ni ese era el alcance nuestro, el objeto de la reunión fue días o semanas después de una reunión gremial que hizo PROCANA a todos los proveedores de los ingenios en la cual hizo unos puntos imprecisos contra la industria azucarera, contra el precio al que íbamos a liquidar, en cuanto a la forma en que se iba a liquidar, hizo unas cosas muy imprecisas, nosotros hicimos una reunión para analizar de manera conjunta los puntos que había tratado PROCANA y debatir esos puntos. Ese fue el objeto de esa reunión y con ese análisis que hicimos de manera conjunta cada ingenio fue y preparó una presentación para sus proveedores de forma que fuéramos coherentes en la forma de desvirtuar las imprecisiones a las cuales se había referido PROCANA a finales de febrero del 2008, 2006, perdón.

⁹⁷ C86-83.

Pregunta 15: Señor Molinares, si eso es como usted lo está diciendo, ¿por qué en el acta aparece, usted declaró que el objeto de la reunión era unificar criterios en torno a la liquidación del pago del precio de la caña?

Respuesta 15: Yo digo que el objeto de la reunión, yo dije que el objeto de la reunión fue dar a conocer entre los cuatro ingenios las presentaciones de alcohol que se darían a los proveedores en cada ingenio con el objeto de compartir conocimientos y unificar criterios en referencia a la liquidación del alcohol. En el tema de unificar criterios en referencia a la liquidación de alcohol yo tuve una confusión que la aduzco a la forma como fue formulada la pregunta anteriormente, porque nosotros en ningún momento hablamos de unificar precios o de unificar la forma de liquidar el alcohol. Lo que se quiso mostrar fue una presentación en la cual se desvirtuara lo que estaba diciendo PROCANA de la baja participación que íbamos supuestamente a dar los ingenios a los productores de caña.

Pregunta 16: Pero señor Molinares, si usted, como usted mismo ha leído la respuesta, se expresa, por lo menos así aparece en el acta, que el objetivo fue unificar criterios, pues entonces por favor ilústrenos, ¿qué entiende usted por unificar criterios, si eso no fue el objeto de la reunión?

Respuesta 16: No, fue un término impreciso el que yo utilicé, porque el objeto de la reunión no fue unificar criterios, yo de pronto de manera desprevenida me dejé llevar por la fórmula o por la forma en que fue hecha la pregunta, quiero también hacer hincapié en que esa declaración se me tomó pasadas las 6 y 20 de la tarde, después de 12 horas de trabajo, primera vez que me toca eso y yo estaba muy nervioso, entonces, quiero hacer también hincapié en eso, pero el objeto de la reunión, y pueden preguntarle también a las otras personas que hayan estado presentes en esa reunión, no fue en ningún momento ese". (Subrayado fuera del texto).

El apoderado de INCAUCA y RISARALDA señaló en su escrito de observaciones al Informe Motivado que la primera versión del señor Molinares debe ser desechada por el Despacho, en razón a la forma como se encuentran planteadas las preguntas (sugestivas), en que estas parten de supuestos no contenidos en el acta de visita y por haberse realizado en horas inhábiles en violación del artículo 182 del CPC⁹⁸.

En lo que respecta a la retractación del testigo, la Corte Suprema de Justicia tiene establecido en su jurisprudencia que el hecho de que un testigo cambie su versión de los hechos no constituye por sí solo un motivo para desechar la prueba. Frente a estas circunstancias, debe el juzgador utilizar las reglas de la sana crítica y valorar en conjunto el dicho del testigo y su arrepentimiento con los demás elementos de convicción que obran en el expediente. Ha sostenido la Corte:

"La Sala no desconoce que [...] ofrecieron en el curso de la instrucción una versión diferente de los acontecimientos, con el claro propósito de retractarse de los señalamientos que afectaban al [...]. No obstante, las declaraciones sobrevinientes no lograron demuir el contenido y la solidez de las iniciales.

Sobre el tema de la retractación tiene dicho la Corte que esa situación por sí misma no es una causal que destruya de inmediato lo sostenido por el testigo en sus afirmaciones precedentes, pues en todos los aspectos que tienen que ver con la credibilidad del testimonio, debe emprenderse un trabajo analítico, a fin de establecer en cuál de sus versiones dijo el declarante la verdad"⁹⁹. (Subrayado fuera del texto).

⁹⁸ C103-231.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Proceso No 24075. M.P. Mauro Solarte Portilla.

En una reciente sentencia, la Corte Suprema de Justicia señaló:

"En relación con el fenómeno de la retractación, suscitada en el presente caso en lo declarado por [...] en el interrogatorio propio de la audiencia de juzgamiento, se puntualiza que tal confrontación no determina obligatorio y ni siquiera necesario para el servidor judicial allegar nuevos elementos probatorios en orden a establecer cuál de las dos declaraciones enfrentadas es la verídica, como quiera que lo que le corresponde al fallador es proceder, a través de la normas que reglan la sana crítica, a confrontar el contenido de cada una de las versiones, en relación con los demás elementos de juicio allegados al plenario, en aras de verificar cuál de ellas comporta mayor credibilidad. Así lo ha dicho reiterada y pacíficamente la jurisprudencia de la Corte, por ejemplo, en el fallo de casación de 2 de julio de 2008, radicación 27964.

No sobra recordar, conforme se ha insistido por la Sala, que la simple retractación de un declarante de cargo no puede conducir inexorablemente a desestimar sus aseveraciones precedentes. La credibilidad que debe darse al testigo no puede ceñirse estrictamente a lo narrado en su última intervención dentro del proceso. La labor se toma analítica y de confrontación entre las distintas versiones a fin de determinar, con base en las condiciones del deponente, su coherencia narrativa y los restantes elementos de juicio, en aras de ofrecer puntos relevantes de credibilidad, de cuya conjugación con lo acopiado probatoriamente permitirá derivar e inferir en cuál de ellas ha dicho la verdad¹⁰⁰. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Se advierte en primer lugar que la pregunta "sírvese informar al Despacho cuál fue el objeto de la reunión y qué conclusiones se sacaron de la misma", además de cumplir con las formalidades establecidas en el inciso final del artículo 226 del CPC, difícilmente podría haberse formulado de una forma más clara y abierta, sin inducir a error o sugiriendo una respuesta.

De otro lado, además de la forma libre y espontánea en que el señor Molinares rindió su primera versión en la averiguación preliminar, encuentra también el Despacho relevante poner de presente que el acta que recoge ese testimonio, obrante a folios 12 a 15 del cuaderno 4, se encuentra suscrita por el propio señor Molinares en todas sus páginas, en señal de conformidad con el contenido del acta.

Así las cosas, este Despacho no acoge el argumento del apoderado de INCAUCA y RISARALDA según el cual la versión de los hechos ofrecida en el primer testimonio obedeció a que el Despacho presente en la visita administrativa formuló preguntas sugestivas.

En segundo término, el Despacho no considera que la pregunta se encuentre fundamentada en premisas falsas, toda vez que estas se desprenden de respuestas anteriores como consta en el cuerpo del acta de la visita visible a folio 7 del cuaderno 4 del expediente.

Tampoco se sostiene la crítica que hace el apoderado de INCAUCA en el sentido de que el testimonio fue tomado en horas inhábiles, en clara violación del artículo 182 del CPC. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la declaración del señor

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de agosto de 2007. Proceso No. 32672. Sala Plena.

Molinares se tomó en la continuación de la diligencia de visita administrativa realizada en INCAUCA, ello es, el 13 de septiembre de 2006¹⁰¹, la cual comenzó en horas hábiles. De manera que, si bien la declaración fue tomada a las 6:20 p.m., el inicio de la visita se produjo en horas hábiles, según lo preceptúa el CPC.

Adicional a lo anterior, era apenas lógico tomar la declaración del señor Molinares para evacuar por completo el objeto de la diligencia y no aplazar su continuación por segunda vez, decisión que también encuentra sustento en la parte final del artículo 123 del CPC relativo a la iniciación de las audiencias y diligencias, según el cual "*El juez deberá practicar **también** cualquier otra prueba que le fuere posible*". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Finalmente, se estima pertinente remitir a la lectura del artículo 182 del CPC, que establece:

"Artículo 182. Pruebas en días y horas inhábiles. El juez o el comisionado, si lo cree conveniente y con conocimiento de las partes, podrá practicar pruebas en días y horas inhábiles, y deberá hacerlo así en casos urgentes o cuando aquellas lo soliciten de común acuerdo".

De conformidad con lo anterior, el Despacho no comparte las apreciaciones de los apoderados frente a este testimonio y, en consecuencia, lo valorará en conjunto con las demás pruebas del expediente.

Por otra parte, para esta Superintendencia debe reprocharse la solidaridad admitida sin disimulos por el testigo, consistente en que una empresa (INCAUCA) comparta con todos sus competidores la experiencia obtenida en los seis meses de funcionamiento de la destilería, cuando en cualquier escenario de competencia la curva de experiencia constituye una ventaja competitiva materializable en el mercado.

En efecto, es natural que la curva de aprendizaje de INCAUCA durante la primera etapa de puesta en funcionamiento de la destilería trajera consigo hallazgos relevantes en términos de operación de la planta. Estos hallazgos y la experiencia obtenida antes que sus competidores, le debían permitir lograr eficiencias de manejo por parte del personal (operarios), la estandarización y especialización de procesos, así como un mejoramiento en los métodos aplicados a dicho proceso productivo y un mejor uso de la planta de destilación.

En este sentido, no existe una explicación lógica dentro de un escenario en competencia que explique que INCAUCA prefiera compartir "desinteresadamente" su *know how* con todos los demás ingenios competidores en el mercado, en lugar de explotarlo como una ventaja competitiva.

Para esta Superintendencia, este grado de cooperación existente entre los investigados, traducido en acuerdos, es el que se encuentra reprochable a luz de las normas de protección de la competencia.

¹⁰¹ La visita administrativa se adelantó los días 12 y 13 de septiembre de 2006

ii. Otros escenarios de intercambio de información

Además de las reuniones entre competidores mencionadas en el acápite anterior, obra en del expediente extenso material probatorio consistente en comunicaciones cruzadas entre los ingenios alcohólicos que contienen información comercial sensible, situación que constituye una clara muestra de la intención de actuar de consuno y no de manera independiente, evitando los riesgos inherentes a la competencia y permitiendo la alineación de su futuro comportamiento, materializado en la presente investigación mediante el ofrecimiento de fórmulas idénticas de remuneración de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol, que terminaron disciplinando contratos suscritos para la adquisición de este insumo.

En primer lugar, obra en el expediente un correo electrónico enviado el 26 de octubre de 2005¹⁰² por el señor Alexander Carvajal Cuenca, Director del Área Económica de Asocaña, dirigido a todos los representantes legales de los ingenios alcohólicos investigados, ello es, MANUELITA, PROVIDENCIA, INCAUCA, RISARALDA y MAYAGÜEZ.

Este correo anuncia y adjunta una comunicación redactada por Asocaña para ser remitida a los proveedores relacionada con el pago de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, la cual fue realizada según "lo convenido en la junta pasada". Llama la atención del Despacho que las cifras con fundamento en las cuales se definió el contenido de la comunicación, cuya finalidad era la de ser enviada por todos los ingenios alcohólicos, hubieran sido elaboradas por uno solo de ellos (RISARALDA). Dice el correo en mención:

"De: Alexander Carvajal Cuenca [acarvajal@asocana.org]

Para: Ricardo Villaveces Pardo; **Adolfo León Vélez Vélez** (E-mail); Bernardo Quintero (E-mail); Carlos Alberto Martínez Cruz (E-mail); Carlos Mira Velasquez (E-mail); **César Augusto Arango** (E-mail); César Zamorano Estrada (E-mail); Eduardo Valderama (E-mail); Germán Jaramillo Villegas (E-mail); **Gonzalo Ortiz** (E-mail); Harold Cerón Rodríguez (E-mail); Jaime Vargas López (E-mail); **Juan José Lülle** (E-mail); **Mauricio Iragorri Rizo** (E-mail); Santiago Salcedo (E-mail); Silvio Freddy Quintero Muñoz (E-mail)

Enviado: Miércoles 26/10/2005 04:12 p.m

Asunto: **Carta a Proveedores**

Señores:

Presidentes y Gerentes

De acuerdo con lo convenido en la junta pasada, les envío el modelo de carta que ustedes podrán enviar a sus proveedores, para mostrar la versión de los ingenios en lo que a pago de la caña para alcohol se refiere, luego del comunicado de prensa de Procaña. **Esta carta fue realizada con base en las cifras que para tal efecto elaboró el Ingenio Risaralda**, y es una versión revisada además por Dattis Comunicaciones, quien recomienda que se haga en los términos en los que está redactada (argumentos explicativos, sin agresividad).

Saludos,

Alex Carvajal". (Subrayado y destacado fuera de texto).

¹⁰² C58-189.

La carta anexa que menciona el correo corresponde a un archivo denominado "carta a proveedores pago caña xa alcohol v2.doc", cuyo contenido es el siguiente:

"Cali, 25 de octubre de 2005

Señor
(NOMBRE)
Ciudad

Respetado señor:

En esta oportunidad me dirijo a usted para puntualizar algunos temas relacionados con el pago de caña dirigida a la producción de alcohol carburante, que le permitirán contar con información de primera mano sobre las características del proyecto.

Según los estudios de los fabricantes y dueños de la tecnología que se utilizará en las destilerías de los ingenios en Colombia, de una tonelada de caña se producirán aproximadamente [redacted] litros de etanol, cifra que está calculada de acuerdo con las eficiencias de la destilería (fermentación, destilación y deshidratación) y el grado alcoholimétrico del etanol para combustible.

De estos [redacted] litros de etanol por tonelada de caña, [redacted] litros corresponden a lo producido con base en azúcar y los restantes [redacted] litros a lo producido a partir de las melazas. Como es de su conocimiento, las melazas no hacen parte del pago que los ingenios hacen a los cañicultores.

Con los 58 kilos de azúcar que en la actualidad se le pagan a un proveedor de caña, se obtendrían [redacted] litros de etanol, [redacted] proveniente de azúcar. Teniendo en cuenta lo anterior, en porcentaje, el pago promedio por la caña para alcohol representa el [redacted] del etanol producido.

Caña destinada para:	Comparación con cifras técnicas	
	Azúcar	Alcohol de azúcar
Una tonelada de caña produce en promedio	116 kilos	[redacted]
Pago promedio para el cañicultor por tonelada de caña	58	[redacted]
En porcentaje, el pago promedio por la caña para azúcar y oferta para alcohol es:	50%	[redacted]

[...].

Debe quedar claro que esta Superintendencia no considera reprochable que Asocaña y sus asociados formulen una estrategia conjunta para hacer frente a las supuestas acusaciones provenientes de los gremios de los cultivadores –Procaña y Azucari–; tampoco que pretendan fines legítimos de la agremiación¹⁰³. Lo que sí

¹⁰³ Las asociaciones gremiales pueden servir de escenarios para llegar a acuerdos restrictivos de la competencia o prácticas concertadas. La OECD señaló en su documento titulado *Trade/ Business Associations* del año 2007 que "[...] la participación en asociaciones gremiales y de profesionales presenta amplias oportunidades para que empresas que están en la misma línea de negocios se reúnan frecuentemente y discutan aspectos comerciales de interés común. Dichas reuniones y discusiones, aun si se adelantan para fines legítimos, congregan a competidores directos y les proveen con oportunidades frecuentes para intercambiar opiniones sobre el mercado, las cuales pueden desembocar en concertaciones ilícitas. Las discusiones sobre precios, calidades y

encuentra reprochable este Despacho es que RISARALDA suministre toda su estructura de costos para la producción de alcohol carburante, así como el análisis financiero supuestamente realizado por dicho ingenio para efectos de determinar la remuneración de la caña de azúcar, y que ello se presente como si se tratara de información común a todos los ingenios.

Adicionalmente, no puede dejar de llamar la atención el hecho de que todos los ingenios pretendan negociar con sus proveedores el valor de la principal materia prima, partiendo de cifras proporcionadas por un competidor (RISARALDA) y no con base en cifras propias, cuando adicionalmente está demostrado en el expediente que las tierras de RISARALDA y sus contratos de proveeduría de caña tienen particularidades de calidad y rendimiento.

También forma parte del acervo probatorio recaudado una serie de correos electrónicos cruzados entre los señores Mauricio Iragorri, Juan José Lülle y Adolfo León Vélez, representantes legales de los ingenios MAYAGÜEZ, INCAUCA y MANUELITA¹⁰⁴ respectivamente, en los cuales se evidencia el intercambio de información entre las mencionadas empresas, fundamentalmente aquella relacionada con los costos. Estos correos se intercambiaron entre los días 28 y 29 de octubre de 2005 y su asunto era "RV: NEGOCIO DE ALCOHOL VS AZUCAR":

Escribe Mauricio Iragorri (MAYAGÜEZ) a César Zamorano (MANUELITA) y Juan José Lülle (INCAUCA):

"> -----Mensaje original-----

> De: **Mauricio Iragorri Rizo** [mailto:miragorri@ingenioMAYAGÜEZ.com]
> Enviado el: Viernes, 28 de Octubre de 2005 04:30 p.m.
> Para: **Cesar Zamorano**¹⁰⁵ (E-mail); Ricardo Villaveces (E-mail); **Juan Jose Lülle** (E-mail)
> Asunto: RV: NEGOCIO DE ALCOHOL VS AZUCAR>
>
> Este es el cuadro del cual les hablé, que se le entregó
> a Aurelio Iragorri.
>
> Saludos¹⁰⁶. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Este correo es reenviado y comentado internamente en MANUELITA:

"----- Original Message -----

From: "César Zamorano Estrada" <czamorano@manuelita.com>
To: "Juan Antonio Zambrano" <ja.zambrano@manuelita.com>; **"ADOLFO LEON VELEZ"**
<**al.velez@manuelita.com**>
Sent: Friday, October 28, 2005 15:44
Subject: RV: NEGOCIO DE ALCOHOL VS AZUCAR

estrategias futuras de negocios pueden llevar a acuerdos o entendimientos informales violatorias del derecho de la competencia". (p. 29).

¹⁰⁴ C58-189.

¹⁰⁵ Funcionario de MANUELITA.

¹⁰⁶ C55-188.

>

"De: " Juan Antonio Zambrano [ja.zambrano@telesat.com.co]
Para: " **Adolfo Leon Velez**; Cesar Zamorano
Enviado: Sábado 29/10/2005 03:18 p.m.
Asunto: RV: NEGOCIO DE ALCOHOL VS AZUCAR

La presentación es similar a lo que Mayaquéz les está diciendo a los proveedores. Para efectos de cuentas internas nuestras, sin embargo, vale la pena aclarar lo siguiente.

Costo de Producción: Estimados de Manuelita son de [REDACTED] / litro, sin incluir costo de capital. **Con costo de capital puede subir a [REDACTED] a [REDACTED] por litro, de todos modos menos que [REDACTED].**

Con esto la diferencia se reduce, pero de todos modos sigue un poco inferior al azúcar.

Para esta cuenta le resto los costos de energía, mano de obra y mantenimiento ahorrados al cerrar las estaciones de crudo y "C".

Está bien esto para pedir liberación de precio. Pero **para cuentas internas** creo que no es tan mala la situación.

Hay que tener cuidado con los proveedores, pues esta situación los asusta de aceptar las cláusulas de alcohol en los contratos.

Juan Antonio Zambrano E¹⁰⁷. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Se destaca de los anteriores correos electrónicos que MAYAGÜEZ comparta la información que le "está diciendo a los proveedores" con INCAUCA y MANUELITA, situación que claramente evidencia el actuar coordinado de los ingenios alcohólicos en la compra de caña destinada a la producción de alcohol.

Adicionalmente, no puede pasar por alto el Despacho el análisis comparativo realizado por Juan Antonio Zambrano entre los costos de producción de alcohol de MAYAGÜEZ y MANUELITA. Dicho análisis muestra que los costos de MANUELITA (máximo [REDACTED] por litro) son el [REDACTED]% de los costos de MAYAGÜEZ ([REDACTED] por litro). De conformidad con lo anterior, no encuentra la Superintendencia una explicación lógica a que dichos ingenios hayan ofrecido idénticas fórmulas de remuneración de la caña a sus proveedores, más si se tiene en cuenta que los costos son una variable que determina dicha remuneración.

También obra un correo electrónico enviado el 28 de octubre de 2005, es decir, en fecha coincidente a la de la anterior cadena de correos electrónicos y con un asunto denominado "RV: ESTRUCTURA DE COSTOS ALCOHOL", el señor Mauricio Iragorri¹⁰⁸, representante legal de MAYAGÜEZ, envía a Adolfo León Vélez, representante legal de MANUELITA, un documento denominado "ESTRUCTURA DE COSTOS ALCOHOL.xls" y que se corresponde con los correos previamente analizados:

De: **Mauricio Iragorri Rizo** [mailto:miragorri@ingenioMAYAGÜEZ.com]
Enviado el: Lunes 31/10/2005 01:02 p.m.

¹⁰⁷ C55-188.

¹⁰⁸ C55-188.

Para: **Adolfo Velez** (E-mail); Cesar Zamorano (E-mail); Alexander Carvajal (E-mail)
Asunto: RV: ESTRUCTURA DE COSTOS ALCOHOL

Les adjunto detalle del cálculo que se hizo para el costo de producción de etanol.

[...]. (Subrayado y destacado fuera del texto).

El archivo adjunto incluye la siguiente información en relación con la estructura de costos de producción de alcohol carburante de MAYAGÜEZ:

Tabla 4

[RESERVADO]

Lo anterior, se suma a lo ya acreditado en cuanto a que empresas formalmente competidoras intercambian información sensible sobre las características de su negocio, como lo es la estructura de costos, lo cual revela a su vez detalles de la aptitud para competir de cada una de ellas. De esto dan cuenta tanto los correos electrónicos previamente referidos como los testimonios de los señores Álvaro Enrique Molinares, Enrique Molina y Hernán Darío Agudelo atrás citados. En efecto, llama la atención del Despacho el hecho de que en una misma semana los ingenios investigados se crucen numerosas comunicaciones tratando e intercambiando información con temas relacionados con el negocio del alcohol carburante, tales como: (i) la estructura de costos, (ii) una comparación entre el negocio del alcohol y el azúcar y (iii) comunicaciones modelo para ser enviadas a proveedores.

Adicional a lo anterior, se encuentra en el expediente un correo electrónico enviado por el señor Johan Martínez, Analista Económico y de Mercados de Asocaña, a los representantes de todos los ingenios investigados, el 21 de diciembre de 2005, con archivo adjunto denominado "Costos consolidado V3.xls", que da cuenta de un intercambio de información sobre los costos de producción de alcohol de los cinco ingenios alcohólicos realizada a través de Asocaña.

"De: Juan Antonio Zambrano [ja.zambrano@telesat.com.co]

Para: **Mauricio Iragorri** (E-mail); **Adolfo León Velez** (E-mail); **Cesar Augusto Arango-Gerente Gral-Risaralda** (E-mail); **Juan José Lülle** (E-mail); Ricardo Villaveces Pardo

CC: Vicente Borrero Calero (E-mail); Jose Humberto Rojas (E-mail); Mario Fernando Cardozo (E-mail); Juan Ignacio Borrero (E-mail); Carlos Mauricio Arias (E-mail); Carlos Humberto Blandon (E-mail); Luis Fernando Giraldo B (E-mail); Hernán Darío Agudelo (E-mail); Jorge Casas (E-mail); Juan Antonio Zambrano (E-mail); Alexander Carvajal Cuenca; Claudia Ximena Calero

Enviado: Miércoles 21/12/2005 11:31 a.m.

Asunto: Información de Costos

Estimados Señores:

En la mañana de hoy se realizó la revisión de las cifras de costos de producción de alcohol de las 5 destilerías. Se homogenizaron los criterios y se entendieron algunas diferencias entre las destilerías. Todos los participantes de la reunión coincidieron en que las cifras presentadas son sustentables.

Dado que los costos consignados en el cuadro son nominales, es necesario que tengan alguna metodología de ajuste. Se propone que sean expresados en dólares.

Anexo el archivo con la información recolectada.

Cualquier inquietud, favor contactame.

Cordial saludo

Johan". (Subrayado y destacado fuera del texto).

La información de costos que fue objeto de intercambio es la siguiente:

Tabla 5
[RESERVADO]

Como se puede apreciar del correo electrónico atrás referido de 21 de diciembre de 2005 enviado por Johan Martínez a los representantes de todos los ingenios investigados, hay un reconocimiento expreso de la existencia de "*diferencias entre las destilerías*", las cuales refuerzan la conclusión anterior, según la cual no existe una explicación razonable que permita justificar que todos ellos hubieren llegado a las mismas fórmulas de liquidación de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, a partir de su información de costos.

También se encuentra evidencia de intercambio de información entre el señor Juan José Lülle, representante legal de INCAUCA, y Adolfo León Vélez, representante legal de MANUELITA. En un correo electrónico de 17 de marzo de 2006¹⁰⁹, el primero envió al segundo un archivo denominado "*azúcar vs dual 2006*", el cual contiene una presentación denominada "*Liquidación de caña con alcohol a proveedores del Ingenio Providencia S.A. – Marzo de 2006*".

Se encuentran en la diapositiva No. 5 los cálculos a partir de los cuales PROVIDENCIA plantea la remuneración de las cañas destinadas a la producción de alcohol, información que se insiste, es compartida con MANUELITA.

Figura 12
[RESERVADO]

También se comparte un ejercicio correspondiente a la eventual liquidación de la caña para el año 2006 y la variación del precio de los litros por quintal pagados al proveedor según los precios del etanol:

¹⁰⁹ C58-189.

Figura 13

[RESERVADO]

Figura 14

[RESERVADO]

iii. Carácter anticompetitivo del intercambio de información observado en la presente investigación

De conformidad con las pruebas analizadas en el acápite anterior, para esta Superintendencia la información compartida por los ingenios RISARALDA, INCAUCA, MAYAGÜEZ, PROVIDENCIA y MANUELITA, así como las características de la misma, constituye evidencia de la forma concertada como estos supuestos competidores establecieron el esquema de remuneración de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante, que aplicaron en los contratos suscritos para dicho propósito. Se destaca:

- a. Según quedó demostrado, se dieron varias reuniones, además de las múltiples comunicaciones, en las que se discutieron las fórmulas de remuneración de las cañas destinadas a la producción de alcohol, que evidenciaron un asiduo, regular y sistemático intercambio de información.
- b. La información inicialmente compartida y discutida entre los competidores se concentró en las estrategias futuras de remuneración de la caña, es decir, sobre los precios que los cinco competidores en el negocio del alcohol estaban pensando ofrecer o que ofrecieron a sus proveedores. Este hecho es aún más grave si se tiene en cuenta que los acuerdos a los que efectivamente se llegó entre ingenios y cultivadores estaban llamados a regir relaciones contractuales de larga duración, entre 5 y 10 años, como está acreditado en el expediente y reconocido por los investigados¹¹⁰.
- c. La información suministrada y compartida es confidencial, amparada por reserva legal¹¹¹, y tendría un importante valor comercial para empresas en competencia. Una información de esta naturaleza, como lo es por ejemplo la estructura de costos, eficiencias productivas e inventarios, conlleva incluso para algunas

¹¹⁰ Puede constituir una excepción a lo anterior la modificación de contratos en curso mediante la aceptación de los otrosies propuestos por los ingenios.

¹¹¹ Tribunal Contencioso de Cundinamarca, Sección Primera, sentencia de 1 de octubre de 2009, Exp. 250002324000200900335-01, Magistrado Ponente: LUIS MANUEL LASSO LOZANO. Dijo el Tribunal en esta ocasión que: "*Estudiados los documentos allegados por la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de que este Tribunal decida si los mismos gozan o no de reserva legal por su condición de papeles del comerciante, la Sala debe señalar que, en efecto, los mismos gozan de reserva legal, toda vez que en ellos se encuentran [...] los informes de ventas mensuales por departamento de [...], precios base para la venta [...], proyección de precios de comercialización, estructuras de costos; capacidad instalada; punto de equilibrio; porcentaje del costo de transporte; principales clientes de [...]*" (Subrayado y destacado fuera del texto).

empresas en competencia a tomar costosas medidas en aras de prevenir que sus competidores tengan acceso a ella¹¹².

- d. La información intercambiada fue presentada en forma desagregada, brindando un importante grado de detalle en los datos compartidos. Incluso, las presentaciones compartidas entre competidores contenían ejercicios sobre previsiones de lo que sería la remuneración de sus proveedores¹¹³.
- e. Es particularmente llamativo el intercambio de información sobre la estructura de costos de las cinco destilerías, por cuanto alude precisamente a una de las dos variables que conforman la fórmula de ingresos menos costos. Esta variable es de especial importancia dado que los ingresos se determinan en función del precio del etanol (regulado por el Gobierno Nacional) y de los volúmenes de producción, en relación con los cuales también obra en el expediente evidencia de intercambios de información. Por ejemplo, un correo electrónico enviado el 31 de enero de 2006 por Johan Martínez, Analista Económico y de Mercados de Asocaña, dirigido entre otros a los representantes legales de INCAUCA, MANUELITA, MAYAGÜEZ y RISARALDA:

"De: Johan Martinez [mailto:jmartinez@asocana.org]

Enviado el: Martes, 31 de Enero de 2006 09:05 a.m.

Para: Juan José Lülle (E-mail); Mauricio Tragori (E-mail); Adolfo León Velez (E-mail); César Augusto Arango (E-mail); Juan Ignacio Borrero (E-mail); Carlos Humberto Blandon (E-mail); Carlos Eduardo Quintero (E-mail); Ricardo Villaveces Pardo

CC: Roberto Albán (E-mail); Claudia Ximena Calero; Alexander Carvajal Cuenca

Asunto: Balance y proyección de Alcohol para el mes de Febrero

Estimados Señores:

De acuerdo a la información de producción, despachos e inventarios enviados por Incauca, la situación al 29 de enero es la siguiente:

- *En la actualidad, existen unos inventarios de [REDACTED] litros en los tanques de Incauca y Providencia*
- *Los despachos a Bogotá entre noviembre de 2005 y el 30 de enero de 2006 fueron de [REDACTED] litros, que se supone deben estar en los tanques de los mayoristas en Bogotá.*

De acuerdo a lo anterior, el total de inventarios es de [REDACTED] litros, el cual sería el nivel para comenzar febrero.

Para la producción de febrero se consideraron dos escenarios:

- *En el primero, Incauca y Providencia operan a máxima capacidad durante [REDACTED] días al mes y Risaralda a [REDACTED] litros/día durante [REDACTED] días. Esto significa una*

¹¹² El artículo 16 de la Ley 256 de 1996 establece: "Artículo 16. violación de secretos. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta ley.

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurran los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de este ley".

¹¹³ Ver por ejemplo presentación de PROVIDENCIA denominada "Liquidación de caña con alcohol a proveedores del ingenio Providencia S.A. – Marzo de 2006".

producción durante el mes de febrero de ■ millones de litros. Así, habría una oferta disponible de ■ millones de litros. Dado que el consumo de Bogotá y de Cali son ■ y ■ millones de litros respectivamente (■ millones en total), esto dejaría un inventario de ■ millones de litros al final de febrero.

- En el segundo escenario Incauca y Providencia operan al mismo ritmo de enero durante los ■ días al mes (■ mil litros por día respectivamente) y Risaralda a ■ litros/día durante ■ días. Esto significa una producción durante el mes de febrero de ■ millones de litros. Así, habría una oferta disponible de 24.4 millones de litros. Dado que el consumo de Bogotá y de Cali son ■ y ■ millones de litros respectivamente (■ millones en total), esto dejaría un inventario de ■ millones de litros al final de febrero.

Todas las cifras y cálculos mencionados anteriormente se encuentran en el cuadro adjunto.

Como se puede observar, las cifras cuadran con muy poco margen de error, lo que pone en una situación muy delicada el abastecimiento de Bogotá, a menos que entren en operación las demás plantas. En caso de que estas plantas no entren a operar, no habría la capacidad suficiente para atender el mercado en el mes de marzo. Es muy importante definir el mensaje que se le debe dar al Ministerio de Minas, dado que junto con los mayoristas se encuentran alarmados porque preveen [sic] un desabastecimiento de alcohol. Quedamos pues atentos a la definición del mensaje a enviar.

Cordial saludo,
Johan¹¹⁴.

El cuadro anexo anunciado en este correo electrónico es el siguiente:

Tabla 6

[RESERVADO]

iv. No existe una explicación económicamente razonable de la identidad entre ingenios de las fórmulas de remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante

Todos los apoderados de ingenios alcoholeros, en sus escritos de observaciones al Informe Motivado, argumentaron que la identidad en las fórmulas propuestas se fundamenta en similares eficiencias y rendimientos de las plantas, información supuestamente suministrada por el fabricante de las destilerías¹¹⁵.

En ese sentido el apoderado de MAYAGÜEZ afirmó:

"La suma fija de 19 litros de etanol por tonelada de caña corresponde a la aplicación de uno de los sistemas tradicionales de remuneración utilizados en la industria azucarera, el cual consiste en dividir en partes iguales la producción de la tonelada de caña. MAYAGÜEZ consideró que sería adecuado aplicar la misma fórmula utilizada

¹¹⁴ C 55-188

¹¹⁵ Es importante indicar que las cinco destilerías fueron contratadas con el mismo fabricante –PRAJ–.

tradicionalmente en la compra de caña para producción de azúcar, descontados los costos de la producción del alcohol carburante.

No obstante, cuando se comenzó a definir el pago de la caña de azúcar que se transformaría en alcohol carburante, el ingenio aún no había adquirido la destilería y no le era posible predecir los costos exactos en los que incurriría [...].

Así, de acuerdo con la experiencia del ingenio y los estimados del fabricante de la destilería, se calculaba que una tonelada de caña produciría, (descontado el etanol producido por la melaza, que es propiedad de MAYAGÜEZ), un aproximado de 68 litros de alcohol. Bajo este supuesto, la fórmula de pago de la caña de azúcar destinada a la producción de etanol, se calculó según se explica a continuación. En ese momento, se contaba con el siguiente estimado para una (1) tonelada de caña, con 11.6% de rendimiento en azúcar (116 kilos) de azúcar [sic], con fines de producción de etanol.

Debido a que la totalidad de ingenios alcohólicos contrataron la construcción de su destilería con el mismo contratista, por ser éste el único poseedor de la tecnología autorizada por la C.V.V, y teniendo en cuenta que el rendimiento de la caña es en promedio, la misma [sic] para todos los ingenios, resulta natural que sus estimados sean similares¹¹⁶.

El mismo apoderado al referirse a MANUELITA afirmó:

"De acuerdo con los cálculos del fabricante, la destilería produciría ■■■ litros de etanol por quintal de azúcar, a un costo de ■■■ pesos por litro. Debido a que en el año en que se hizo el cálculo, el precio del alcohol era de ■■ pesos por Litro, se definió que el costo de producción sería del ■■■% del precio de un litro alcohol. Teniendo en cuenta que la producción de la destilería era de ■■■ litros por quintal de azúcar, se calculó que el costo de producción sería entonces de ■■■ litros por quintal de azúcar.

Estos costos se discriminan de la siguiente forma. 3,9 litros/quintal, lo cual representa 13,9% de los ■■■ litros por quintal de azúcar, serían para amortizar el pago de la inversión inicial de construcción de la planta. Así mismo Praj determinó que el costo de operación de la planta, con un nivel de automatización 3, significaba ■■ litros por quintal de azúcar o el ■■% de los ■■ litros por quintal de azúcar. Se determinaron los otros costos, que son los costos adicionales por producir alcohol, como seguros, industria y comercio, auditorías, capital de trabajo, entre otros. Este costo dio ■■ litros por quintal de azúcar. Los tres tipos de costo dan una sumatoria de ■■■ litros de alcohol por quintal de azúcar.

Con base en estas cifras se determinó que el proveedor de caña debía recibir la diferencia entre los ingresos y los costos, es decir, el equivalente a 19 litros por quintal de azúcar¹¹⁷.

El apoderado de INCAUCA y RISARALDA afirmó:

"Ignora el Despacho que si bien puede existir alguna identidad y similitud en la fórmulas que se utilizan para liquidar y pagar la caña destinada a la producción de alcohol carburante, ello obedeció principalmente a que, por un lado, las fórmulas

¹¹⁶ C105-107.

¹¹⁷ C104-221.

*están basadas en los factores de eficiencia y rendimiento de las plantas alcoholeras, que son muy semejantes para estos ingenios, en la medida en que la tecnología que ellos utilizan es la misma*¹¹⁸.

"Como está debidamente acreditado en el expediente, esta fórmula surgió de los datos estimados de eficiencias y rendimiento que proporcionó a los ingenios el fabricante de las destilerías, que fue el mismo para todos ellos.

Fueron datos estimados, porque como aparece en los diferentes testimonios, en el momento en que surgió la fórmula no se había comenzado a producir alcohol y por ello, no había otra manera de trabajar, si no era con los datos suministrados por el dueño de la tecnología.

*Dentro del modelo de la fórmula inicial, de 19 litros por quintal de azúcar, las eficiencias y rendimientos son determinantes, tal como se evidencia entre otros [sic] medios de prueba [...]*¹¹⁹.

"No existe en el expediente ningún medio de prueba que desvirtúe los testimonios que arriba se citan y en concreto, que las eficiencias, y rendimientos del alcohol carburante, sean los mismos en el caso de las cinco plantas alcoholeras. De hecho la Delegatura nunca indagó sobre ellas teniendo el deber de hacerlo. Por ello resulta realmente inadmisibles que la Autoridad, con el Informe Motivado, hubiera procedido a desestimar de manera caprichosa las declaraciones que anteceden, que son verdaderos medios de prueba.

*Finalmente, el Despacho del Delegado cuestiona la identidad de las fórmulas sobre la base de que las plantas tienen diferente tamaño, ubicación geográfica, etc., pero ignora la Autoridad que ninguna de esas circunstancias, tiene incidencia alguna en las eficiencias de deshidratación, destilación y fermentación que son los factores que realmente llevan a la eficiencia global de las plantas*¹²⁰.

Es importante señalar que las fórmulas ofrecidas por los ingenios representaban, en términos prácticos, una manera de remunerar la caña expresada de tres formas diferentes. En efecto, la fórmula de los 19 litros surge del ejercicio de tomar los supuestos ingresos de la producción estimada de 75 litros de alcohol por tonelada de caña, deducirle los litros de alcohol derivados de las mieles "de propiedad de los ingenios" y repartir el resultado en porcentajes iguales, como alegan es tradición en el mercado. Del 50% que corresponde al cultivador se descuentan los costos de producción de alcohol, estimados en [REDACTED] litros, y se llega de esta manera a la propuesta de pagar 19 litros de alcohol por tonelada de caña. Por su parte, la fórmula del 65% corresponde en términos porcentuales a la participación ofrecida de 19 litros, aplicada al factor de conversión de [REDACTED] litros por quintal de azúcar crudo¹²¹.

Se encuentra acreditado en el expediente que todos los ingenios alcoholeros tienen sus propias particularidades en aspectos tales como las variedades de caña sembradas, la distancia de los predios contratados y, sobre todo, en las eficiencias

¹¹⁸ C103-216.

¹¹⁹ C104-41.

¹²⁰ C105-220.

¹²¹ C1-27.

tanto de las fábricas de azúcar como de las destilerías. En efecto, esta heterogeneidad se aprecia entre otros, en la

Figura 6, en la Tabla 2 y en la información recaudada por Cenicaña en virtud del "PROGRAMA DE ESTANDARIZACION, GESTION DE FÁBRICA - SISTEMA DE INTERCAMBIO MENSUAL DE INFORMACION ESTANDARIZADA INTER INGENIOS"¹²².

La información contenida en el mencionado programa de estandarización¹²³, muestra cifras detalladas sobre las eficiencias de los ingenios en aspectos tales como molienda, tiempo, producción, extracción, calidad de la caña, pérdidas de sacarosa, recuperación de azúcar y resultados de análisis de laboratorios.

Esta información ilustra claramente las divergencias existentes en las eficiencias de las fábricas de azúcar, aspecto de cardinal importancia para el presente análisis si se tiene en cuenta que los insumos para la producción de alcohol (el jugo clarificado, la meladura y la miel B) provienen del proceso industrial del azúcar. En efecto:

"La transformación de azúcar se da en la Fábrica y tiene lugar como fase inicial, el muestreo, pesaje y lavado de la caña. De ahí, el material pasa a las picadoras y los molinos. El bagazo resultante en la molienda se emplea en las calderas para la producción del vapor que será la base para generar la energía necesaria para la realización del proceso. El bagazo sobrante en esta etapa, es empleado en la industria papelera.

Por su parte, el jugo obtenido en los molinos es pesado para continuar con el calentamiento, clarificación y filtración, procedimientos con los cuales se separan los materiales diferentes a la sacarosa que se encuentran en el jugo. Al evaporar este jugo se obtiene la meladura o jarabe que se conduce a los tachos, donde se procede a su cristalización para obtener posteriormente la masa cocida, que pasa luego a la centrifugación, donde el azúcar es separado de la miel, parte del jugo claro, la miel B y meladura son utilizadas como materia prima para la producción de alcohol Carburante"¹²⁴.

De conformidad con lo anterior, los aspectos relacionados con el proceso fabril tienen una incidencia directa en la producción del alcohol carburante, en la medida en que la materia prima utilizada proviene precisamente de la planta de producción de azúcar.

Frente al particular, el señor Carlos Blandón, Gerente Administrativo y Financiero de RISARALDA, señaló en su testimonio que la materia prima a partir de la cual se elabora el alcohol es fundamental para determinar las eficiencias de las destilerías en

¹²² Obran en el expediente numerosos correos electrónicos enviados por Liliana María Calero [lcalero@cenicana.org] a los representantes de los ingenios, entre otros: 9 de mayo de 2006, 8 de junio de 2006, 7 de julio de 2006, 9 de agosto de 2006, 9 de octubre de 2006, 8 de noviembre de 2006, 7 de diciembre de 2006, 5 de enero de 2007, 7 de febrero de 2007. C55-188.

¹²³ Por ejemplo, para los datos del año 2006, ver Anexo 1.

¹²⁴ Tomado de <http://www.incauca.com/>. Consulta del 22 de enero de 2010.

relación con una tonelada de caña y, adicionalmente, que los proveedores de las destilerías realizaron un análisis de la materia prima:

"Pregunta 23: ¿Tuvo algo que ver la tecnología adquirida con la metodología que ustedes elaboraron para liquidar caña?"

Respuesta 23: Claro, fundamental, pues dentro del modelo es parte fundamental mirar las eficiencias, o sea, la eficiencia en cada uno de los procesos, en fermentación, en destilación, en deshidratación, y todo eso, todas ellas llegamos a una eficiencia que nosotros llamamos una eficiencia global, entonces de ahí parte de esa eficiencia, cuántos litros voy a sacar yo por quintal. El problema es que en Brasil sacan no sé cuánto más, como decía algún proveedor, ¿por qué sacan en Brasil un poco más de alcohol? Depende de la tecnología, depende de los jugos. Una cosa que aprendimos también es la materia prima, los jugos de la caña, de eso depende cuántos litros de alcohol voy a sacar, es fundamental. No es lo mismo unos jugos de Brasil o unos jugos de Suráfrica o unos jugos de Australia. O sea, de cada uno de los jugos se determinan unos rendimientos y unas eficiencias. Entonces eso sí se hizo un análisis porque para nosotros era fundamental, de los grandes temores, de las grandes incertidumbres que teníamos nosotros es si voy a lograr las eficiencias que me están diciendo. ¿Qué tal que yo monte la fábrica y me diga que yo saqué tantos litros por quintal y no los saqué? Y nosotros por eso a Praj le metimos unas cláusulas de garantía fundamentales para que nos garantizara las eficiencias y las eficiencias, digámosle en términos generales se cumplieron y se están sobrepasando".

"Pregunta 90: Yo quisiera que usted nos contara, siendo que su área es la encargada de costos, ¿Cuál fue el análisis que se hizo al inicio de la producción de alcohol carburante, que nos explicara mejor cómo se llegó a los 19 litros y cómo se llegó a esa suma de [] litros que usted habló, de dónde provino esa?"

Respuesta 90: [...] Entonces con la eficiencia de la fermentación, con la eficiencia de la destilación, con la eficiencia de la deshidratación, llegamos a una eficiencia global y con esa eficiencia y el análisis que ellos obviamente hicieron de nuestra materia prima se determinó que nosotros estábamos, íbamos a sacar de cada quintal sustituido, íbamos a estar entre [] litros por quintal. Entonces de ahí, de todas esas proyecciones fue que salieron obviamente esas cifras. Ahora haciendo el análisis ese [], ese [] que se inició la eficiencia de la planta está al mes de mayo acumulado en el año a [], entonces con ese [] fue que también se hizo el análisis y con los costos que nosotros hicimos en el proyecto con el cual les ofrecimos en el mes de junio una carta que vi por acá, simplemente es incrementándole al señor, diciendo, mire, podemos pagar, analizado eso y con los miembros de junta de proveedores de caña que también tuvieron esa iniciativa a pagar de 19 a 20 litros y si es por eficiencia de 65 al 68%¹²⁵. (Subrayado y destacado fuera de texto).

Así, la eficiencia global de las destilerías depende de factores como las variedades de caña sembradas, la distancia predio-molino, la calidad de la tierra, la eficiencia de la fábrica, y todas ellos son distintos para cada ingenio, de manera que una retribución estándar al proveedor por su producto no es consistente con la explicación ofrecida.

En efecto, si un determinado ingenio cuenta con mejor materia prima y es más eficiente en el proceso de molienda que otro, es de esperar que una tonelada de

¹²⁵ C86-51.

caña produzca más jugo clarificado, meladura y miel B y, en consecuencia, esté en capacidad de competir y sacar ventaja de sus eficiencias.

De otra parte, obra en el expediente un correo electrónico del 27 de enero de 2004 remitido por Jorge Rebolledo, Secretario Técnico del FEPA, a Santiago Salcedo, representante legal de TUMACO:

*"From: Jorge Ernesto Rebolledo
To: Santiago Salcedo (E-mail)
Sent: Tuesday, January 27, 2004 7:42 AM
Subject: FW: Pago de azúcar en Alcohol*

Cordial saludo,

Les reenvío la propuesta presentada por Juan Antonio Zambrano sobre pago de caña utilizada en alcohol.

*Jorge Rebolledo*¹²⁶.

El Despacho destaca del correo electrónico un documento preparado por Juan Antonio Zambrano, funcionario de MANUELITA, sobre la liquidación de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, denominado "*Pago de caña para productores de alcohol*", del cual se desprende que MANUELITA, ingenio del que hace parte el señor Zambrano, produce ■ kg de miel final por tonelada de caña, a partir de los cuales obtiene ■ litros de alcohol. El autor del documento enfatiza en que este valor es distinto para cada ingenio:

"Pago de Caña para productores de alcohol

Antecedentes

- *La caña se paga de acuerdo con el precio del azúcar.*
- *El azúcar se divide entre el mercado interno tradicional y los otros mercados.*
- *En los otros mercados se paga como azúcar crudo ex ingenio o equivalente de otros productos. Para esto se toma el precio real de cada tipo de azúcar o miel rica, se le restan los costos de procesamiento y los costos de distribución y ventas para llegar a un precio neto ex ingenio.*

Como pagar la Caña cuando hay alcohol

El azúcar se repartirá entre tres mercados, Interno Tradicional, Otros Mercados de Azúcar y Alcohol. Se pagará la caña con el precio de cada mercado y con la proporción de cada mercado.

Problemas

- *Determinar la cantidad de azúcar usada para producir alcohol.*
- *Determinar el precio neto del azúcar en el alcohol.*

Determinación del Azúcar usado en alcohol

El ingenio va a producir alcohol de toda la miel final y parte del azúcar en la caña. Para determinar cuánto azúcar se usa debe partir de la producción total de alcohol, a esto se le resta el alcohol proveniente de la miel final para quedar con la producción de alcohol proveniente del azúcar.

¹²⁶ C88-226.

La producción histórica del ingenio es de ■ kg de miel final por tonelada de caña. Esta miel final se convierte en alcohol con un factor de ■ kg de miel final por litro de alcohol.

De la producción de alcohol proveniente de azúcar se divide por el factor de conversión de azúcar en alcohol para llegar a la cantidad de azúcar utilizada.

Determinación del Precio del Azúcar usado en alcohol

Usando el principio de pagar la caña con los precios reales de venta, netos de gastos de transformación, ex ingenio, el alcohol tendría los siguientes procedimientos:

Ingreso Precio del alcohol vendido ex ingenio (restando fletes y otros gastos de distribución)

- Costo Directo Costo de la destilería desde la recepción de la materia prima hasta el despacho del alcohol y disposición de las vinazas. (sin depreciación)

- Costo Administrativo y de Capital para transformar el azúcar en alcohol.

= Ingreso Neto Costo implícito de Materiales usados para alcohol

* % Proporción de la producción total de alcohol proveniente de azúcar

= Ingreso Neto de azúcar

+ Quintales Quintales de azúcar usados en elaboración de alcohol

= Precio Precio del QQ de azúcar en alcohol

Ejemplo

Datos Reales

Molienda

Producción Azúcar

Zi de ingenios A

Producción Alcohol

Ventas en \$ y litros de alcohol

Costos de operación de la destilería

Gastos de Ventas del Alcohol

Factores

■ kg de Miel Final / tonelada de Caña *

■ kg de Miel Final / litro de alcohol *

lts de alcohol por quintal de azúcar crudo de 97.8%

20% Costo Administrativo y de capital (% de ingresos)

* Distinto para cada ingenio debe usarse un promedio histórico

Datos Inferidos

kg de Miel Final Producidos

Litros de alcohol provenientes de Miel Final

Litros de alcohol provenientes de azúcar

Quintales de azúcar usados para producir alcohol

Quintales totales de azúcar producidos + inferidos en alcohol

Precio neto del alcohol

Precio neto del azúcar usado para elaborar alcohol". (Destacado original y subrayado fuera del texto).

Si se analiza la parte denominada "Determinación del Precio del Azúcar usado en alcohol", se observa que el ejercicio para la determinación del precio de la caña destinada a alcohol se realiza utilizando variables como el "Precio del alcohol vendido ex ingenio (restando fletes y otros gastos de distribución)", el "Costo Directo", el "Costo de la destilería desde la recepción de la materia prima hasta el despacho del alcohol y disposición de las vinazas (sin depreciación)", el "Costo administrativo y de capital para transformar el azúcar en alcohol" y el "Costo implícito de Materiales usados para alcohol". En este sentido, si todos los ingenios tienen condiciones heterogéneas que imponen que los valores asignados a cada una de las

mencionadas variables sean diferentes entre ellos, forzoso es concluir que las fórmulas de remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante hubieran consultado tales diferencias, si cada uno de los cinco ingenios hubiere realizado sus propios cálculos de manera independiente y utilizando sus propias cifras.

Sin embargo, como quedó demostrado, las fórmulas para liquidar la caña destinada a la producción del alcohol no reflejaron la existencia de las mencionadas diferencias y, por lo contrario, comportan en su análisis y presentación por parte de todos los ingenios alcoholeros exactamente las mismas variables. Lo anterior, sumado a que todos ellos hubieren llegado a las mismas dos fórmulas de remuneración de la caña (y en algunos casos a las tres), al permanente intercambio de información que operó entre los ingenios durante el periodo investigado y a que según el apoderado de MAYAGÜEZ los ingenios se vieron enfrentados a un ejercicio de "predicción"¹²⁷ para establecer las fórmulas a ofrecer, llevan al Despacho a concluir que las ofertas son el producto de una práctica concertada entre los ingenios alcoholeros, descartando que las fórmulas ofrecidas hubieran sido el resultado de la reflexión individual e independiente de cada uno de los ingenios.

Adicionalmente, es pertinente llamar la atención sobre la comunicación del 4 de marzo de 2004 suscrita por representantes de cuatro de los ingenios alcoholeros¹²⁸ y dirigida a los representantes de los cultivadores, por medio de la cual conceden que el impacto de la materia prima en el negocio del alcohol puede variar de ingenio en ingenio y que "cada destilería tiene sensibilidades particulares", en donde dicho costo puede incluso hacer inviable el negocio, además de reconocer lo ya mencionado en relación con las diferencias entre ellos en el volumen y calidad de la miel final. Dice la comunicación en mención:

"4. Ingenios: Los litros de alcohol por tonelada de caña están bajos. Si se producen ■ kg de miel final por tonelada de caña y se usan ■ kg de miel por litro de alcohol el factor de litros de alcohol de miel final por tonelada de caña debería ser ■ y no ■. Estos factores son distintos para cada ingenio pues el volumen y la calidad de la miel final son distintos.

[...]

8. [...] Por tal razón, es fundamental tener en cuenta que cada destilería tiene sensibilidades particulares, porque además del factor antes mencionado, existe el de costo de capital por unidad de capacidad instalada, que hace que los resultados difieran totalmente entre sí.

[...] Estos supuestos y sus resultados toman menos relevancia cuando presumen el negocio como un todo, sin tener en cuenta la diferencia en la dimensión de cada destilería, lo cual impacta de manera directa en el costo de capital por unidad de capacidad instalada. Esto es fundamental, pues el costo de la materia prima que haga factible una destilería mayor, puede hacer inviable la inversión de una

¹²⁷ Cfr. C105-107.

¹²⁸ Figuran como remitentes, sin firmas, los señores Juan Jose Lülle, Mauricio Iragorri, Bernardo Quintero y César Zamorano.

menor capacidad, que tiene un costo más alto de capital por unidad instalada¹²⁹. (Subrayado y destacado fuera del texto).

En este sentido, no encuentra el Despacho una explicación económicamente razonable a que las diferencias entre destilerías no se hubieran visto reflejadas en las propuestas efectuadas a sus proveedores, en la medida en que estas, para todos los ingenios, hacen de los costos una variable fundamental.

Por otra parte, no obra en el expediente prueba alguna que acredite que los fabricantes de las destilerías suministraron a todos los ingenios alcohólicos una información uniforme sobre su producción esperada de 75 litros por tonelada de caña de azúcar. Por el contrario, las pruebas sugieren que ello no fue así, como por ejemplo, el testimonio del señor Carlos Blandón antes citado¹³⁰. Inclusive asumiendo, en gracia discusión, que efectivamente los fabricantes de las destilerías indicaron que la producción esperada era de 75 litros por tonelada de caña, con fundamento en todas las consideraciones precedentes, se descarta que todos hubieren llegado de manera individual e independiente al mismo resultado de 19 litros después de descontar los costos.

No se encuentra entonces una explicación económicamente plausible de por qué los ingenios ofrecieron fórmulas de pago idénticas a los proveedores, absteniéndose de competir por la proveeduría en un mercado deficitario donde se esperaba una pugna más agresiva por el insumo.

Por otra parte, llama la atención del Despacho que en la fórmula denominada ingresos menos costos, que se aduce tiene origen en la fórmula para liquidar las cañas destinadas a la producción de azúcar de exportación, todos los ingenios hubiesen considerado idénticos rubros en las dos variables y asignado idéntico peso.

Asumiendo que existe una justificación objetiva para haber tomado como punto de partida la mencionada metodología, observa el Despacho que la concertación se extiende a no reconocerle al proveedor una remuneración por las mieles producidas por la caña de azúcar que, si bien tradicionalmente se han tratado como de propiedad de los ingenios en razón a que de ellas no se produce azúcar, sí son materia prima en el proceso de producción de alcohol carburante.

Al respecto, el estudio del MADR denominado "Sistema de pago para la caña de azúcar en Colombia: una nueva propuesta basada en calidad" señala que:

"La exclusión de las mieles y melazas en el pago de la caña de azúcar para la producción de alcohol carburante se sustenta en que estos subproductos están

¹²⁹ C39-203 a 211.

¹³⁰ "Pregunta 90: Yo quisiera que usted nos contara, siendo que su área es la encargada de costos, ¿Cuál fue el análisis que se hizo al inicio de la producción de alcohol carburante que nos explicara mejor, cómo se llegó a los 19 litros y como se llegó a esa suma de ■ litros que usted habló, de dónde provino esa?"

Respuesta 90: [...] Entonces con la eficiencia de la fermentación, con la eficiencia de la destilación, con la eficiencia de la deshidratación, llegamos a una eficiencia global y con esa eficiencia y el análisis que ellos obviamente hicieron de nuestra materia prima se determinó que nosotros estábamos, íbamos a sacar de cada quintal sustituido íbamos a estar entre ■ y ■ litros por quintal. [...] (Subrayado fuera de texto).

excluidos en los contratos de caña para la elaboración de azúcar, porque no son aptos para la fabricación de este producto final. No obstante, dado que la destilación de mieles y melazas distintas a la sacarosa produce ■ litros de alcohol carburante por tonelada de caña, el pago de la materia prima para la producción de alcohol debe incorporar dicho rendimiento¹³¹. (Subrayado y destacado fuera de texto).

Por otra parte, no ve el Despacho una razón, distinta a la concertación, que explique que en la fórmula en comento la liquidación de la caña destinada a alcohol incluya por los cinco ingenios alcoholeros los costos de capital relacionados con el montaje de las destilerías, cuando ni siquiera para la liquidación del azúcar de exportación, modelo que, conforme a las explicaciones de los apoderados sirvió de base para la liquidación de alcohol, se incluían costos de capital.

En la misma lógica, no se encuentra explicable que para la liquidación del alcohol carburante se consideren, por parte también de los cinco alcoholeros, los pagos a CIAMSA, si se tiene en cuenta que se trata de una comercializadora internacional de azúcar y que el etanol producido por los ingenios tenía como destino el mercado interno.

De lo anterior se concluye que para el caso de las cañas destinadas a la producción de alcohol, lo que resulta reprochable en el marco de la presente investigación es que cinco empresas formalmente competidoras hayan coincidido en ofrecer a sus proveedores idéntica fórmula de retribución, utilizando la misma metodología y argumentando exactamente las mismas razones.

v. El MADR no promovió ni patrocinó la celebración de acuerdos anticompetitivos entre los ingenios alcoholeros

Los apoderados afirmaron que las reuniones llevadas a cabo por los ingenios fueron propiciadas y patrocinadas por el Gobierno Nacional. Argumentaron que esta Superintendencia no tuvo en cuenta evidencias que dan fe de la participación del MADR y de los gremios de cultivadores en la fijación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, circunstancia que explica la similitud de las fórmulas.

En ese sentido el apoderado de MAYAGÜEZ y MANUELITA afirmó:

*"De igual manera se encuentra probado dentro del expediente, que las reuniones sostenidas por los ingenios para discutir este tema, fueron convocadas y solicitadas por el Gobierno que estaba tratando de conciliar los intereses de los diferentes actores del mercado"*¹³².

El apoderado de INCAUCA y RISARALDA afirmó:

"Por otro lado, la identidad de las fórmulas en las que la Autoridad investigadora ha basado sus conclusiones es el obvio resultado del proceso iniciado, a instancias del

¹³¹ C39-46.

¹³² C104-218.

*Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR), por requerimiento de los cañicultores, proceso que involucró a todos los agentes del sector*¹³³.

*"Así, de los testimonios referidos se deduce que el Ministerio no sólo ha brindado un acompañamiento permanente a los agentes económicos, en procura de que se concierte una fórmula para la liquidación de la caña destinada a producir alcohol carburante, sino que también ha elaborado documentos de trabajo en ese sentido, como resultado de los cuales el mismo Ministerio, lanzó una propuesta que está contenida en el documento "Sistema de pago para la caña de azúcar en Colombia, una nueva propuesta basada en calidad" y que consta en el expediente*¹³⁴.

"Ahora bien, con ocasión de la intervención del Ministerio fue inevitable que la información, en torno de la liquidación de la caña fuera conocida por todos los agentes del sector, lo que indudablemente constituyó un factor determinante e idóneo en la identidad de las fórmulas.

[...]

*De ahí que no es cierto que mi poderdante se hubiera dado a la tarea de intercambiar información con los demás ingenios con el ánimo perverso y espurio de cartelizarse, de coludirse para fijar el precio de compra de la caña, sino que esa información circuló y se hizo evidente para todo el sector, a raíz de las distintas discusiones que se dieron a instancias del Gobierno y de los mismos productores*¹³⁵.

"Y es que mal puede el Estado, propiciar espacios de concertación, convocar a los ingenios, exhortarlos para que inicien conversaciones, proponer fórmulas en torno a la liquidación del precio de la caña, y después proceder a sancionarlos porque al final de todo ese proceso, le parece ahora que las fórmulas que proponen los ingenios a los cañicultores son similares y que son el resultado, no de las iniciativas del Estado, y de su intervención, sino de un acuerdo colusorio y proscrito.

Una actuación tan incoherente y contradictoria, es contraria al principio elemental de la buena fe y quebranta el artículo 209 Constitucional [...].

En concordancia con la norma citada, el artículo 288 de la Carta determina los principios bajo los cuales debe regirse la función pública [...].

Y es que gran parte de la confusión de la Delegatura radica en el hecho, también inexplicable, de que esa dependencia, no sólo no tuvo en cuenta los testimonios a los que se ha aludido en este acápite, sino que además nunca consultó la opinión del Ministerio en relación con esta investigación, a pesar de que la Ley le asigna a esa cartera la función de regular los mercados internos de productos agropecuarios, determinar la política de precios de dichos productos y sus insumos cuando se considere que existan fallas en el funcionamiento de los mercados y proponer a los organismos competentes la adopción de medidas o acciones correctivas de distorsiones, en las condiciones de competencia interna de los mercados de dichos productos.

[...]

¹³³ C104-40.

¹³⁴ C104-48.

¹³⁵ C104-54.

Por consiguiente no puede sostenerse que las fórmulas para la liquidación y pago de la caña, son el resultado de una concertación perversa entre mi poderdante y los demás ingenios, para fijar los precios de la caña destinada a la producción del etanol¹³⁶.

El apoderado de PROVIDENCIA afirmó:

"La realidad es que quedó probado en la investigación que cuando los ingenios plantearon estas formas de pago, llevaban seis meses estudiando el tema conjuntamente y discutiéndolo con PROCAÑA, por sugerencia y ante el llamado expreso del Ministerio de Agricultura. En el curso de esos estudios y discusiones, los ingenios hablan llegado a la conclusión que, de conformidad con la información y conocimientos que tenían en ese momento, el negocio daba para ofrecer a los cañicultores 19 litros y PROCAÑA, con base en sus propios estudios, exigía 21 litros. De manera que cuando cada ingenio fue a plantear a sus proveedores las formas de pago de la caña para alcohol, ya tenían unos elementos de juicio adquiridos en el primer semestre de 2004 en las circunstancias ya indicadas. Es lógico que los ingenios utilizaran esos conocimientos en sus propias negociaciones"¹³⁷.

- a. Sobre la reunión del FEPA del 1 de diciembre de 2003 y las negociaciones posteriores entre ingenios y cultivadores

Está plenamente probado en el expediente que el 1 de diciembre de 2003 se llevó a cabo una reunión del Comité Directivo Extraordinario del FEPA, la cual se encuentra recogida en el Acta 003-03¹³⁸. Tal y como se desprende de la mencionada acta, la remuneración de las cañas destinadas a la producción de alcohol carburante no estaba prevista como un asunto a tratar durante dicha reunión, según aparece en el orden del día:

"ORDEN DEL DIA

- 1- Verificación del Quórum*
- 2- Lectura del acta anterior*
- 3- Instalación a cargo del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Dr. Juan Lucas Restrepo*
- 4- Intervención del Representante de ASOCAÑA, Dr. Ricardo Villaveces*
- 5- Consideración a modificaciones del reglamento del fondo*
- 6- Lo que propongan los miembros del Comité"¹³⁹.*

En lo que tiene que ver con lo tratado en la reunión y referente al pago de la caña destinada a la producción de alcohol, el acta en mención contiene lo siguiente:

"El Dr. Iruña manifiesta su preocupación de que el mayor ingreso que se pueda percibir por la venta de alcohol carburante no se irradie a toda la cadena productiva. Piensa, dice, que las intenciones del gobierno al apoyar un proyecto de esta naturaleza, en el cual el Valle del Cauca tiene una posición privilegiada, es la de mejorar el bienestar de un grupo grande de la población y no solo a unos pocos. Ve

¹³⁶ C104-52.

¹³⁷ C103-31.

¹³⁸ C39-167.

¹³⁹ C39-168.

con preocupación cómo están circulando por la industria contratos de algunos productores donde el beneficio que pueden percibir los productores por una menor ponderación en los mercados bajos no es trasladado a los proveedores de caña.

[...]

Sobre el tema, el Dr. Restrepo afirma que es claro que la intención del gobierno es la de apoyar a toda la agricultura en general, y no solo a un grupo de productores o cultivadores de una zona específica. Que él espera que ese beneficio sea trasladado a todos los que participan en la cadena productiva del alcohol, no solo en el Valle, sino de otros proyectos como el de la Hoya del Río Suárez, o el de Caldas.

El Dr. Lülle manifiesta que es usual en la industria que traslade los beneficios que obtiene a sus proveedores. Todos saben que de los mayores ingresos que perciben ingenios como Riopaila, Manuelita y la refinería a manera de ejemplo, por las ventas de azúcar refinado los productores de caña participan, y está seguro de que en el caso específico del Alcohol, la situación no va a ser diferente.

[...]

El Dr. Restrepo afirma que los temas sobre los cuales se están [sic] discutiendo, son temas sin duda bien importantes, sin embargo los ve como un problema general de la industria azucarera y no como algo específico que esté solamente relacionado con la posibilidad o no de la industria azucarera de abordar los proyectos de alcohol.

Por el bien del país, dada la importancia que tiene el alcohol para su desarrollo y el de la región, invita a todos a que se tome una decisión sobre el tema.

Al respecto plantea hacer una mesa de trabajo donde se desarrollen los temas que están generando la controversia.

[...]

El Dr. Restrepo le propone a los asistentes, que si lo desean, se tomen el tiempo necesario para elaborar un documento en el que todas las partes se comprometan a revisar los temas y llegar a acuerdos por consenso en todos los puntos y donde se defina a su vez un mecanismo para tratar las diferencias¹⁴⁰.

El compromiso mencionado en el aparte transcrito quedó consignado en el Anexo No. 11¹⁴¹ del Acta 003-03, en el cual se estableció que los miembros del FEPA buscarían "fórmulas para llegar a un consenso sobre el sistema de pago y liquidación de cañas de proveedores que se utilicen para la fabricación de alcohol carburante y sobre los demás temas incluidos en la propuesta sustitutiva a las Resoluciones que en la fecha aprobará el Comité Directivo del FEPA [...]".

Para lograr dichos acuerdos se fijó el 16 de febrero de 2004 como fecha límite para "estudiar, analizar, discutir y definir soluciones a los temas mencionados" y se acordó que, en caso de que las partes no llegaren a un acuerdo sobre la fórmula para pagar a los proveedores la caña destinada a la producción de alcohol carburante, se

¹⁴⁰ C39 – 177 a 178

¹⁴¹ C39 – 181

convocaría un tribunal de arbitramento, todo lo anterior con el acompañamiento del MADR.

En concordancia con el cronograma fijado en el Anexo 11 del Acta 003-03, obra en el expediente una comunicación de 23 de febrero de 2004, por medio de la cual los representantes de los cultivadores en el FEPA remiten una comunicación al Comité Directivo de dicho fondo dando por cerradas las conversaciones tendientes a la negociación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol carburante y, en consecuencia, dejando en manos del tribunal de arbitramento la solución de las diferencias entre ellos y los ingenios. Dice la carta en mención lo siguiente:

"Cali, Febrero 23, 2004

*Señores
CONSEJO DIRECTIVO DEL FONDO DE ESTABILIZACIÓN DE PRECIOS DEL
AZÚCAR
Ciudad*

Apreciados señores:

Al cerrar las conversaciones en procura del acuerdo para fijar el procedimiento para la liquidación de la caña que se venderá para la producción de alcohol anhidro, deseamos refrendar una vez más como representantes de los cultivadores en el Consejo nuestro interés en una solución realista, equitativa y flexible [...].

Por tratarse de un negocio diferente al del negocio azucarero, el eventual acuerdo entre ingenios y proveedores o, en su defecto, el laudo arbitral, debe formularse de tal manera que los inherentes a su aplicación se administren por fuera del Fondo. Hemos hecho importantes esfuerzos para evitar que sean terceros quienes diriman un asunto que debería resolverse en el seno de la cadena productiva, pero ante la ineficacia de las negociaciones directas, entendemos que es inevitable la conformación del Tribunal de Arbitramento. Por esta razón, solicitamos que nuestra propuesta, consignada en documentos que oportunamente fueron entregados, sea conocida por los árbitros, y que en el desarrollo del Tribunal se vincule al proceso, si es necesario, el servicio de peritos financieros y técnicos, con el fin de desarrollar ciertas tareas apropiadas para lograr el mejor resultado desde nuestra perspectiva [...].

[...] Por ello, aunque no renunciamos a la ilusión de un acuerdo sin laudo, sobre la base de lineamientos justos, ante las dilaciones y respuestas inapropiadas esperamos que el procedimiento arbitral se lleve a cabo con celeridad, para que no haya más dilaciones en la toma de determinaciones y se logren los beneficios esperados para la región y todos sus habitantes"¹⁴². (Subrayado fuera del texto).

Como consecuencia del cierre de las conversaciones, el Jefe del Departamento Jurídico de Asocaña consultó al MADR el 1 de marzo de 2004 sobre la viabilidad de que el Comité Directivo del FEPA adoptara una decisión sobre la fijación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, bien directamente o a través del mecanismo de árbitros.

¹⁴² C39-198.

El MADR dio repuesta a dicha consulta mediante comunicación de 5 de abril de 2004¹⁴³, en la cual señaló que el Comité Directivo del FEPA carece de competencia para adoptar decisiones relacionadas con la fijación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol. Dice la comunicación del MADR lo siguiente:

"En estas condiciones, la decisión sobre el sistema de pago de liquidación de cañas de proveedores que se utilicen para la fabricación de alcohol carburante escapa del fuero del Comité Directivo del Fondo, tanto por el producto (caña de azúcar) que no es aplicable al Fondo, como por la función de establecer un sistema para su liquidación y pago.

Ahora bien, de acuerdo con el Reglamento de Operaciones del Comité Directivo del Fondo, expedido con fundamento en el numeral 5º del artículo 9º del Decreto 509 de 2000, las decisiones de este organismo colegiado se adoptarán por la mayoría calificada del 65%; de manera que el procedimiento arbitral no es aplicable para las [sic] decidir sobre aspectos concernientes al Comité en los cuales sus miembros no vote [sic] favorablemente y mucho menos sobre aquellos que no sean de su resorte". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Del análisis del anterior material probatorio el Despacho concluye que:

- El objeto de la reunión celebrada el 1 de diciembre de 2003 no tenía como finalidad tratar temas relacionados con la liquidación de la caña destinada a la producción de alcohol. Este asunto surgió durante la reunión y fue propuesto por un representante de los cultivadores¹⁴⁴.
- Se acordó llevar a cabo un comité para tratar el asunto de la caña destinada a la producción de etanol.
- Se fijó un estricto cronograma cuya fecha límite para llegar a un acuerdo era el 23 de febrero de 2004.
- Precisamente en esta fecha, los cultivadores dieron por cerradas las conversaciones y propusieron la convocatoria del tribunal de arbitramento acordado en el Anexo 11 del Acta 003-03.
- Asocaña preguntó al MADR el 1 de marzo de 2004 si era viable que el Comité Directivo del FEPA adoptara decisiones relacionadas con el precio y liquidación de la caña destinada a la producción de alcohol. Frente a esta petición, el MADR contestó que dichos asuntos se escapan de las competencias del mencionado Comité Directivo.

¹⁴³ C39-219 a 220.

¹⁴⁴ En su testimonio, el señor Juan Lucas Restrepo, entonces Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural y quien obró como Presidente del Comité Directivo del FEPA en su condición de Delegado del MADR señaló:

"Pregunta: ¿En esa reunión lo que querían discutir entre agricultores y los ingenios era el precio de la caña?

Respuesta: No, no. Ese no era el objeto de la reunión, fue un tema que surgió en la reunión". (Subrayado fuera del texto). C96-100.

En consecuencia, de lo anterior se desprende sin ambages que el Gobierno Nacional a través del MADR no promovió o patrocinó la celebración de acuerdos anticompetitivos, contrario a lo que manifiestan algunos apoderados de los ingenios. Como quedó evidenciado, la participación del MADR obedeció al legítimo cumplimiento de sus funciones legales y no, como lo quieren hacer ver los escritos de observaciones al Informe Motivado, a una intervención directa tendiente a la cartelización de los ingenios alcoholeros.

Tal como se desprende del testimonio del señor Juan Lucas Restrepo, entonces Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural y quien obró como Presidente del Comité Directivo del FEPA en su condición de Delegado del MADR, la intención de esa Cartera fue instar a las partes a que se avanzara en la discusión de los cambios que se estaban dando sobre el reglamento del FEPA, todo con el fin de no obstruir la política pública del Gobierno Nacional de impulsar los biocombustibles. Dijo al respecto lo siguiente:

"Pregunta: *Quisiera que nos precisara. ¿Su asistencia al FEPA se refirió únicamente a la reunión a la que usted hace referencia en diciembre de 2003?*

Respuesta: *Si, únicamente.*

Pregunta: *¿En esa reunión usted conoció de discusiones sobre el pago de la caña de azúcar destinada a alcohol?*

Respuesta: *Si [...] recuerdo lo siguiente. En ese momento pues ya comenzaba, ya había una determinación del gobierno en cuanto la instauración del uso de alcohol carburante para los vehículos. Y se dio una discusión bastante sustantiva, que creo que, como que tenía varios competentes. Lo primero era cómo el fondo de estabilización de precios ajustaba sus reglas, ¿cierto? Asumiendo que iba a haber un producto nuevo diferente a azúcar, que iba a provenir de esa misma industria. Entonces en esa discusión se empezó a determinar cómo se podría sustraer el componente de alcohol, o sea, perdón, de uso de materias primas para alcohol del fondo de estabilización de precios, que es un fondo de estabilización, o era por lo menos en ese momento, absolutamente centrado en equilibrar y maximizar los ingresos del sector desde el punto de vista del azúcar, tanto del azúcar que se vendía en el mercado doméstico, como el azúcar que se vendía en el mercado internacional, normalmente a menores precios. Y el fin de esta lo que buscaba era equilibrar esos dos ingresos para maximizar el ingreso del sector como un todo. Entonces la discusión, pues como la recuerdo, tuvo como dos competentes. Uno, cómo hacer para, y esto era como las discusiones iniciales del tema, me imagino siguieron después, pero cómo se hacía para la caña o materias primas que se volvieran alcohol, como se podían descontar digamos de todas las compensaciones y las, ¿cómo se llaman? Se compensa por un lado y, cesiones por otro lado, exacto. Entonces digamos esa fue la parte inicial de la discusión, en donde la gente digamos en general estaba de acuerdo, que para que el tema del fondo de estabilización del precio del azúcar funcionara pues había que sustraer eso para que matemáticamente el tema del azúcar pudiera funcionar. Pero rápidamente la discusión se volvió una discusión compleja en donde era claro que no era únicamente sacar un producto de esa fórmula general de estabilización de precios, sino que había una cantidad de coeficientes, de indicadores, y ahí al final de esa discusión apareció el tema de cómo se iban a remunerar esas cañas, si se iba a remunerar igual o diferente a las cañas pues que iban para producción de azúcar. Ahí se generó una discusión muy compleja, pues que requería un debate y una análisis técnico pues que para mí era muy claro durante esa discusión que no se iba a lograr resolver en esa junta directiva, entonces pues mi recomendación fue, señores pues para que se pongan de acuerdo, además hay un cronograma muy estricto porque el gobierno, pues porque hay que*

responder digamos a todos los requerimientos de todo este tema del alcohol carburante, entonces amen un comité donde estén todas las partes interesadas y en ese comité de partes interesadas y acompañamiento del Ministerio de Agricultura pues resuelvan todo lo que no vamos a poder resolver en esta reunión, que se trataba pues de coeficientes, de participaciones según el tipo de ingenios, porque en ese fondo había dos tipos de ingenios diferentes, y el tema de la remuneración de las cañas. Entonces esos son temas que no se definieron en esa reunión y que quedaron asignados a un comité técnico del cual no conozco de resultado alguno, pues esto coincide con mi salida del Ministerio de Agricultura.

[...]

Pregunta: ¿En esa reunión lo que querían discutir entre agricultores y los ingenios era el precio de la caña?

Respuesta: No, no. Ese no era el objeto de la reunión, fue un tema que surgió en la reunión. Es un tema un poco digamos complejo, pues porque yo como economista creo que es muy difícil que el precio de un commodity agrícola sea diferente según su vocación, pero sí surgió al final el tema ¿y cómo se va a remunerar la caña que va destinada a alcohol? Eso quedó para discutir más adelante en ese comité, pero no fue algo a lo que se hubiere llegado o que hubiera generado consenso. Lo que yo sí recuerdo haber planteado es que un uso digamos para un sector, un nuevo uso, una nueva vocación para ese producto, debería resultar en mejorar los ingresos del sector y mejorar los ingresos de los diferentes participantes en la cadena, pero eso como un concepto general y un deseo digamos que yo manifestaba como viceministro. Pero no hubo temas así, ni fórmulas ni nada específico, y la reunión no era para eso, ese fue un tema que surgió pero no fue un tema para el cual se convocó la reunión". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Así, el hecho de que el entonces Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural hubiere exhortado a los participantes en la reunión del FEPA del 1 de diciembre de 2003 a solucionar pacíficamente sus diferencias en torno del precio de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, no puede conllevar a la conveniente e infundada interpretación de que el Gobierno Nacional otorgó a los ingenios –o a los cultivadores– patente de corso para celebrar acuerdos de precios contrarios a la libre competencia, acuerdos estos que, dicho sea de paso, están proscritos desde la propia Constitución Política.

Esta conclusión se encuentra soportada además con el testimonio rendido por el señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, quien señaló:

"6. ¿Indica la regulación del mercado de alcohol carburante en Colombia, en alguna medida, cómo se deberá liquidar el precio de la caña de azúcar a los proveedores?

Respuesta: No. La remuneración que reciben los productores por la caña de azúcar es pactada libremente entre productores de caña de azúcar y los compradores.

[...]

15. Ilustre si a instancias del FEPA se han celebrado acuerdos entre los intervinientes de la cadena productiva en Colombia que produce y utiliza la caña de azúcar como insumo, con el objetivo de evaluar los precios que se pagan por la caña de azúcar para la producción de alcohol carburante. Si dicho acuerdo existió, por favor ilustre: (i) los antecedentes de dicho acuerdo, (ii) los

intervinientes del acuerdo, (iii) los avances o conclusiones a los que se llegó en dicha materia y (iv) con respaldo en qué se dio dicho acuerdo.

"Respuesta: No. En efecto, como se evidencia en diversas actas del Comité Directivo, cuando algún miembro de este órgano colegiado ha planteado el tema, se ha llegado a un consenso sobre la falta de competencia del Comité Directivo del FEPA para debatir el mismo".¹⁴⁵ (Subrayado y destacado fuera de texto).

En este mismo sentido, el MADR en su comunicación de 15 de enero de 2010 recibida el 19 de enero de 2010, indicó sobre las fórmulas de la caña destinada a la producción de alcohol que:

"Para el MADR resulta muy importante que la fórmula que se establezca para el pago de las materias primas agrícolas, sea el resultado de la concertación entre los agentes que participan en las diferentes cadenas productivas, que para este caso particular corresponde a los productores de caña y a los industriales. En este sentido, es preciso resaltar que con el fin de mejorar las relaciones comerciales al interior de la cadena, el MADR ha propiciado en diversas oportunidades acercamientos entre los productores e industriales, los cuales han generado espacios de concertación que buscan el logro de acuerdos que beneficien a todos los agentes que participan en la misma"¹⁴⁶.

Además, se encuentra en el expediente el testimonio de Camila Reyes Del Toro, ex Directora de Comercio y Financiamiento del MADR entre enero del año 2006 y diciembre del año 2007, quien también señaló que esta entidad gubernamental no ha participado en la negociación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol:

"Pregunta 4: ¿Quería preguntarle, primero, recuerda, usted, qué recuerda usted del proceso de definición de la participación de los ingenios en el negocio del etanol, si le tocó, vio eso, le toco algún?"

Respuesta 4: La participación de los ingenios...

Apoderado: Sí, cómo se definió el tema de que los ingenios participaran en el negocio de, del etanol.

Interrogada: Para empezar digamos, la participación de los ingenios en el negocio de etanol se dio en el marco de negociaciones privadas. El ministerio en ese momento no hacía parte y no ha hecho parte, creo yo, integrante de esa negociación, no. De ese negocio más allá de definir instrumentos que incentiven la producción de etanol en el país, porque es un bien considerado importante para la sostenibilidad energética del país. En ese sentido promovemos las inversiones en plantas de etanol y demás y, por lo tanto, tuvimos acercamientos con los distintos sectores privados para fijar ese interés en establecer plantas y sacar adelante los negocios. Además de eso pues conozco que siempre han existido como cuestionamientos entre productores y trasformadores de la materia prima, caña de azúcar, frente al tema de etanol en los cuales el Ministerio pues ha sostenido, siempre que eso es una negociación privada en la cual puede ser un escenario para poner sobre la mesa discusiones, el Ministerio podría actuar como facilitador pero nunca en un rol activo. Dado que

¹⁴⁵ C101-95 a 99.

¹⁴⁶ C108-597.

se trata de un mercado privado, que debe fijar de manera privada los términos de esa negociación en cantidades y precios.

"Pregunta 6: *¿El ministerio participó en algún tipo de reuniones o algo en las que se discutiera el tema del precio de la caña para, para alcohol?*

Respuesta 6: *No, no en reuniones en particular pero en el escenario de las reuniones del fondo de estabilización de precios, recuerdo yo haber hecho mención al documento técnico que les menciono, posiblemente no recuerdo, si lo distribuí físicamente o les envié por correo electrónico, para que lo estudiaran y lo revisaran en un momento en el cual yo no estuviera presente. Pero sí le hice algún tipo de mención en reuniones. Sin embargo, era una mención unilateral de mi parte donde les enunciaba en qué estábamos trabajando en el ministerio para que ellos lo discutieran, pero nunca hicimos parte de ninguna reunión en la que se hablara de términos de precio"¹⁴⁷. (Subrayado y destacado fuera del texto).*

Adicional a lo anterior, cualquier actuación del MADR en ejercicio de sus competencias tiene que interpretarse bajo el alcance que nuestra Constitución le da a la libre competencia.

Así, el Consejo de Estado en reciente sentencia analizó precisamente la interacción entre el derecho de la competencia y la intervención de una entidad estatal que cumple funciones de regulador sectorial:

"Además, el cumplimiento de un acto administrativo que contiene recomendaciones de orden estatal –como lo es la Circular 00016 de 1995– no puede ser, en ningún caso, óbice para el desconocimiento de disposiciones de orden legal, como la Ley 155 de 1959, por una parte, y por otra, de la normativa relativa a la preservación de unas condiciones de mercado que garantizan, principalmente, el principio de libertad de competencia, como lo es el Decreto 2153 de 1992, disposiciones estas que, por demás, encuentran sustento en los artículos 78 y 333 de la Carta"¹⁴⁸.

En este sentido, es evidente de las pruebas a las que se viene haciendo referencia, que la intervención del MADR no obedeció a nada distinto que al cumplimiento de las funciones de coordinación de las políticas del Gobierno Nacional que establece el Decreto 2478 de 1999¹⁴⁹ y no una invitación a coludir.

b. Sobre el estudio realizado por el MADR

El apoderado de INCAUCA y RISARALDA señaló en las observaciones al Informe Motivado:

¹⁴⁷ C90-71.

¹⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-24-000-2001-00364-01. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada –ANDEVIP y otros contra Superintendencia de Industria y Comercio. Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

¹⁴⁹ "Artículo 3° Funciones. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tendrá, además de las que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes funciones:

[...]

6. Coordinar, promover, vigilar y evaluar la ejecución de las políticas del Gobierno Nacional relacionadas con el Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

[...]"

"Así, de los testimonios referidos se deduce que el Ministerio no sólo ha brindado un acompañamiento permanente a los agentes económicos, en procura de que se concierte una fórmula para la liquidación de la caña destinada a producir alcohol carburante, sino que también ha elaborado documentos de trabajo en ese sentido, como resultado de los cuales el mismo Ministerio, lanzó una propuesta que está contenida en el documento "Sistema de pago para la caña de azúcar en Colombia, una nueva propuesta basada en calidad" y que consta en el expediente"¹⁵⁰.

El estudio denominado "Sistema de pago para la caña de azúcar en Colombia: una nueva propuesta basada en calidad"¹⁵¹, elaborado por el MADR, tenía como finalidad "analizar las condiciones bajo las cuales se ha realizado la comercialización de la caña, tanto para la producción de azúcar como recientemente para el etanol y proponer una nueva metodología de compensación para los productores de caña de azúcar"¹⁵².

Al respecto, Camila Reyes Del Toro, ex Directora de Comercio y Financiamiento del MADR, funcionaria a cuyo cargo estuvo la coordinación del mencionado estudio, señaló en su testimonio lo siguiente en relación con el contexto en el que el trabajo fue realizado, sus objetivos y el resultado del mismo:

Pregunta 7: *¿Recuerda, nos puede recordar, más o menos qué era lo que el estudio que hizo el ministerio, qué era lo que decía o qué conclusión o a qué conclusiones llegaba?*

Respuesta 7: *Pues a ver, básicamente, si mal no estoy, obviamente el caso del pago del azúcar o de la caña en los distintos países responde también a la historia de los diferentes países. En particular en Colombia tenemos una situación muy particular y es que los ingenios tradicionalmente se han hecho cargo de unos costos importantes que son corte, alce y transporte de caña del puerto, del lugar de producción al ingenio. Eso era muy diferente en otros países, según lo vimos en los estudios comparativos internacionales de manera pues que nuestro trabajo, que se centró, como les digo, en el caso brasilero, invitaba a poner sobre la mesa una evaluación de todos los costos asociados a la producción de caña y su posterior transformación primaria y compensación a los productores de caña en términos, ya no del rendimiento del azúcar, como tradicionalmente se ha venido haciendo en Colombia, en Colombia, si mal no estoy se presenta un rendimiento de 116 kilos de azúcar por tonelada de caña, es lo que me han comentado y aparentemente esa ha sido como un modus operandi en el cual se le compensa, se distribuye en ese rendimiento, mitad, mitad entre productores e ingenios. La propuesta brasilera consistía en no pagar por el rendimiento de la caña sino por una fórmula de una cosa que se llamaban los ATR's, los azucares, no me acuerdo, reducidos, bueno en términos de una unidad digamos como técnica que respondía a lo que realmente lo que vale. Y es el contenido de sacarosa que tenía determinada caña para eso se necesitaba como les digo poner sobre la mesa, todos los términos de los costos de producción que también tradicionalmente en Colombia habían tenido como una asunción por una de las partes históricamente, y tener una entidad independiente que se encargara de medir adecuadamente esos ATR's y determinar cada uno de los agentes, cuánto debía pagar por el producto primario o por su transformación. Pero digamos eso era una revolución bastante grande, por eso lo trabajamos de esa forma, como un documento a discusión por parte de ellos.*

¹⁵⁰ C104-48.

¹⁵¹ C39-40. El estudio no tiene fecha.

¹⁵² Ibidem.

Pregunta 8: *¿Recuerda usted qué comentarios recibió el estudio o de parte de...?*

Respuesta 8: *Recuerdo que no recibí directamente ninguno. Dijeron 'muchas gracias', que lo iban a estudiar tanto productores como ingenios, algunos dijeron muy interesantes, otros dijeron eso no sirve para Colombia porque nosotros nos gobernamos por un acuerdo privado que ha sobrevivido sobre muchos años, por muchos años y ha resultado ser muy favorable para todas las partes, y prueba de ello es que la industria azucarera es una industria sólida, estable en el tiempo. Pero recuerdo que no hubo mucha receptividad, o sea, yo no recibí ningún comentario formal al respecto, en realidad.*

Pregunta 9: *¿De ninguno, ni de ingenios, ni de agricultores?*

Respuesta 9: *Ni de ingenios, ni de agricultores, me comentaron posteriormente que alguien hizo referencias a ese estudio y me pareció curioso porque en su momento no causó ningún interés particular".*

En efecto, tal y como fue descrito por la testigo en cita, el estudio al que se viene haciendo referencia fue realizado con el fin de ser discutido en la industria azucarera, el cual incluyó una propuesta basada "en la metodología adoptada en el estado de Sao Paulo (Brasil), zona en la cual [se] construyó un sistema de pago basado en la calidad de la caña de azúcar y creó las reglas de juego para las relaciones entre estos dos eslabones de la cadena"¹⁵³. La metodología de pago propuesta como escenario de discusión en el documento elaborado por el MADR, consistió en remunerar la caña de azúcar dependiendo de la calidad de la misma, entendiendo por calidad la cantidad de azúcares (sacarosa y azúcares reductores) que puedan recuperarse del proceso industrial, fórmula que se denomina Azúcares Totales Recuperables –ATR–.

Así las cosas, el documento del MADR en mención no puede entenderse como algo diferente a un aporte a las discusiones que se estaban dando en el sector sobre el nuevo negocio del alcohol carburante, situación que tampoco puede percibirse como un incentivo a los ingenios o agricultores para celebrar acuerdos anticompetitivos. No está por demás añadir que tanto cultivadores como ingenios nunca presentaron comentarios al mismo y, además, que dicho documento fue realizado con posterioridad¹⁵⁴ a la fecha en que las fórmulas de pago fueron ofrecidas por los ingenios (2004).

vi. Sobre el alegado intercambio de información entre ingenios alcohólicos con destino al Ministerio de Minas y Energía

Algunos de los apoderados afirmaron, sin respaldo alguno, que el intercambio de información entre ingenios tuvo como finalidad proporcionarle al MinMinas los insumos necesarios para ejercer su función y para garantizar la viabilidad del negocio del alcohol carburante.

El apoderado de INCAUCA y RISARALDA afirmó:

¹⁵³ C39-40.

¹⁵⁴ Según el testimonio de Camila Reyes Del Toro, ex Directora de Comercio y Financiamiento del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el estudio fue terminado en el año 2007.

"Para el año 2005, época del primer correo electrónico que se reseña en el informe de la Superintendencia, el negocio de producir y vender alcohol carburante, y la actividad de intervención del Estado apenas se estaban configurando. Era apenas natural que se intercambiara información con el Gobierno Nacional, en especial con los Ministerios de Minas y Energía y de Agricultura en todo este proceso. Más aun cuando esas entidades hacen parte del gobierno central y tienen su sede únicamente en Bogotá. Por eso la necesidad de valerse de la entidad gremial -ASOCAÑA- como conducto para encausar la información que debía enviarse al Estado.

Así, ASOCAÑA ha servido de canal para la interlocución con el Estado, desde la planeación hasta el montaje y puesta en marcha del proceso de producción de alcohol. Resulta entonces evidente, que para configurar un negocio en el que el precio del producto final -alcohol carburante- está sometido al control del Estado, es indispensable conocer los costos de producción y todos aquellos elementos de la cadena agroindustrial, que están indisolublemente relacionados con el proceso productivo, desde la siembra de caña de azúcar, hasta la obtención de alcohol y los subproductos que se generan.

ASOCAÑA por solicitud del Ministerio de Minas y Energía, en particular de la Dirección de Hidrocarburos de ese Ministerio, ha facilitado el trabajo del Gobierno, es y ha sido el canal de comunicación. Todos los meses el precio del alcohol carburante se consulta con los productores, y antes de expedirse la resolución que fija el precio al productor de alcohol, el gobierno revisa con todos los actores y con el gremio, los costos asociados, y las variables involucradas en la producción.

[...]

Fue el Ministerio de Minas, quien solicitó a ASOCAÑA que presentara la información de la estructura de costos de producción del alcohol, de manera que se pudiera dimensionar la magnitud del componente de la materia prima, dentro de la estructura total.

Dado que la información que se presentaría al Ministerio de Minas, tenía que ser representativa del sector (y no de un ingenio en particular), se elaboró una matriz de costos fabriles y administrativos (donde no se contemplaba la materia prima), que fuera lo suficientemente homogénea en sus conceptos, para poder calcular un promedio ponderado.

Este promedio ponderado, tenía la ventaja que representa mejor la situación del sector que un promedio simple, o que el caso particular de una sola empresa. Para que dicho promedio tuviera algún tipo de sentido económico y estadístico, fue necesario realizar una homogenización de los conceptos de costo, con el fin de verificar la comparación estadística"¹⁵⁵.

Señaló además el apoderado de INCAUCA y RISARALDA que:

"Teniendo en cuenta que, para poder llevar a cabo una regulación adecuada, el Ministerio de Minas necesitaba información de calidad y confiable, fue necesario elaborar todo el proceso de diseño de la matriz y la definición de cada uno de los rubros que la componen, para que los ingenios la diligenciaran y poder calcular un promedio ponderado que tuviera sentido.

¹⁵⁵ C103-236 a 239.

En ese trabajo se requirió el apoyo de los ingenios alcoholeros e incluso de los otros ingenios interesados en la producción de alcoholes, como se aprecia en los correos¹⁵⁶.

Por su parte, el apoderado de PROVIDENCIA afirmó:

"El Superintendente Delegado muestra gran sorpresa por el intercambio de información, entre los ingenios y a través de Asocaña, en relación con los costos de producción del alcohol. Ha pasado por alto la Delegatura, que esta información es relevante para el Ministerio de Minas y Energía a la hora de determinar y fijar el precio del alcohol, pues tiene interés no solamente en que el negocio sea viable, sino de mantener un precio competitivo del alcohol frente al petróleo que reemplaza. Esto explica el cruce de información, a través de Asocaña, en relación con los costos de las destilerías. No se ve en el intercambio de comunicaciones sobre este asunto, ánimo o intención alguna de restringir la competencia en materia de compra de caña para alcohol. Lo que hay es interés en transmitirle al Ministerio de Minas, cuáles son los costos de producir alcohol para que los tenga presentes al fijar su precio, lo cual interesa al Gobierno Nacional, a los ingenios, a los cultivadores de caña y a los consumidores colombianos¹⁵⁷.

"El correo citado en las páginas 111 y 112 es del 21 de diciembre de 2.005 y da cuenta de un intercambio de información sobre costos de producción que se realizó a través de Asocaña y en el que se mencionó la homogenización de criterios y el hecho de que las cifras eran sustentables. Pongo de presente que, dos meses después, mediante resolución 180222 del 27 de febrero de 2.006, el Ministerio de Minas fijó el precio del alcohol.

[...]

De manera que, como lo mencioné anteriormente, no hay en este intercambio de información sobre costos de producción de las destilerías, intención de causar efecto anticompetitivo alguno en el mercado de la compra de la caña. El objetivo de este intercambio de información era hacérsela llegar al Ministerio de Minas para que fuera tenida en cuenta al fijar el precio del etanol, que de hecho ha sido revisado en varias oportunidades, una a la baja, tomando el Ministerio de Minas y Energía la información relevante entregada por Asocaña.

[...]

De gran relevancia resulta el hecho de que los costos de producción del alcohol carburante son parte de la fórmula que utiliza el Ministerio de Minas y energía para fijar el precio del alcohol. Me remito a la Resolución 18 0515 de 2009 de dicho ministerio, en la que se puede ver que el factor FC4 de la mencionada fórmula¹⁵⁸.

En relación con los anteriores argumentos, debe señalarse en primer lugar que no existe en el expediente prueba alguna que acredite que la información de costos de las destilerías intercambiada por los ingenios a través del correo electrónico enviado por Johan Martínez, Analista Económico y de Mercados de Asocaña, a los representantes de todos los ingenios investigados, el 21 de diciembre de 2005,

¹⁵⁶ C103-242.

¹⁵⁷ C103-27.

¹⁵⁸ C103-46.

tuviera como destino final al MinMinas. Tampoco obra en el expediente evidencia que demuestre que la Dirección de Hidrocarburos de dicho Ministerio le hubiere solicitado tal información a Asocaña o a los ingenios alcohólicos.

El documento que se viene analizando, no hace referencia en ninguno de sus apartes a que será enviado o que fue requerido por funcionarios del MinMinas, así como tampoco que tenga como finalidad una eventual gestión de Asocaña ante dicho Ministerio frente a la determinación del precio del etanol.

Aun si se asumiera, en gracia de discusión, que la información de costos tenía como destino MinMinas, no encuentra el Despacho justificación alguna para que Asocaña hubiere enviado a los representantes de los ingenios alcohólicos la estructura de costos de sus competidores, información que por demás presenta de manera detallada y desagregada la estructura de costos de todos los ingenios productores de alcohol carburante. Para el Despacho, sería lógico que en un escenario de competencia, la situación de que el ente gremial comparta los costos remitidos a dicha entidad con empresas competidoras, debiera por lo menos generar una reclamación o protesta de la compañía que fue víctima de dicho intercambio, situación que no ocurrió en el presente caso. Así, aun estando acreditado el flujo de información Asocaña - Minminas, para esta Superintendencia no tiene justificación que la información de costos a que se hace referencia hubiera fluido Asocaña - todos los representantes de los ingenios.

Adicionalmente, resulta impertinente la referencia que hace el apoderado de PROVIDENCIA al factor FC4 contenido en la Resolución 180515 de 2009, toda vez que no resulta consistente que la información intercambiada el 21 de diciembre de 2005 tuviera como destino servir de insumo para una resolución expedida casi cuatro años después, cuando se supone que tal información estaría desactualizada.

Ahora bien, es pertinente aclarar que esta Superintendencia no censura, por el contrario celebra que los ingenios alcohólicos o el gremio que los representa colaboren con autoridades públicas en la implementación y ejecución de las políticas públicas y cumplimiento de los objetivos fijados por el Gobierno Nacional. Tampoco reprocha esta Superintendencia que una entidad gremial sirva de enlace entre sus asociados y los diferentes estamentos de gobierno, situación que por lo demás encuentra sustento en la propia Constitución Política, como bien lo recuerdan los apoderados en sus observaciones al Informe Motivado.

Sin embargo, la actividad gremial, como cualquier otra actividad en Colombia, encuentra su límite en el ordenamiento jurídico. En esta línea, dicha actividad gremial debe adelantarse con sujeción a las disposiciones legales vigentes, entre las que se encuentran las normas de protección de la competencia. En esta medida, el pretexto de estar colaborando con una autoridad pública o de estar en ejercicio del derecho constitucional de asociación no convierte una práctica restrictiva de la competencia en lícita.

En el presente caso, se advierte que el correo electrónico enviado por el señor Johan Martínez, Analista Económico y de Mercados de Asocaña, a los representantes legales de todos los ingenios investigados el 21 de diciembre de 2005, constituye un claro ejemplo de intercambio de información facilitador de una práctica restrictiva de la competencia e indicador de que empresas, formalmente en competencia,

coordinan su forma de actuar en el mercado. Se reitera que el archivo adjunto al mencionado correo, denominado "*Costos consolidado V3.xls*", no tiene como destinatario funcionario alguno del MinMinas o de cualquier entidad gubernamental y presenta información confidencial de todos los ingenios alcoholeros.

8.1.2.6. Conclusión

Con fundamento en las pruebas recaudas en la presente actuación administrativa, puede concluirse que está acreditada la existencia de un acuerdo, en la modalidad de práctica concertada, para la fijación de los precios pagados por la caña destinada a la producción de alcohol carburante por parte de los ingenios INCAUCA, MANUELITA, PROVIDENCIA, MAYAGÜEZ y RISARALDA. En efecto:

- a. Los ingenios INCAUCA, MANUELITA, PROVIDENCIA, MAYAGÜEZ y RISARALDA ofrecieron las mismas dos fórmulas de remuneración de caña destinadas a la producción de alcohol, ello es, la fórmula de 19 litros y la de ingresos menos costos.
- b. Los ingenios INCAUCA, PROVIDENCIA y RISARALDA ofrecieron igualmente una tercera fórmula, también idéntica para los tres, consistente en la denominada fórmula del 65%.
- c. Quedó demostrado en la presente investigación que las fórmulas ofrecidas por los ingenios fueron el producto de una práctica concertada entre ellos y no fruto de una decisión individual e independiente.
- d. Cada ingenio tiene sus particularidades en relación con la calidad de las tierras, las variedades de caña sembradas, distancias de cultivos a ingenios, eficiencias de fábricas y destilerías, entre otros aspectos. Sin embargo, estas diferencias no se vieron reflejadas en las propuestas realizadas a los proveedores de caña. Cabe precisar que lo dicho no debe interpretarse en el sentido de que la Superintendencia esté extrañando una estimación determinada de la caña destinada a alcohol en el mercado analizado –superior o inferior a la actual–, pues como se ha dicho lo único que puede y tiene competencia de observar y sancionar en este caso, es que los parámetros de remuneración de dicho insumo sean el resultado de un acuerdo que infringe el régimen de libre competencia.
- e. No existe en el expediente prueba alguna que soporte la afirmación que fueron los fabricantes de las destilerías los que sugirieron un rendimiento de 75 litros y que, descontados los costos, los proveedores deberían recibir 19 litros por quintal de azúcar. Por el contrario, existen pruebas en el expediente que permiten afirmar que las diferencias entre ingenios debieron verse reflejadas en fórmulas de remuneración diferentes.
- f. Existen numerosos elementos de convicción que dan cuenta de un permanente intercambio de información entre los ingenios alcoholeros en ejecución del acuerdo. Igualmente, quedó acreditada la existencia de diferentes escenarios de concertación entre los ingenios.

- g. La remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante es un asunto que escapa a la competencia del FEPA.
- h. No está demostrado en el expediente que MinMinas haya solicitado a los ingenios información relativa a sus estructuras de costos. Sin embargo, aun en el hipotético caso en que eso así hubiere sucedido, dicha petición de MinMinas no justificaría el hecho de que la información sea entregada de manera desagregada por Asocaña a los cinco ingenios alcoholeros.

8.1.3. Consideraciones sobre el concepto "precio" en los contratos mediante los cuales los ingenios adquieren la caña de azúcar

Señalan algunos de los apoderados que no existe un acuerdo de precios entre los ingenios sobre cómo pagar la caña de azúcar adquirida, en la medida en que la manera de liquidar los contratos hace referencia al precio de un bien que se transa en otros mercados. En ese sentido, sostienen que el precio que se le paga al cultivador de caña de azúcar no depende exclusivamente de la voluntad del comprador, pues en la fórmula de su liquidación se hace referencia a los precios del azúcar en los mercados nacional e internacional, al precio del etanol y a la participación del comprador en dichos mercados.

Al respecto el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó:

"El Informe Motivado no tuvo en cuenta que aún en el evento de que los contratos aplicaran fórmulas idénticas, lo cual como acaba de explicarse no es cierto, la remuneración que de ellos resulta no es igual, ya que depende de la aplicación de una serie de variables de mercado que no dependen de los ingenios ni son pactadas por ellos, como es el caso del precio del azúcar en el mercado interno, en el mercado internacional, así como las cantidades que el Ingenio va a vender en cada uno de esos mercados, y en ciertos casos, la cantidad y el precio de la materia prima que se convierte en alcohol.

[...]

Además, como el precio por kilo de azúcar en el mercado nacional y en el mercado internacional, así como las cantidades que cada ingenio vende en dichos mercados, varían en cada caso, el primer elemento de la fórmula, esto es, precio por kilo de azúcar, es variable y por lo mismo existe una diversidad en el valor de la mencionada remuneración"¹⁵⁹.

El apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ afirmó:

"[...] para establecer el concepto de 'precio' en la presente investigación, a la luz del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la Delegada solo tuvo en cuenta

¹⁵⁹ C105-75.

la primera etapa de formación del mismo -y por lo demás en forma parcial-, e ignoró totalmente la liquidación procedente de la venta del azúcar en los diferentes mercados, factor que es absolutamente relevante para la formación del precio, pues depende de criterios estrictamente comerciales, tales como la participación que cada ingenio tenga en el respectivo mercado o la mezcla de sus productos y, claro está, el valor al que este bien se transe en los diferentes mercados, tal y como se explica en el siguiente acápite¹⁶⁰.

"Las cifras [...] comprueban en consecuencia que los ingenios investigados no cuentan con el mismo precio a pagar en kilogramos, pues es evidente tal y como lo denotan los cuadros anteriormente relacionados, que los precios ponderados son diferentes en todos los ingenios, lo cual da como resultado que sea imposible establecer que hay un acuerdo de precios, pues bajo esta hipótesis los precios establecidos deberían ser iguales, y no variar -como en realidad lo hacen- pues existen cambios dependiendo de la participación de cada ingenio en los mercados internos y externos, por lo cual al demostrar que hay una variación en los precios ponderados del azúcar, es imposible la existencia del cargo imputado.

[...]

Las anteriores pruebas que no han sido controvertidas en el proceso demuestran que, a diferencia de lo establecido en el Informe Motivado, el PRECIO DE LA CAÑA DE AZÚCAR es el resultado de la confluencia de dos etapas distintas, compuestas de un lado por la fórmula establecida en kilogramos y, por el otro, por el valor efectivamente pagado al proveedor, en donde intervienen innumerables variables para la formación del precio final, siendo imposible la existencia de un acuerdo de precios para dicho fin¹⁶¹.

El apoderado de PROVIDENCIA afirmó:

"Aunque la SIC intenta desconocerlo en el Informe Motivado, quizás por falta de entendimiento sobre el negocio del azúcar, ha quedado probado que los 58 kilos de azúcar que paga un ingenio no equivalen, en dinero, a los 58 kilos que paga otro ingenio. El valor final que recibe el proveedor depende de la canasta de productos de cada ingenio¹⁶².

Es necesario señalar que la definición de precio que adopte la autoridad de competencia, al momento de evaluar si una determinada conducta es anticompetitiva, debe tener un espectro más amplio que el establecido en el Código Civil y de Comercio para el contrato de compraventa. De lo contrario la esfera de competencia de la Superintendencia quedaría limitada únicamente a aquellos acuerdos de fijación de precios que ocurrieran en mercados de compraventa de bienes. Por ello, para efectos de la aplicación de las normas de competencia, el precio debe entenderse en su definición económica, a saber, como una relación de intercambio.

Esta concepción de precio es reconocida con claridad por el apoderado de CARMELITA, PICHICHÍ y MARÍA LUISA, quien señaló en su escrito de descargos a

¹⁶⁰ C105-152.

¹⁶¹ C105-160.

¹⁶² C103-19.

la resolución de apertura que el precio que se paga por un bien o servicio puede ser una relación de intercambio entre dos bienes. Al respecto afirmó lo siguiente:

"El intercambio de caña de azúcar por kilos de azúcar constituye un precio [...]."

[...] el concepto de precio ha de entenderse en el sentido en que lo entiende la teoría económica cuando describe los mercados competitivos.

Al respecto importa recordar que desde el punto de vista económico, los precios son razones recíprocas de adquisición de bienes [...].

*De esa manera, señor Superintendente, **no puede menos que concluirse que la entrega de determinados kilos de azúcar por tonelada de caña (o de cierta cantidad de panela por tonelada de azúcar), constituyen precios, esto es razones de intercambio recíproco entre dos bienes: La caña de azúcar y el azúcar.***

*Por lo mismo, **cuando se evidencia que cuando la contraprestación a los propietarios de la tierra se realiza por esta vía, se trata de la determinación de un precio**"¹⁶³. (Subrayado y destacado fuera del texto).*

Es claro que la expresión "precios" a la que aluden las normas de competencia y las recomendaciones presentadas en el Informe del Superintendente Delegado deben entenderse en términos de una relación de intercambio. El reproche hace referencia a que exista un acuerdo entre los investigados con respecto a la relación de intercambio de caña de azúcar, o precio, mas no a la manera en la que se expresa dicha relación.

Lo que se reprocha es que el precio de compra de la caña sea acordado entre competidores, ya sea que corresponda a una equivalencia entre toneladas de caña y dinero o se trate de un precio relativo expresado en términos de otra mercancía o de una canasta de mercancías.

Las condiciones históricas del mercado de la caña, su carácter deficitario, la heterogeneidad en la calidad de la caña y la productividad de los ingenios sugieren que los precios deberían ser diferentes, en la medida en que resultaran de las presiones competitivas derivadas de estas condiciones. Lo contrario puede generarse en marcos donde la competencia ha sido reemplazada por la concertación, lo que en este caso se habría dado respecto de cómo pagar la caña de azúcar.

Siguiendo un argumento similar al de la definición de "precio", el apoderado de MANUELITA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y LA CABAÑA afirmó que los contratos de proveeduría de caña no son de compraventa sino de riesgo compartido y de cuentas en participación, motivo por el cual no se pacta precio. Arguye que al no pactarse precio no puede aducirse la existencia de un acuerdo de fijación de precios. En particular, afirmó:

"Como puede verse, los contratos mediante los cuales el ingenio se abastece de caña de azúcar contienen elementos de riesgo tanto para el ingenio como para el"

¹⁶³ C35-20.

cultivador, tanto respecto del negocio del azúcar como respecto del negocio del etanol. [...]

En efecto, el Señor Superintendente puede verificar en los contratos de compraventa de caña que obran en el expediente el acuerdo entre el Ingenio y el cultivador, el cual estipula la participación de este último en todos los negocios o mercados que desarrolle la compañía.

[...]

Como puede apreciarse, el cultivador se encuentra totalmente vinculado al negocio del azúcar y desde el año 2004, al del etanol, y participa de sus riesgos y beneficios en conjunto con el Ingenio. Esta circunstancia se explica por la estructura misma de la industria azucarera. [...]

*Por las razones anteriores debe considerar el Despacho que los mencionados contratos no son propiamente contratos de compraventa o de suministro de una materia prima, sino verdaderas relaciones de colaboración empresarial en las cuales ambas partes asumen un riesgo y pactan la forma de repartirse el producido del proceso*¹⁶⁴. (Subrayado fuera del texto).

"En efecto el contrato de riesgo compartido puede definirse como un contrato atípico, de naturaleza jurídica propia, caracterizado por la asociación de dos o más personas físicas o jurídicas identificables para adelantar un proyecto específico, asumir unos riesgos y obtener unos beneficios, para lo cual combinan sus respectivos recursos, sin que ello implique crear una nueva corporación.

Por su parte, la participación se encuentra definida en el artículo 507 del Código de Comercio como un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

*En este contexto, lo que las partes acuerdan no es realmente un precio, sino un mecanismo de participación en el producido de las actividades de dos empresas, dentro de un contrato de colaboración empresarial a riesgo compartido. Como corolario de esta situación, al no existir un precio, no puede existir un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios, que es la imputación que formuló la SIC a mi representada*¹⁶⁵. (Subrayado fuera del texto).

Este argumento sugiere que la contraprestación que se pacta por el intercambio de determinados insumos y servicios no es un precio sino una manera de participar en la producción de una empresa en el marco de un contrato de colaboración empresarial. A la luz de las consideraciones anteriores, acoger esta postura llevaría al extremo de restringir la obligación de velar por el principio constitucional de libre competencia, en materia de acuerdo de fijación de precios, a unas determinadas modalidades contractuales.

¹⁶⁴ C104-193.

¹⁶⁵ C104-196.

Es importante señalar también que a través de contratos de colaboración empresarial es igualmente factible restringir la competencia vía acuerdo de fijación indirecta de precios.

Tal sería el caso de los contratos que realmente corresponden a riesgo compartido y de participación en cuentas. El primero es descrito por el apoderado como un contrato "[...] atípico, de naturaleza jurídica propia, caracterizado por la asociación de dos o más personas físicas o jurídicas identificables para adelantar un proyecto específico, asumir unos riesgos y obtener unos beneficios, para lo cual combinan sus respectivos recursos, sin que ello implique crear una nueva corporación"¹⁶⁶. El segundo tipo de contrato lo describe, a partir de lo señalado por el artículo 507 del Código de Comercio, como un contrato "[...] por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida".

El hecho de que ninguno de los contratos no se pacte un precio en los términos en que ocurre en el contrato de compraventa o arrendamiento, no obsta para reprochar un acuerdo para la fijación de precios, cuando existe una concertación entre competidores sobre la remuneración en estos tipos contractuales.

Por último debe señalarse que si, como lo indicó el apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ, la liquidación de la caña depende de criterios variados como "la participación que cada ingenio tenga en el respectivo mercado o la mezcla de sus productos y [...] el valor al que este bien se transe en los diferentes mercados [...]"¹⁶⁷, que no pueden ser anticipados por el proveedor, entonces la remuneración pactada en los contratos es finalmente la variable que define la decisión de venta del cultivador.

8.1.4. Sobre la excepción del numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992

El apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó que el pago de la caña de azúcar basada en su rendimiento es una medida de calidad exceptuada por el numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

Dicho argumento no puede ser de recibo, por las razones que se señalan a continuación.

Establece el numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992:

"Artículo 49. Excepciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

[...]

¹⁶⁶ C104-196.

¹⁶⁷ Como lo indicó el apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ. (C105-152).

2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado".

En una reciente sentencia, el Consejo de Estado se refirió expresamente a la aplicación del numeral 2 del artículo 49 en los siguientes términos:

"La Sala considera que la tesis de la parte demandante según la cual la conducta sancionada encuentra amparo en el numeral 2º del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 –en cuanto se considera excepción a las prácticas restrictivas comerciales– no es aceptable en tanto que dentro del espectro del 'cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado' que la norma contempla como conductas ajenas al régimen de prácticas comerciales restrictivas, no puede incluirse la fijación de precios con cualquier objeto [...]."

Considera la Sala que «el cumplimiento de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente» - en los términos de la normativa precitada – y la fijación de precios mediante acuerdos de cualquier índole, son conductas que, bajo los lineamientos normativos del Decreto 2153 de 1992 son excluyentes, máxime, si se tiene en cuenta que el artículo 47 entiende como práctica comercial restrictiva precisamente aquella consistente en la celebración de acuerdos que tengan por objeto o por efecto, la fijación directa o indirecta de precios, por lo que el cargo formulado por el memorialista, no tiene vocación de prosperidad¹⁶⁸.

Así las cosas, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la aplicación del numeral 2 del artículo 49 del Decreto 2153, un acuerdo de precios no puede ampararse en la excepción allí prevista, por cuanto los acuerdos de precios se encuentran por definición excluidos de las reglas del artículo 49.

Sin perjuicio de lo anterior, observa el Despacho que el acuerdo sujeto a examen, de entrada no cumple con el primero de los requisitos necesarios para que prospere la excepción, puesto que este no recae sobre alguna norma, estándar o medida. El hecho de que la forma de remuneración de la caña de azúcar se exprese en kilos por tonelada de caña o en litros por quintal de azúcar, no puede conllevar al equívoco de entender que el acuerdo objeto de la presente investigación lo constituye el hecho de que los ingenios hayan acordado pactar la remuneración de las cañas en dichas unidades de medida.

En este sentido, se equivoca el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA al afirmar que esta Superintendencia está cuestionando que la caña se remunere en función de su rendimiento. La remuneración de una materia prima sujeta a la productividad de la misma no es considerada ilegal por ese simple hecho, pues se reitera que lo anticompetitivo es la fijación mancomunada del precio de la caña, estableciendo cotas máximas de remuneración o acordando las fórmulas a ofrecer a los proveedores de caña.

¹⁶⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-24-000-2001-00364-01. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada – ANDEVIP y otros contra Superintendencia de Industria y Comercio. Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

El acuerdo de precios aquí investigado tampoco puede encuadrarse dentro de los denominados acuerdos de estandarización también excluidos por la norma en cita. En efecto, como bien lo mencionó el Informe Motivado, estos acuerdos se encuentran exentos de sanción por la normatividad de competencia por razones de eficiencia económica¹⁶⁹ y hacen referencia a aquellos acuerdos que "abarca[n] distintos ámbitos, como la estandarización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas. También pueden considerarse como estándares las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador"¹⁷⁰.

En síntesis, la excepción del artículo 49 propuesta por el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA no es procedente en la presente actuación administrativa.

8.2. Acuerdo de para la repartición de fuentes de abastecimiento

Uno de los objetivos de la presente actuación administrativa fue determinar si existió un acuerdo para la repartición de fuentes de abastecimiento entre los trece ingenios investigados, en contravención del numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

8.2.1. Imputación realizada en la resolución de apertura de investigación

En la resolución de apertura de investigación se consideró que las condiciones estipuladas en los contratos de proveeduría de caña (plazo, cláusula penal y venta exclusiva) y las condiciones aplicadas al vencimiento de tales contratos, sugieren permanencia no voluntaria de proveedores de caña frente a un determinado ingenio, las cuales se consideraron indiciarias de un acuerdo para la repartición de fuentes de abastecimiento.

8.2.2. Actividad probatoria en la actuación administrativa

La actividad probatoria estuvo encaminada a establecer si las cláusulas estipuladas en los contratos entre ingenios y proveedores podrían ser consideradas como mecanismo que limitara la movilidad de los cañicultores y, de esta forma, se configurara la conducta imputada como repartición de fuentes de abastecimiento. Se aportaron, decretaron y practicaron pruebas destinadas a establecer si existía una explicación razonable, distinta a asegurar el reparto de mercado, de la existencia de las cláusulas en los contratos y sobre la posibilidad que tienen los proveedores de cambiar de ingenio una vez vencido el contrato.

En los escritos de descargos, aporte y solicitud de pruebas, los apoderados de los investigados advirtieron que las similitudes en los contratos son resultado de la estructura de la industria. En particular, sobre la duración de los contratos afirmaron

¹⁶⁹ Informe Motivado, p. 71.

¹⁷⁰ Comunicación de la Comisión – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, Comisión Europea, (2001/C 3/02), Diario Oficial No. C 003 de 06/01/2001 p. 0002 – 0030, párrafo 159.

que es natural que los estos sean a largo plazo ya que dicha duración está asociada a la vida útil de la caña y que se convierte en garantía tanto para los ingenios como para los cañicultores que deben incurrir en cuantiosas inversiones. Sobre la cláusula penal arguyeron que no puede considerarse como anticompetitiva su existencia, ya que esta se considera una herramienta jurídica legal que obra a favor de las dos partes. Con relación a la cláusula de exclusividad afirmaron que es normal exigir a los cañicultores cartas de otros ingenios estableciendo el vencimiento del contrato pues de interferir con las relaciones contractuales de otros ingenios se podría incurrir en inducción a ruptura contractual.

Señalaron también que *"es natural que los ingenios se abastezcan de caña de los predios más cercanos"* ya que existe una *"segmentación geográfica natural del mercado por razones de eficiencia"*.

8.2.3. Conclusiones del Informe Motivado

El Informe Motivado, principalmente con fundamento en el análisis de los contratos de proveedores, las comunicaciones entre ingenios y los testimonios practicados durante la etapa de investigación, señaló que si bien las cláusulas de los contratos no pueden ser consideradas *per se* como anticompetitivas, existe suficiente evidencia para establecer que algunos de los ingenios no pugnan por los predios con sus competidores y que algunos de los ingenios adoptan medidas para asegurar el cumplimiento de las condiciones del cartel.

Así, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia recomendó sancionar a los ingenios MANUELITA, MAYAGÜEZ, INCAUCA, PROVIDENCIA, LA CABAÑA, RIOPAILA y CASTILLA, por un acuerdo para la repartición de fuentes de abastecimiento. La Delegatura estimó que el material probatorio obrante en el expediente daba cuenta del mecanismo de canje de cañas, cuya práctica no encontraba explicación razonable distinta a la existencia de una práctica concertada para la repartición del mercado.

8.2.4. Observaciones al Informe Motivado presentadas por los apoderados de los investigados

En los escritos de observaciones al Informe Motivado varios de los apoderados coincidieron en una serie de argumentos.

8.2.4.1. Argumentos comunes planteados por los apoderados de los ingenios investigados

- Los canjes de caña no son una conducta anticompetitiva. Por el contrario, benefician a los productores, a los cultivadores y a los consumidores, por la reducción de costos que permiten.

8.2.4.2. Argumentos planteados por el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA

- Las comunicaciones mencionadas en el Informe Motivado no constituyen una prueba de repartición de fuentes de abastecimiento.

8.2.4.3. Argumentos planteados por el apoderado de INCAUCA

- Las pruebas en las que se fundamenta el cargo fueron obtenidas con violación del debido proceso y las legalmente obtenidas corresponden a pruebas por fuera del periodo de investigación.
- El porcentaje de cañas molidas por INCAUCA, provenientes de canjes, es mínimo.

8.2.4.4. Argumentos planteados por el apoderado de PROVIDENCIA

- No existe prueba en el expediente que acredite que PROVIDENCIA participó en un acuerdo de repartición de fuentes de abastecimiento.
- El hecho de que existan nuevas tierras contratadas y otras que se hayan ido para otro ingenio es señal de competencia.
- PROVIDENCIA dejó de hacer canjes de caña aproximadamente desde el año 2005.

8.2.5. Consideraciones del Despacho

Este Despacho, considerando las observaciones de los apoderados tanto al Informe Motivado como a la apertura y habiendo revisado el expediente procede a analizarlas.

8.2.5.1. Sobre el comportamiento no competitivo

El Informe Motivado señaló diferentes comunicaciones entre los gerentes y presidentes de los ingenios, en las que se hace evidente la existencia de una práctica común que les permite disminuir la incertidumbre derivada del desconocimiento del comportamiento del competidor. Observó el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia que el intercambio de comunicaciones deja ver cómo las decisiones de oferta de los contratos no son autónomas de cada ingenio; por el contrario, las opiniones de sus competidores son incorporadas como un factor que determina el ofrecimiento y la negociación con el proveedor.

Una vez analizada la totalidad de la información del expediente, esta Superintendencia encontró que las comunicaciones antes mencionadas dan cuenta de cómo desde varios años previos al periodo investigado, los gerentes de los ingenios MANUELITA y CASTILLA se comunicaban y hacían referencia al "plan de todos los ingenios para racionalizar la contratación de tierras y cañas, con el fin de

*que el negocio azucarero vuelva a tener márgenes de rentabilidad aceptables*¹⁷¹. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Esta evidencia, si bien se encuentra fuera del periodo investigado, como lo arguyeron los apoderados, es manifiesta de la intención que venían expresando los ingenios de no competir por su principal insumo productivo. Comunicaciones como las atrás señaladas dan fe de la intención de "racionalizar la contratación" en beneficio de los ingenios participantes.

Otras de las pruebas que obran en el expediente, se refieren al intercambio de información sensible como lo son los predios en negociación¹⁷² y/o renovación de contratos¹⁷³. Compartir este tipo de información permite a los demás competidores conocer por adelantado cuáles predios se están negociando o les interesa negociar a

¹⁷¹ Comunicación enviada por el señor Harold Cerón Rodríguez, Gerente General de CASTILLA, a MANUELITA el 29 de junio de 2000 y dirigida al señor Adolfo León Vélez, Gerente de MANUELITA:

"Estimado Adolfo:

Como es de tu conocimiento, hay un plan de todos los ingenios para racionalizar la contratación de tierras y cañas, con el fin de que el negocio azucarero vuelva a tener márgenes de rentabilidad aceptables a la inversión que se realiza. Particularmente hemos trazado en Central Castilla S.A. unos lineamientos concordantes con esta política en aquellos contratos que están para próximo vencimiento, señalándote que no ha sido fácil bajar unos cánones que hoy hacían muy onerosa cualquier clase de negociación.

Dentro de los predios en negociación en la actualidad están la hacienda los Lagos de propiedad de la familia Blum Capuro y los predios El Arado, Cañaduzales y San Isidro de propiedad de los herederos de don Alfredo Posada; estos predios tenían unos cánones elevados y los estamos negociando a niveles racionales y justos para las partes.

Les agradeceríamos tuvieran en cuenta esta comunicación en caso de que por lógicas circunstancias, ellos se comunicaran con ustedes". (Subrayado y destacado fuera del texto).

¹⁷² Correo enviado el 24 de febrero de 2004 por el señor Álvaro Molina, funcionario de INCAUCA, al señor Bernardo Quintero, Gerente de RIOPAILA y CASTILLA, y con copia a los señores Gonzalo Ortiz y Juan José Lülle, Gerente de PROVIDENCIA y Presidente de INCAUCA respectivamente:

"Estimado Bernardo: [...] igualmente queremos revisar la lista que tenemos en proceso de negociación ya que los administradores de algunos de esos predios también han pedido cita en castilla y en cada reunión afirman que los ofrecimientos de castilla superan con creces a los de Incauca, (todos sabemos que son estrategias de negocio pero debemos acabar con los cuentos)¹⁷²". (Subrayado destacado fuera del texto).

¹⁷³ Comunicación entre el señor Eduardo Romero, quien firma como Gerente de Proveeduría y Contrataciones de CASTILLA y dirigida al señor Eduardo Valderrama Varela, Gerente General de CABAÑA, con fecha 8 de noviembre de 2002, en la que se envía el listado de los predios en negociación para el año 2002. Comunicación similar envía el señor Álvaro Molineros Navia, Jefe de Proveedores de INCAUCA, con fecha 28 de noviembre de 2002, también al señor Valderrama. El cuerpo de la comunicación dice:

"Le informo que estamos adelantando renovación de contrato con los propietarios de las siguientes haciendas: [...]". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Asimismo se encuentra dentro del material probatorio un correo electrónico del señor Molineros, de fecha 8 de enero de 2004, dirigido a los señores Tomás Llano, Jefe de Proveedores de Caña de LA CABAÑA, Eduardo Valderrama Varela, Gerente General de LA CABAÑA, Bernardo Quintero, representante legal de RIOPAILA y CASTILLA, Eduardo Romero, Jefe de Proveeduría de Caña de RIOPAILA y CASTILLA, Mauricio Irigorri, representante legal de MAYAGÜEZ, Ricardo Franco, Gerente de Campo de MAYAGÜEZ, Juan José Lülle, representante legal de INCAUCA y Gonzalo Ortiz, representante legal de PROVIDENCIA, con archivo adjunto que contiene el listado de las haciendas con las cuales se está adelantando la renovación de los contratos.

los otros ingenios, situación que evidentemente afecta las condiciones del mercado que deberían presentarse en una ambiente de competencia.

En este mismo sentido, no consulta los fines de las normas de competencia que se plantee la necesidad de comentar entre representantes de los distintos ingenios, las negociaciones que se planea hacer con los cañicultores, como consta en comités internos de los ingenios. Evidencia de lo anterior es el documento titulado "COMITÉ DE TIERRAS" de fecha 1 de junio de 2007, de RIOPAILA y CASTILLA:

"1. HACIENDA [REDACTED] INGENIO PICHICHI. Se recuerda la urgencia de la definir con el Dr, Silvio Fredy Quintero la devolución de las cañas (+/- 10.000 Ton) que el ingenio pichichi cosechó en las haciendas [REDACTED]. Igualmente ratificar la posición de Castilla Industrial de no recibir como pago de las mismas la caña proveniente de las haciendas [REDACTED] y [REDACTED] de propiedad de la familia [REDACTED]. El B Quintero solicita se le envíe un recorderis para conversar este tema en la reunión de Asocaña.

[...]

4.6 OFRECIMIENTO [REDACTED]. El Sr [REDACTED] nos ha ofrecido 508 Has del predio [REDACTED] y 76 Has del predio [REDACTED], ambos ubicados en la zona de [REDACTED] para hacer un contrato de compraventa de caña en mata. El primer predio estuvo con contrato de compra venta con Ingenio Providencia, el cual se terminó en el 2006. El segundo predio ha estado vinculado con Riopaila Industrial a través de la firma [REDACTED]. Al señor [REDACTED] se le hizo una propuesta de 50% RT. Se va tocar este tema con el Dr Gonzalo Ortiz, de Ingenio Providencia.

[...]

4.8 OFRECIMIENTO [REDACTED] (40 HAS) – [REDACTED]. El grupo [REDACTED] igualmente se ha ofrecido para servir de intermediarios con el [REDACTED], con el propósito de vincular a través de ellos un predio sembrado en caña con un área de 40Has, el cual estuvo vinculado al Ingenio Risaralda hasta el 2004. El Dr Quintero conversará con el Dr Arango sobre este caso. (Subrayado destacado fuera del texto).

[...]

5.3 BALANCE INGENIO LA CABAÑA. En reunión efectuada con los Dres Tomás Llano y Diego Bonilla de Ingenio La Cabaña, se efectuó un balance sobre las cañas entregadas y recibidas al cierre del 30 de abril de 2007. Se planteó la imperiosa necesidad de que Ingenio La Cabaña contemplará la cosecha del predio [REDACTED] de propiedad de la sociedad [REDACTED]. De ser así el balance quedaría en ceros". (Subrayado y destacado fuera del texto).

Las pruebas relacionadas son reflejo del comportamiento no competitivo de los ingenios por los predios. Sobre este particular, se tiene que frente a información reservada como es la relacionada con los nombres de los proveedores y los predios vinculados a su proceso industrial, los ingenios no tienen prevención alguna para compartirla y hacerla materia de discusión con sus competidores.

Lo anterior, sumado a las comunicaciones relacionadas, sugeriría la existencia de un respeto a la zona de influencia "tradicional o natural" de cada uno de los ingenios, en

donde no se prevé la entrada de terceros, asegurándose de mantener los niveles necesarios de su principal insumo productivo sin importar las ofertas de otros ingenios; además se asegura por esta vía que las ofertas que hagan algunos de sus competidores no estarán por fuera de las previamente establecidas en el marco del acuerdo de precios.

8.2.5.2. Sobre la importancia de la distancia y sus costos en la contratación

La variable distancia, han manifestado diferentes representantes de los ingenios, resulta ser un factor de gran importancia para la compra de caña y en el proceso de negociación para la vinculación de un proveedor. El estudio realizado por Rosas y Tobón definió la distancia como el factor más importante, seguido por la productividad del cultivo y los costos de corte, alce y transporte¹⁷⁴.

El apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA, afirmó que "los Ingenios obtienen la caña de azúcar en forma **preferente** en los cultivos que les son más cercanos, por la sencilla razón de que el transporte de la caña del cultivo a la fábrica es sumamente costoso", de lo que se derivaría, en sus palabras, "una segmentación geográfica natural del mercado por razones de eficiencia, ya que **entre más lejos esté el cultivo, menor será la capacidad del Ingenio para ofrecer buenas condiciones al cultivador**". El tener en cuenta dichos costos dentro del proceso de negociación de la caña, implica que "**el único criterio que deben tener en cuenta los Ingenios no es el de la distancia sino también el de la escasez y la disponibilidad de materia prima para su proceso productivo**"¹⁷⁵.

Teniendo en cuenta esas afirmaciones sería de esperar, por un lado, que existiera competencia expresada en la pugna por las cañas que confluyen en la zona de influencia de por lo menos dos ingenios y que la demanda que no se pudiera satisfacer en esa zona se cubriera a través de negociaciones con predios más distantes, reflejando el nivel de competencia que se espera en un mercado deficitario.

En este sentido, el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó que existe una íntima relación entre la distancia y la pérdida de sacarosa. Al respecto señaló que "al cortar la caña se desencadena un proceso químico como consecuencia del cual el contenido de sacarosa de la caña empieza a mermar"¹⁷⁶, razón por la cual parece ser primordial que esta distancia sea corta, o que por lo menos no transcurran más de 48 horas entre el corte y el procesamiento de la caña¹⁷⁷.

Se advirtió igualmente que los contratos obrantes en el expediente cuentan con una cláusula similar para todos los ingenios, que los faculta para realizar el proceso de transformación industrial de la caña contratada en cualquier otro ingenio. Un ejemplo de dicha cláusula es:

¹⁷⁴ C101-452.

¹⁷⁵ C14-58.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

"Las partes convienen que, en cualquier tiempo, el COMPRADOR podrá disponer la molienda de las cañas aquí contratadas en otros ingenios azucareros cumpliendo con todos los compromisos del presente contrato"¹⁷⁸.

Si bien esta cláusula no se considera *per se* anticompetitiva, la evidencia que hace parte del expediente da cuenta de cómo, en aplicación de la misma, se ha desarrollado un mecanismo denominado "canje de cañas", a través del cual los ingenios pueden obtener la caña necesaria para sus distintos procesos de producción sin que se afecten sus niveles de molienda y como mecanismo de reducción de costos. Al respecto el señor Bernardo Quintero, representante legal de RIOPAILA y CASTILLA, expresó la conveniencia y la reducción de costos que trae consigo el canje por distancia:

"Pregunta 26: [...] ¿Qué debe entender el despacho por canje de cañas?

Respuesta 26: Sí, a ver, el canje de cañas es que yo contrato una finca a 50 kilómetros de mi fábrica y esa finca está a 10 kilómetros de otros ingenios. Ese ingenio tiene una finca contratada cerca de mi fábrica y entonces en el canje lo que decimos es: coseche usted esa finca, que esas cañas son mías, yo cosecho sus cañas que quedan cerca al mío y cambiamos tonelada por tonelada y esa digamos es la forma en que se va haciendo, entonces él cosecha tantas toneladas, yo debo cosechar las mismas toneladas de él, yo las muelo en mi fábrica y él muele mi caña en la fábrica de él y pues cada uno dispone de su azúcar.

[...] pero en términos generales el canje de caña es ayudarnos en distancias, ayudarnos en acceso para que se facilite ese proceso. Digamos, hay un ahorro inmediato con el canje [...]"¹⁷⁹. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Lo anterior deja ver que una de las formas de competencia por los predios, que es ampliando su zona "natural" de abastecimiento, implica incurrir en mayores costos derivados de la distancia, lo que obligaría a una mayor pugna vía precios. Sin embargo, la competencia es restringida gracias a un acuerdo previo con otro ingenio que se encarga de las labores de cosecha y molienda. Así, no solo se está asegurando a un precio preestablecido el insumo, como quedó acreditado, sino que se asegura su suministro.

Según el MADR¹⁸⁰, "para el caso de la comercialización de la caña de azúcar, el método que se ha utilizado al interior de la cadena consiste en el canje de cañas, el cual le permite al cañicultor vender su producción, y al ingenio reducir sus costos [...]". En contraste, el concepto de los apoderados indica que el canje de cañas surge como una medida prevista inicialmente a favor de los ingenios. Adicionalmente, de acuerdo con las condiciones del mercado –particularmente deficitario–, no tendría sentido acudir a mecanismos para favorecer la venta de una caña respecto de la cual no hay exceso de oferta.

¹⁷⁸ C38-41 y C55-118, para INCAUCA y PROVIDENCIA, respectivamente.

¹⁷⁹ C94-207.

¹⁸⁰ C108-599.

Una situación cercana al agotamiento de la oferta de caña de azúcar disponible en la región, definida por contratos de largo plazo, implica la presencia de una oferta no perfectamente elástica del principal insumo para la producción de azúcar. Bajo este enfoque, resulta ilustrativo el trabajo de Cutler, Huckman y Kolstad¹⁸¹.

El canje de cañas entre ingenios ubicados a distintas distancias hace indiferente la localización de los predios, lo cual propicia un escenario en el que al cañicultor se le priva de la posibilidad de recibir diferentes ofertas de agentes independientes en competencia.

Para el caso que nos ocupa, es de anotar que la presencia de plantaciones de caña de azúcar ubicadas en zonas diferentes, tierras con variadas características, diversidad de calidades del insumo (por características del suelo, del cultivo o de su manejo) y, especialmente, como lo acredita el expediente, el hecho de que la cantidad de sacarosa de la caña cortada sea una función decreciente del tiempo entre corte y procesamiento, debería llevar a una distribución eficiente de las ganancias obtenidas a lo largo de la cadena productiva.

8.2.5.3. Sobre el alegado carácter “pro-competitivo” de los canjes de cañas

En relación con lo competitivo que puede resultar el mecanismo denominado *canje de cañas* el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó:

*"El canje de cañas, es la típica situación de mejora de eficiencia en sentido de Pareto en donde un cambio en la asignación de recursos no solo no perjudica a ninguna parte sino que por el contrario, aumenta el bienestar de todas las partes. En primer lugar, a los Ingenios pues, como lo reconoce el Informe Motivado, obtienen ahorro de costos al disminuir los recorridos entre el cultivo y el Ingenio. El cultivador se beneficia antes de que se produzca el canje por la pugna entre los Ingenios (los establecidos y el entrante) en la medida en que dicha competencia necesariamente los aboca a incrementar la competencia por los predios, lo que se traduce en beneficios para el cañicultor que mejora sus posibilidades de negociación. Lo anterior, teniendo en cuenta que cuando se produce el canje, el Ingenio que obtiene el derecho de cortar, alzar y procesar la caña no puede renegociar las condiciones que el cultivador tenía con el Ingenio que había contratado la caña, pues el Ingenio que va a cortar se ve obligado contractualmente a respetar las condiciones inicialmente pactadas y la relación jurídica y económica se mantiene incólume entre el cultivador y el ingenio con el cual contrató, a pesar de que sea otro el que realice el corte y muele la caña"*¹⁸².

¹⁸¹ Cutler, D., Huckman, R., Kolstad, J. 2009. Input Constraints and the Efficiency of entry: Lessons from Cardiac Surgery. Working Paper 10-011. Harvard Business School.

Los autores muestran cómo, para el caso de los hospitales en Pensilvania, el efecto sobre la contratación de cirujanos en un mercado con una oferta inelástica en un escenario de competencia, dada la restricción de disponibilidad de insumo, la presencia de nuevos competidores generaría un más eficiente uso de los recursos disponibles. En particular, tal situación aceleraría la contratación de cirujanos de más alta calidad a ser contratados, ante la entrada de nuevos competidores, mostrando así, que a mayor grado de competencia en el mercado de insumos se generarían posibilidades de contratación de insumos diferenciados como de alta calidad y por tanto se presionaría al alza la remuneración del insumo de estas características.

¹⁸² C105-97.

Si bien es posible admitir que el canje no representa una desmejora inmediata de las condiciones del cañicultor pues sus condiciones contractuales se respetan y ello, sumado a la reducción de costos por parte del ingenio estrictamente cabría en la definición de mejora en el sentido de Pareto, este análisis pierde de vista que el canje de cañas priva al cañicultor de tener ofertas de más de un agente económico que, en pugna por su insumo, compita vía precio.

Pese a que el apoderado afirma que el cañicultor se beneficia previa ocurrencia de los canjes de caña, el Despacho se aparta de dicha afirmación no solo porque como se demostró antes la "pugna entre los ingenios" no ocurre, sino porque de darse, se estaría presentando sobre la base de un precio previamente acordado, como el que se demostró en los acápite anteriores.

Adicionalmente, la afirmación según la cual "realizar el canje permite la reducción del costo del CAT lo cual en últimas permite ofrecer un mejor precio y por lo tanto de ninguna manera se verá disminuida la competencia por la fuente de abastecimiento,"¹⁸³ carece de sentido, pues como lo argumentó el mismo apoderado, las labores del CAT las "realiza el ingenio por su cuenta y riesgo"¹⁸⁴. Es decir, si esta es una labor que *per se* el ingenio incorpora dentro de sus costos, esto no debería influir en la negociación de contratación del predio, de forma que si de alguna manera se logra reducir dicho costo el beneficio es exclusivo para el ingenio y no hay forma de que esto se transmita al proveedor.

En ese mismo sentido, y en consideración a los beneficios que puede brindar el canje de cañas, el apoderado de INCAUCA afirmó:

*"Castigar a las empresas por buscar la reducción de sus costos y la mejora de su productividad, es condenarlas a la ineficiencia, lo que vulnera los objetivos de la ley de competencia desde sus cimientos más elementales"*¹⁸⁵.

Ante este argumento, el Despacho reconoce que las empresas están obligadas a mejorar su productividad y buscar mejoras en términos de eficiencia. Sin embargo se reitera que el reproche se hace no por las eficiencias obtenidas, lo cual por el contrario se aplaude, sino por el proceder de los ingenios que les permite no competir por su principal insumo.

8.2.5.4. Sobre las comunicaciones entre terceros

Señala el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA que la comunicación de 8 de noviembre de 2002 entre el señor Eduardo Romero, Gerente de Proveeduría y Contrataciones de CASTILLA, y el señor Eduardo Valderrama Varela, Gerente General de LA CABAÑA, una de las pruebas mencionadas en el Informe Motivado, obra en el expediente como una copia simple, lo cual en su opinión le resta valor probatorio.

¹⁸³ C103-259.

¹⁸⁴ C18-15.

¹⁸⁵ C103-259.

Frente al particular, debe tenerse en cuenta que el documento sobre el cual recae la crítica del apoderado se incorporó al expediente como copia obtenida durante la visita de inspección que tuvo lugar el 28 de abril del 2008 en LA CABAÑA. Por ello, en virtud del numeral tercero del artículo 254 del CPC, se entiende que tiene el mismo valor probatorio que el documento original.

Además, en concordancia con el numeral 3 del artículo 252 del CPC, este documento no fue oportunamente tachado o desconocido por ninguno de los apoderados.

8.2.6. Conclusión

Encontró este Despacho que la evidencia señalada hasta ahora da cuenta de cómo algunos ingenios: (i) comparten información sobre sus proveedores y predios a contratar; (ii) en ocasiones consultan a sus competidores las manifestaciones de interés de los proveedores de iniciar una nueva negociación; (iii) en el marco del mecanismo denominado canje de cañas reducen la pugna por los predios vía precios, desconociendo en esos casos las características de los terrenos, la calidad de las cañas y la distancia.

Esta evidencia demuestra cómo, contrario a lo esperado en un mercado en el que la proveeduría juega un papel capital en el proceso industrial, y en el que se ha introducido un nuevo uso que en teoría demanda mayor disponibilidad de materia prima, los ingenios no desarrollan una activa competencia por las tierras limitadas por las fronteras naturales.

No obstante lo anterior, se considera que no existen elementos suficientes para acreditar que el mercado de la caña de azúcar a que se ha referido la presente actuación ha sido objeto de un acuerdo de reparto por parte de los ingenios, en los términos señalados por el artículo 47 numeral 5 del Decreto 2153 de 1992.

9. SOBRE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

9.1. Observaciones al Informe Motivado presentadas por los apoderados

En los escritos de observaciones al Informe Motivado varios de los apoderados coincidieron en una serie de argumentos.

9.1.1. Argumentos comunes planteados por los apoderados de los ingenios investigados

- Las pruebas obtenidas en la averiguación preliminar radicada con el número 08-131748 e incorporadas a la presente investigación son nulas.
- Las recomendaciones de la Delegatura comportan violación del derecho a la defensa y del derecho a la contradicción, en la medida en que las mismas están fundamentadas en hechos diferentes a los imputados en la resolución de apertura de investigación. Se violan derechos fundamentales de los investigados y el principio de congruencia al motivar la recomendación de sancionar con fundamento en hechos diferentes a los que soportaron la apertura de investigación.
- La Superintendencia procedió en contra del artículo 109 del CPC, pasando por alto el "*principio de formalidad de la prueba*".
- El documento "*Acta de Acuerdo*" de 5 noviembre de 1992 carece de valor probatorio, en la medida en que no está firmado, fue obtenido en violación del debido proceso y está fuera del periodo de investigación.

9.1.2. Argumentos planteados por el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA

- La Superintendencia no ha actuado en forma coordinada con otras autoridades del Estado, como el MADR, como lo dispone el artículo 113 de la Constitución y que fue recogido por la Ley 1340 de 2009; la Superintendencia debe solicitar la intervención del MADR en lo que resta del trámite.
- Frente a RIOPAILA y CASTILLA y su representante legal, la facultad sancionatoria ha caducado.
- Los acuerdos de precios suponen que se realicen entre competidores, razón por la cual la definición del mercado relevante es fundamental en este tipo de casos. La definición que la Delegatura hizo del mercado relevante es antitécnica y no coincide con la de la resolución de apertura.

9.2. Consideraciones del Despacho

9.2.1. Sobre las pruebas decretadas de oficio mediante Resolución 45643 de 2009

En la presente actuación, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, mediante la Resolución 45643 de 2009, decretó de oficio unas

pruebas documentales que se incorporaron al expediente y obran a folios 222 a 248 del Cuaderno 96 y folios 1 a 228 del Cuaderno 97.

Contra dicha Resolución, algunos de los apoderados presentaron peticiones de nulidad alegando para el efecto que dichas pruebas fueron obtenidas con violación del derecho constitucional al debido proceso (artículo 29 Constitución Política) y las formalidades previstas en el CPC. El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, mediante Resolución No. 57078 de 6 de noviembre de 2009, resolvió la solicitud de nulidad de las pruebas en mención, negando la petición de los apoderados.

Los apoderados insistieron, en sus comentarios al Informe Motivado, en la ilegalidad de la prueba documental decretada de oficio por la Delegatura de Promoción de la Competencia. Este Despacho hace propias las consideraciones de la Delegatura en la Resolución 57078 de 2009, en cuanto a la juridicidad del procedimiento adelantado.

9.2.2. La alegada incongruencia entre la resolución de apertura y el Informe Motivado

Algunos de los apoderados argumentaron que las recomendaciones de la Delegatura en el Informe Motivado implican una violación de los derechos de defensa y contradicción de los investigados por una supuesta doble incongruencia. En primer lugar, incongruencia entre los cargos formulados en la apertura de la investigación y los cargos contenidos en el Informe Motivado. En segundo lugar, incongruencia entre los hechos que respaldan los cargos formulados en la resolución de apertura de la investigación y los hechos que respaldan los cargos señalados en el Informe Motivado.

El apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA fundamenta el argumento de la incongruencia en las sentencias de la Corte Constitucional números C-541 de 1998, C-199 de 2002 y T-1094 de 2004.

9.2.2.1. El procedimiento administrativo frente a las prácticas restrictivas de la competencia

Para responder esos argumentos corresponde analizar las normas que rigen el conjunto de una actuación administrativa relacionada con prácticas restrictivas de la competencia económica con el fin de establecer si se presenta un vicio de incongruencia por el hecho de que el Informe Motivado aluda a cargos y/o hechos que no fueron referidos en la apertura de la investigación. Ese análisis impone determinar si es o no conforme a derecho que en el desarrollo de la investigación se modifiquen los cargos y/o los hechos que sustentan los cargos. En caso afirmativo si ello impide ejercer el derecho de defensa.

El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 dispone lo relativo al procedimiento administrativo que ha de seguirse en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

El inciso primero de la citada norma pone de presente, como lo ha señalado el Consejo de Estado, que *“la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad*

*alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no abrir una investigación administrativa*¹⁸⁶. Por lo tanto, la apertura, lógicamente, solo puede indicar por qué conducta o conductas se investigará a unas personas a la luz de los hechos conocidos por la Superintendencia hasta ese momento.

La norma ordena también que el acto de apertura se notifique al investigado para solicitar o aportar pruebas y puede igualmente controvertir las que obren en su contra, con lo cual se busca garantizar el derecho de defensa protegido por el artículo 29 de la Constitución Política.

El artículo 52 antes mencionado faculta además al funcionario competente para decretar las pruebas que considere pertinentes y no establece que las pruebas que pueden practicarse en la investigación deben limitarse a desvirtuar o confirmar las obtenidas en la averiguación preliminar que respaldan los cargos, ni proscribire la posibilidad de que den cuenta de hechos no advertidos en el momento de la apertura.

Así, lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben practicarse en la investigación es el cargo o cargos sobre conductas restrictivas de la competencia a que se refiere la apertura de la misma.

Las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las razones que motivan la apertura, pero también pueden evidenciar hechos nuevos relacionados con los mismos cargos formulados.

Por su parte el cargo que contiene el acto de apertura de una investigación, se refiere a la afirmación que hace la Superintendencia en el sentido de que unas personas presuntamente han incurrido en la conducta calificada por la ley como restrictiva de la competencia. La investigación se abre para determinar si aquellos a quienes se dirige esa afirmación incurrieron o no en esa conducta. Ese es el contenido de la Resolución 6981 de marzo 9 de 2007 por la cual se abrió la investigación contra los ingenios, sin que en ella se afirme que los hechos por los cuales se investigará a las personas contra las que se dirige ese cargo serán únicamente los señalados en su parte motiva.

Adicionalmente, según el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, instruida la investigación se presenta un Informe Motivado donde debe indicarse si, en concepto del Superintendente Delegado "*ha habido una infracción*", del cual debe darse traslado al investigado para presentar sus explicaciones y opiniones.

En consecuencia tanto en el momento en el que se conoce la recomendación como durante el acopio de la totalidad de la evidencia a lo largo de la investigación (participación en audiencias públicas de testimonio, acceso al expediente, etc.), está garantizada la posibilidad de los investigados de pronunciarse en ejercicio de su derecho de defensa.

¹⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA Bogotá, D. C., veintitrés (23) de enero del dos mil tres (2003). Radicación número: 25000-23-24-000-2000-0665-01(7909).

En ese contexto la infracción a que se refiere el Informe Motivado solo puede referirse a las conductas que se hayan atribuido expresamente en el acto de apertura. Por lo tanto, lo que resultaría opuesto al derecho de defensa es que un Informe Motivado modifique esa conducta. Es decir, que cambie los cargos formulados en la apertura o incluya nuevos, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa.

A la luz de lo anterior se analizará la pretendida incongruencia planteada por los apoderados de las investigadas.

9.2.2.2. Sobre la pretendida incongruencia de los cargos

La resolución 6981 de marzo 9 de 2007 ordenó una investigación para establecer si determinadas personas incurrieron en conductas prohibidas por normas diferentes. Esto es, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el artículo 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 47 numeral 5 de ese decreto.

A su vez, el Informe Motivado concluyó que los investigados incurrieron en un acuerdo de fijación de precios de compra de la caña prohibido por el artículo 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992 y en un acuerdo de repartición de fuentes de abastecimiento prohibido por el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, conductas a las que expresamente se refirió la resolución de apertura.

En consecuencia es evidente que no existe incongruencia entre los cargos formulados en la apertura de la investigación y los cargos contenidos en el Informe Motivado.

9.2.2.3. Sobre la pretendida incongruencia de los hechos

En el presente caso los investigados argumentaron que durante la investigación se encontraron hechos nuevos, adicionales a los citados en la apertura de la investigación para respaldar las conclusiones sobre las dos conductas por las que el Superintendente Delegado recomendó sancionar, con lo cual se vulnera su derecho a la defensa.

Es cierto que en la investigación realizada se recaudaron pruebas sobre hechos diferentes de aquellos señalados en la apertura. Sin embargo, dichas pruebas no solo fueron pertinentes pues se referían a hechos relacionados con los cargos señalados en la resolución de apertura, sino que fueron susceptibles de controversia por parte de los investigados.

Como antes se examinó, conforme a las normas que regulan el debido proceso en materia de prácticas restrictivas de la competencia: (i) las pruebas de la etapa investigativa están limitadas por los cargos contenidos en la resolución de apertura y (ii) se garantiza el derecho de defensa dando a los investigados oportunidad para pedir y aportar pruebas y rendir explicaciones contra los cargos contenidos en la apertura y contra las pruebas que se alleguen en su contra, y permitiéndoles presentar argumentos contra el Informe Motivado, es decir, antes de que se tome la decisión que pone fin a la actuación administrativa.

Esas oportunidades se garantizaron en el presente caso pues los investigados pudieron pedir y aportar pruebas y presentar los argumentos que consideraran pertinentes en la medida en que la evidencia se iba incorporando al expediente y no solo con ocasión del traslado del Informe Motivado.

9.2.2.4. La jurisprudencia invocada como fundamento de la supuesta incongruencia

Corresponde señalar que las sentencias C-541 de 1998 y C-199 de 2002 que cita el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA se relacionan con la constitucionalidad del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991 y del artículo 404 de la Ley 600 del 200. El primero, que consideraba como causal de casación la falta de identidad entre la resolución de acusación y la sentencia proferida y, el segundo, relacionado con la potestad del juez para modificar el tipo penal imputado.

La jurisprudencia contenida en esas dos sentencias es inaplicable al presente caso porque abordó el problema de la congruencia entre una acusación y una sentencia. Es decir, entre un acto de la investigación y la decisión que pone fin a un proceso judicial.

Las incongruencias que aduce el apoderado contra la investigación administrativa que se adelantó, supuestamente se presentan entre el Informe Motivado y el acto de apertura; no entre uno de esos dos actos y la decisión que pone fin a la actuación administrativa. Nótese que es la presente decisión la que pone fin a la actuación administrativa.

Adicionalmente debe señalarse que la apertura de la investigación por prácticas restrictivas de la competencia y el Informe Motivado, contra los que se dirige el argumento de la supuesta incongruencia, son dos actos de trámite, que obviamente no constituyen una decisión definitiva.

Ahora bien, la aplicación de los principios del derecho penal en materia de derecho administrativo sancionatorio es limitada y así lo ha señalado la Corte Constitucional al precisar que *"la potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal"* y que *"en materia sancionatoria administrativa, las garantías del debido proceso no tienen el mismo alcance que en el ámbito penal"*¹⁸⁷.

Por su parte el Consejo de Estado en relación a la dependencia del derecho penal y el derecho administrativo se ha pronunciado así:

"en el sentido de excluir del derecho sancionatorio la normatividad y por ende la metodología penal. Es claro que el Derecho Administrativo es independiente respecto de aquél, aún en su aspecto sancionatorio, dada la existencia de una normatividad regulada por principios propios, autónomos que consultan unas finalidades y procedimientos muy distintos de los del derecho penal. [...] No se quiere decir que no existan en común, eventualmente, algunas notas características de ciertos principios, ejemplo de lo cual pueden ser los principios orientadores definidos en el artículo 3

¹⁸⁷ Sentencia C- 616 -02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

*C.C.A., entre los cuales está el de contradicción, ligado estrechamente al derecho de defensa, tanto como que es su reflejo en materia administrativa, pero una cosa es advertir tal similitud y otra pretender, a raíz de ella, la plena intromisión de la metodología, técnica y aún la normatividad penal en el campo administrativo*¹⁸⁸.

En cuanto a la sentencia T-1094 de 2004 que cita el mismo apoderado, tiene que ver con la atención a grupos de personas desplazadas por la violencia. No guarda relación con el presente caso. La cita mencionada por el apoderado¹⁸⁹ corresponde a la sentencia T-1093 del mismo año, en la cual la Corte Constitucional estudió si la destitución de unos diputados departamentales por parte de la Procuraduría de Nariño constituyó una violación al debido proceso por una variación de los cargos formulados entre el pliego de cargos y el fallo sancionatorio proferido por dicha entidad. Según la Corte:

*"4.2.1.8. A la luz de las anteriores pautas jurisprudenciales, concluye la Sala que no viola el derecho de defensa de quien es investigado disciplinariamente el que la autoridad llamada a adoptar una decisión sobre el mérito de la investigación disciplinaria pueda variar la calificación jurídica de la conducta efectuada en el pliego de cargos del respectivo proceso, siempre que el investigado haya tenido la oportunidad efectiva y plena de ejercer su derecho de defensa respecto de los elementos de su comportamiento por los cuales se le sancionó"*¹⁹⁰. (Subrayado fuera del texto).

Esta sentencia, por una parte, censura una incongruencia entre el pliego de cargos y una decisión final cuando esta se origina en el cambio de calificación jurídica de la conducta y en todo caso la admite cuando el investigado ha tenido oportunidad efectiva y plena de ejercer su derecho de defensa.

¹⁸⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Germán Ayala Mantilla. Bogotá, D.C., veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y siete Ref: Expediente No. 8497.

¹⁸⁹ C105-16.

¹⁹⁰ Sentencia T-1093 de 2004.

9.2.2.5. Sobre la pretendida incongruencia en la definición del mercado relevante

El apoderado de LA CABAÑA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA y CASTILLA argumentó que los acuerdos de precios suponen que se realicen entre competidores, razón por la cual la definición del mercado relevante es fundamental en este tipo de casos. En su concepto, la definición que la Delegatura hizo del mercado relevante, además de antitécnica, implicó una ampliación del mercado geográfico. Señaló al respecto que:

“Como se puede observar, el Delegado decidió variar a su conveniencia la determinación que del mercado relevante se había hecho en la Resolución de Apertura. Así, en punto de abrir la investigación, el Despacho señaló que el mercado relevante consistía en el de compra de caña de azúcar como materia prima, claramente dividido en dos grupos de zonas geográficas, mientras que en el Informe Motivado, se define el mercado relevante como el de compra de caña por parte de los industriales productores de azúcar y etanol, ubicados en todo el Valle geográfico del río Cauca.

La intención detrás de la variación en la determinación del mercado relevante es evidente: el mercado planteado inicialmente era muy amplio desde el punto de vista de producto y más estrecho desde el punto de vista geográfico. En efecto, desde el ángulo de producto podían convergir todos los agentes participantes dentro del mercado que compraran caña de azúcar como materia prima, es decir, no sólo los Ingenios compran caña de azúcar para este fin, también lo hacen los trapiches, por ejemplo. Es imperativo señalar que en el marco de dicho mercado se desarrolló la defensa de los investigados.

En el Informe Motivado, la Delegatura procedió a cerrar el mercado, de tal forma que los agentes participantes dentro de éste son a partir de dicho documento, los compradores de caña de azúcar como materia prima, industrializados, para la producción de azúcar y etanol, ubicados en el Valle geográfico del río Cauca, con lo cual se modificaron los agentes y el elemento geográfico.

Sin embargo, el Despacho es claro en su intención de no comprometerse con dicha definición, por cuanto la variación del mercado se hizo de manera injustificada, a tal punto que la misma Superintendencia pretende restarle importancia a la definición del mercado relevante [...].¹⁹¹

Debe indicarse en primer lugar, que no es cierto que el Informe Motivado haya variado la determinación del mercado geográfico efectuada en la resolución de apertura. En efecto, no existe referencia alguna en la Resolución 6981 de marzo 9 de 2007, por medio de la cual se abrió la presente investigación, a la existencia de “dos grupos de zonas geográficas”, como erradamente lo afirma el apoderado. La resolución de apertura indicó claramente que “[l]as personas jurídicas citadas son competidores en el mercado de compra de caña de azúcar como materia prima en el Valle Geográfico del Río Cauca”¹⁹². (Subrayado y destacado fuera del texto).

¹⁹¹ C105-43.

¹⁹² Resolución de apertura, p. 6. (C13-6)

Si bien resulta evidente que lo afirmado por el apoderado no encuentra respaldo en la resolución de apertura, el Despacho considera pertinente reiterar lo señalado en el Informe Motivado en el sentido de que para las actuaciones en las que se investigue conductas anticompetitivas en la modalidad de acuerdo, la delimitación del mercado relevante tiene una menor exigencia que la que demanda, por ejemplo, una investigación por abuso de posición dominante o el control previo de integraciones empresariales¹⁹³.

En este sentido, si las pruebas que obran en el expediente identifican con claridad tanto los participantes del acuerdo como el producto y el marco geográfico en el que tiene efectos, no encuentra el Despacho qué razón le obligaría a extender el análisis sobre otros agentes, otros productos, u otra zona.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que en una averiguación preliminar no siempre es posible identificar de manera definitiva el mercado concernido, toda vez que en esta etapa procesal la autoridad cuenta con información limitada sobre los hechos objeto de indagación y no intervienen sujetos investigados que aporten y controviertan pruebas sobre esa u otras materias de la investigación.

La apertura formal de la investigación tiene precisamente por objeto el de indagar sobre diferentes aspectos relacionados con las conductas investigadas, entre ellos, aquellos relacionados con el mercado supuestamente afectado, motivo por el cual bien puede suceder en algunos casos, que el Informe Motivado precise con fundamento en la información recaudada durante la investigación, el alcance del mercado producto y geográfico inicialmente señalado en la resolución de apertura.

Con todo, encuentra el Despacho que la variación en la definición del mercado relevante geográfico que el apoderado de LA CABAÑA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA y CASTILLA alega, no ha ocurrido en la presente actuación administrativa, pues la definición que del mismo se hace en esta oportunidad es consistente con la realizada en la resolución de apertura de la investigación.

9.2.3. Sobre la aplicación del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009

El apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó en su escrito de observaciones al Informe Motivado que debía la Superintendencia solicitar la intervención del MADR de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con el artículo 113 de la Constitución Política. Señaló al respecto que:

"De conformidad con lo previsto por el artículo 113 de la Constitución Política, "[...] los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines". Por esta razón se echa de menos en el presente caso la interacción de la SIC con el Ministerio de Agricultura, el cual ha debido ser tenido en cuenta desde la investigación preliminar.

Esta obligación de colaboración armónica entre las entidades estatales fue reforzada, para efectos de libre competencia económica, en virtud del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 por medio del cual se impone a la SIC la carga de informarle a las

¹⁹³ Cfr. Laila Birbaud. La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence. Bibliothèque de Droit de L'entreprise. Fédération Nationale pour le Droit de L'entreprise, p.20.

autoridades competentes -según el sector económico afectado por la investigación- sobre las investigaciones que adelante con el fin de que emitan su concepto técnico. Dicho concepto debe ser tenido en consideración por la SIC a la hora de adoptar sus determinaciones.

[...]

*En lo que resta del procedimiento la SIC debe solicitar la intervención del Ministerio de Agricultura, razón por la cual, por medio del presente escrito se insta al Señor Superintendente para que proceda a solicitar el concepto técnico del Ministerio*¹⁹⁴.

En igual sentido, el apoderado de INCAUCA, RISARALDA y TUMACO mediante escrito radicado en esta Superintendencia el 14 de diciembre de 2009, solicitó la intervención del MADR en la presente investigación, con fundamento en el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009.

De otro lado, el apoderado LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA solicitó de manera subsidiaria que, en caso de que esta Superintendencia llegase a la conclusión de que se requiera adoptar medidas correctivas en relación con la competencia en el mercado, le "solicite al Ministerio de Agricultura que proponga los lineamientos que debería seguir el Señor Superintendente en caso de que decida intervenir dicho mercado mediante la adopción de medidas o acciones correctivas en las condiciones de competencia interna del mercado investigado"¹⁹⁵.

Establece el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 que:

"Artículo 8. Aviso a otras autoridades. En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión". (Destacado fuera del texto).

Como se observa, el citado artículo regula de manera clara dos situaciones en las que las autoridades de regulación y de control y vigilancia, pueden intervenir en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, a saber:

¹⁹⁴ C105-14.

¹⁹⁵ C105-14.

- a. Una primera oportunidad, propiciada por la comunicación que envía la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de los 10 días siguientes al inicio de la investigación, y
- b. Una segunda oportunidad, de oficio, en cualquier momento de la actuación administrativa.

En virtud de lo anterior, se observa que la petición elevada por los apoderados antes citados, en el sentido de que esta Superintendencia debía oficiar al MADR para darle cumplimiento al mencionado artículo 8 de la nueva ley de competencia, carece de sustento jurídico, toda vez que para el 24 de julio de 2009, fecha en que comenzó a regir el Ley 1340 de 2009¹⁹⁶, ya habían transcurrido más de dos años desde el inicio de la investigación¹⁹⁷.

No obstante lo anterior, obran en el expediente dos comunicaciones del MADR dirigidas al apoderado de INCAUCA, RISARALDA y TUMACO y al apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA respectivamente, con copia a esta Superintendencia¹⁹⁸, mediante las cuales dicho Ministerio da respuesta a sendos derechos de petición presentados por los mencionados apoderados.

Frente a lo anterior, encuentra el Despacho que se trata de una intervención de dicha entidad con destino a la presente actuación, que ha sido valorada junto con las pruebas que obran en el expediente.

Por otro lado, el Despacho estima pertinente indicar que el MADR ha participado en la presente investigación por intermedio del propio Ministro y otros funcionarios y ex funcionarios. De igual forma, los estudios realizados por el MADR fueron valorados dentro de la presente investigación.

Finalmente, cabe precisar al apoderado que ciertamente no está en las atribuciones de esta Superintendencia dar lineamientos de política pública en los mercados agrícolas, lo cual no obsta para que de advertir responsabilidades administrativas por la infracción del régimen de protección de la competencia, proceda con las sanciones e instrucciones que correspondan respecto de los agentes que participan en dicho mercado, en ejercicio de las facultades previstas por el Decreto 3523 de 2009.

9.2.4. Sobre el valor probatorio del "ACTA DE ACUERDO"

Los apoderados afirmaron que el documento "Acta de Acuerdo" de 5 noviembre de 1992 carece de valor probatorio, argumentando que no está firmado, fue obtenido en violación del debido proceso y está fuera del periodo de investigación.

En ese sentido el apoderado de LA CABAÑA, MAYAGÜEZ, RIOPAILA, CASTILLA y MANUELITA afirmó:

¹⁹⁶ Publicada en el Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009. Ver artículo 34 de la Ley 1340 de 2009.

¹⁹⁷ Resolución 981 de 9 marzo de 2007.

¹⁹⁸ Citar comunicaciones.

"El Informe Motivado fundamenta igualmente la existencia del supuesto acuerdo en un documento encontrado en el archivo de MANUELITA titulado "ACTA DE ACUERDO", de noviembre 5 de 1992.

En relación con dicho documento debo señalar que el mismo no se encuentra firmado.

[...]

Claramente la Corte explica la ausencia de valor probatorio de un documento sin firma como el que cita el Informe Motivado.

[...]

Pero peor aún, el mencionado documento fue obtenido durante una diligencia realizada en un expediente en el que mis representados no tuvieron la oportunidad de participar, es decir, es una prueba que fue obtenida con violación del debido proceso y que a la luz del artículo 29 de la Constitución Política es nula de pleno derecho.

[...]

Finalmente, el documento tiene fecha de 1992 y según la Resolución de apertura de la investigación, el periodo investigado va desde mayo de 2005 a febrero de 2007¹⁹⁹.

El apoderado de INCAUCA, RISARALDA y TUMACO afirmó:

"[...] este documento también fue obtenido por parte del Despacho a través del procedimiento ilegal, al que se hizo referencia en el punto 1.2 del presente escrito, y mediante el cual, esa dependencia pretendió incorporar como prueba documental, las evidencias que recaudó en sendas inspecciones que se llevaron a cabo en algunos ingenios azucareros, sin la participación del apoderado de mi representada.

[...]

Es evidente que un documento que da cuenta de un hecho ocurrido en el año de 1992, no puede otorgársele eficacia probatoria con respecto a hechos que ocurrieron 12 años después, en especial, cuando el hecho no puede siquiera atribuirse al sujeto investigado [...].

[...]

Pero aun si el documento al que hacemos referencia, no hubiera sido obtenido de manera ilegal, una rápida lectura es suficiente para percatarse que el mismo carece de cualquier valor probatorio, toda vez que no cuenta con la firma de ninguna de las personas que figuran en la última página. Como se verá, este simple hecho despoja el documento en cuestión de toda autenticidad.

[...]

No es este un proceder concordante con la ley y ese Despacho debe darle aplicación estricta a lo consagrado en los artículos 252 y 269 del Código de procedimiento civil, de conformidad con los cuales el documento que pretende utilizarse como

¹⁹⁹ C103-93.

*fundamento del cargo referido, no es un documento auténtico y no tiene valor probatorio alguno*²⁰⁰.

El apoderado de CARMELITA, MARÍA LUISA y PICHICHÍ afirmó:

*"[...] En la página 66 del Informe Motivado, se cita como prueba reina un documento titulado ACTA DE ACUERDO de noviembre 5 de 1992, sin firmar por ninguno de los ingenios partícipes de dicho documento [...]"*²⁰¹.

"El Informe Motivado que presentó el señor Superintendente Delegado se funda en meras inferencias o indicios. Veamos:

[...]

*4. Que por la existencia de un acta de acuerdo, NO FIRMADA por sus partícipes, que no ha sido recaudada válidamente y por lo tanto no es oponible válidamente a los sujetos procesales [...] [mi representado] participó en dicha concertación"*²⁰².

El apoderado de PROVIDENCIA y SAN CARLOS afirmó:

"En relación con el mencionado documento de 1.992, señalo lo siguiente:

- 1) El documento no está firmado [...] por ningún [...] ingenio.*
- 2) Es un documento del 5 de noviembre de 1.992, de hace diecisiete años, anterior a la expedición del Decreto 2153 de 1.992.*
- 3) La facultad sancionatoria de la SIC en relación con este documento caduco hace años.*
- 4) El documento de noviembre de 1.992 fue recaudado en visita al ingenio MANUELITA en mayo de 2.009. [Mi representado] no fue notificado del decreto de esta visita y por tanto no tuvo oportunidad de participar en su práctica. Adicionalmente, cuando el documento fue incorporado arbitrariamente y de oficio al expediente, en septiembre de 2.009, la práctica de pruebas dentro de la investigación de la referencia había terminado. En consecuencia, [mi representado] no tuvo oportunidad alguna de controvertir esta prueba, cuya nulidad es indudable. Por tanto, no puede ser utilizada en su contra, so pena de incurrir en grave violación del debido proceso.*

*Un documento de hace diecisiete años, sin firma alguna, que no pudo ser controvertido por los investigados, no puede ser utilizado por la SIC para confirmar la existencia de un acuerdo. De insistir en ello incurre en una clara vía de hecho"*²⁰³.

Para abordar los argumentos de los apoderados es preciso señalar que, tal y como lo ha establecido la jurisprudencia, en armonía con los artículos 252, 253, 254, 264, 268 y 279 del CPC, los documentos de carácter privado, independientemente de su naturaleza, solo pueden ser apreciados por el juez en la medida en que sean

²⁰⁰ C103-211.

²⁰¹ C106-230.

²⁰² C106-233.

²⁰³ C103-23.

auténticos, condición que podrá derivarse del "reconocimiento implícito (art. 276 C.P.C.), tácito (num. 3º, inc. 2º, art. 252, ib.), expreso (art. 272, ib.); presunto (art. 274, ib.), o porque así lo declare el juez (art. 275, ib.)"²⁰⁴. (Subrayado fuera del texto).

De ello se sigue que si un documento es incorporado a la actuación –en original o en copia– sin que la parte contra quien se opone lo tache de falso oportunamente, la prueba en cuestión se entiende reconocida tácitamente y, en consecuencia, queda dotada de autenticidad²⁰⁵.

Así pues, con relación al valor probatorio del documento "Acta de Acuerdo" de 5 de noviembre de 1992, debe precisarse que fue recaudado por la Delegatura en el curso de una visita administrativa, en el archivo físico de MANUELITA, e incorporado al presente trámite mediante Resolución 45643 de 2009, que lo decretó de oficio como prueba, decisión que fue comunicada a todos los investigados a través de sus apoderados cumpliendo así el requisito de publicidad.

En adición, es importante resaltar que las partes no procedieron a tachar de falso el contenido de esta prueba documental, tal como estaba a su alcance de haber querido discutir su autenticidad, dentro de los cinco días siguientes a la comunicación de la Resolución 45643 de 2009. En estas condiciones, conforme al numeral 3 del artículo 252 del mencionado Código²⁰⁶, se colige su autenticidad y, por supuesto, la posibilidad de apreciarla y asignarle el valor probatorio que corresponde.

Acreditada como está la posibilidad de apreciar la denominada "Acta de Acuerdo", poco sentido tiene que se eche de menos que esté firmada, cuando el alcance probatorio que se le ha asignado, precisamente por la ausencia de las firmas, no es el de un contrato o acuerdo perfeccionado, sino el de un intento de parametrización que ha sido valorado junto con las demás pruebas.

9.2.5. Sobre la alegada violación del artículo 109 del CPC

Algunos apoderados alegaron como violación del debido proceso que esta Superintendencia hubiera ignorado lo preceptuado por el artículo 109 del CPC que establece que:

"Artículo 109. Actas de audiencias y de diligencias. Las actas de audiencias y diligencias deberán ser autorizadas por el juez y firmadas por quienes intervinieron en ellas, el mismo día de su práctica.

Cuando se emplee el sistema de grabación magnetofónica o electrónica, dentro de los dos días siguientes a la fecha de la audiencia deberá elaborarse un proyecto de acta que, firmado por quien lo hizo, quedará a disposición de las partes por igual término para que presenten observaciones escritas, las cuales tendrá en cuenta el juez antes

²⁰⁴ Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de marzo 5 de 2007, ya citada.

²⁰⁵ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernándo. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Editorial Temis. 5ª edición. Bogotá. 2002. Pág. 579.

²⁰⁶ "El documento privado es auténtico en los siguientes casos: [...] Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente [...]".

de firmarlo a más tardar el día siguiente. Las demás personas la suscribirán en el transcurso de los dos días posteriores; si alguna no lo hiciere, se prescindirá de su firma.

Firmada el acta, se podrá prescindir de la grabación.

Las intervenciones de cada parte o de su apoderado en audiencia o diligencia, no podrán exceder de quince minutos, salvo norma que disponga otra cosa.

Cuando algunas de las personas que intervinieron en la audiencia o diligencia no sabe, no puede o no quiere firmar, se expresará esta circunstancia en el acta”.

Frente al particular, el apoderado de LA CABAÑA, MANUELITA, RIOPAILA, CASTILLA y MAYAGÜEZ señaló en su escrito de observaciones al Informe Motivado que:

“La SIC decidió por sí y ante sí [sic] ignorar lo dispuesto por el artículo 109 del C.P.C. en cuanto a la mecánica para la transcripción de los testimonios practicados durante la etapa probatoria, ya que se abstuvo durante años de realizar dicha transcripción y de ponerla a disposición de los investigados como lo ordena la ley. Pero lo que resulta aún más insólito, hace unas cuantas semanas decidió correr traslado a los investigados, de manera simultánea, de casi todos los testimonios practicados, para que en el término de dos (2) días se pronunciaran respecto de todos ellos.

[...]

Con independencia de lo que establezca una circular de la SIC en la cual se advierte de manera ilegal que no va a transcribir los testimonios que practique, debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 39 del artículo 1 del decreto 3523 de 2009 (antes numeral 12 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992), es función de la SIC el recibir los testimonios que puedan resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos investigados, lo cual debe hacerse dentro de las formalidades previstas en el C.P.C.; y que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 228 del C.P.C., las actas de las diligencias testimoniales se rigen por lo dispuesto en el artículo 109 del mismo código. Pues bien, todo este procedimiento garantista se ha pretermitido en esta investigación”²⁰⁷.

Por su parte, el apoderado de INCAUCA, TUMACO y RISARALDA manifestó que:

“Se trata pues de una norma que gobierna el procedimiento para la práctica de pruebas testimoniales y/o de declaraciones de parte, toda vez que la suscripción del acta en la que se formalice como medio probatorio el dicho del declarante, está sujeta a que la autoridad que desarrolló la diligencia prepare el proyecto de acta, y a que las partes lo revisen y presenten las observaciones pertinentes en el evento de que a ellas hubiera lugar.

[...]

Sin embargo, en la presente actuación, baste con observar las fechas en las que se realizaron las audiencias, para comprobar que la Delegatura pretermitió el término de dos (2) días que establece el artículo 109 del CPC para la elaboración del proyecto de acta.

[...]

El señor superintendente podrá apreciar que es prácticamente imposible que en un término de 2 días pueda ubicarse a 59 testigos y lograr que efectivamente revisen y realicen observaciones a las actas en donde quedaron consignados sus testimonios, máxime cuando muchos de ellos se rindieron hace más de un año.

Este proceder denota con claridad el desconcertante desprecio de la Delegatura por los principios constitucionales más elementales”.

Al respecto el Despacho no considera que exista una violación del derecho constitucional al debido proceso, por el hecho de que la transcripción de algunos testimonios se haya efectuado después de transcurrido el término de dos días previsto en el artículo 109 del CPC, como tampoco por el número de transcripciones puestas a disposición de los investigados.

Se precisa que el término que prevé la norma en cita tiene como propósito que las partes efectúen observaciones relacionadas con la fidelidad de la transcripción de la grabación magnetofónica. En este caso, los investigados hicieron uso de dicho término para hacer las observaciones que provocaron, en algunos casos, la enmienda respectiva.

En estas condiciones, la inconformidad planteada carece de trascendencia material para soportar la alegada vulneración de su derecho de defensa, en la medida en que aun por fuera del mencionado término conservaron la posibilidad de referirse a la prueba testimonial objeto de transcripción y ningún vicio sustancial han advertido en relación con la misma.

No sobra recordar al apoderado, aun cuando se afirma la juridicidad del trámite que en este caso se siguió, que la circular expedida por la Superintendencia goza de presunción de legalidad, hasta tanto no sea declarada nula o suspendida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

9.2.6. Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de RIOPAILA, CASTILLA y su representante legal

El apoderado de las sociedades RIOPAILA y CASTILLA y su representante legal ha argumentado que el hecho de que RIOPAILA y CASTILLA no realizan operaciones de compra de caña desde el 1 de junio de 2006, toda vez que dicha actividad fue transferida a otras sociedades como consecuencia de operaciones de escisión, razón por la cual, en su opinión, la facultad sancionatoria ha caducado frente a ellos. En los descargos a la resolución de apertura, manifestó que:

“Tanto la empresa RIOPAILA como la empresa CASTILLA se escindieron mediante escrituras públicas del 1 de junio de 2006, inscritas en la Cámara de Comercio el mismo día. De la primera escisión resultaron las empresas INGENIO RIOPAILA S.A. y RIOPAILA INDUSTRIAL S.A. y, de la segunda, resultaron las empresas INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A. y CASTILLA INDUSTRIAL S.A., como consta en los certificados de existencia y representación del INGENIO RIOPAILA S.A. y del INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., que se adjuntan como anexo 1.

Ahora bien, la actividad de obtención de caña de azúcar para la producción de azúcar la realizan desde junio de 2006 las empresas RIOPAILA INDUSTRIAL S.A. y CASTILLA INDUSTRIAL S.A.”.

Frente al anterior argumento, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia indicó que, si bien es cierto se encuentran acreditadas las mencionadas operaciones de escisión de las sociedades investigadas, no obra en el expediente prueba alguna que demuestre que los contratos de proveeduría de caña fueron efectivamente cedidos a las sociedades beneficiarias resultantes de la operación. Dijo el Informe Motivado lo siguiente:

“Como resultado de lo anterior, del examen de la prueba documental relacionada con los procesos de escisión de la sociedades INGENIO RIOPAILA S.A. e INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., concretamente las respectivas escrituras públicas y sus anexos, esta Delegatura encuentra que no está acreditada jurídicamente la cesión de la posición contractual entre las sociedades escidentes y las beneficiarias de los contratos de proveeduría de caña, como quiera que la transferencia patrimonial en bloque de que trata el artículo 9 de la Ley 222 de 1995, involucra unos movimientos patrimoniales y contables derivados de dicha operación societaria, pero no a la cesión contractual de negocios jurídicos, lo cual exige el cumplimiento de los requisitos particulares dispuestos por el Código de Comercio para que opere la cesión contractual”²⁰⁸.

Frente a la anterior conclusión del Informe Motivado, el apoderado realizó las siguientes observaciones:

“En segundo lugar, resulta por decir lo menos curiosa la interpretación del Superintendente Delegado según la cual, una negación indefinida como es el hecho de manifestar que no se compra caña de azúcar cuando por expresa disposición del artículo 177 del C.P.C. este tipo de negaciones no requieren prueba.

[...]

En efecto, el hecho del cual se deriva la solicitud de RIOPAILA y CASTILLA es que dichas empresas no compran caña, razón por la que no pueden ser parte de un acuerdo para fijar precios de ese producto ni para repartirse tierras de proveedores del mismo. Quien debe demostrar que las investigadas si compran caña es la SIC.

En tercer lugar, la teoría del Delegado, según la cual la escisión no implica la cesión de los contratos y por lo tanto es necesario demostrar los requisitos previstos en el Código de Comercio, es contraria a lo señalado por las normas de escisión.

[...]

De hecho, la Ley 222 de 1995 prevé que en el trámite de una escisión se dé publicidad al proyecto de escisión para que los acreedores puedan exigir garantías satisfactorias y suficientes para el pago de sus créditos a menos que los activos de la sociedad en la que quede su crédito representen por lo menos el doble del pasivo externo.

[...]

²⁰⁸ Informe Motivado, p. 34.

*Pero más grave es la situación si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 889 del Código de Comercio, en el caso del suministro la simple aquiescencia tácita a su continuación por un tercero, se entenderá como cesión del contrato y como consta en las cartas que se adjuntan como Anexo Nos. 1 y 3 a este escrito, **RIOPAILA y CASTILLA** informaron a los agricultores sobre la cesión de la posición contractual y los mismos aceptaron seguir cumpliendo los contratos frente a tales empresas como consta en las facturas que se adjuntan como Anexo No. 5. En todo caso, si el señor Superintendente considera necesario, mis representadas pueden remitir la totalidad de facturas recibidas por **RIOPAILA INDUSTRIAL y CASTILLA INDUSTRIAL** de los proveedores a partir del mes de julio de 2006²⁰⁹.*

De otro lado, el apoderado de RIOPAILA y CASTILLA aportó con su escrito de observaciones al Informe Motivado numerosas comunicaciones y documentos que pretende hacer valer, en esta etapa, a efectos de demostrar que los contratos de proveeduría de caña fueron efectivamente cedidos por las investigadas.

Frente al particular, debe el Despacho indicar en primer lugar que los documentos aportados extemporáneamente por el apoderado no pueden ser tenidos como prueba dentro de la presente investigación, habida cuenta que la oportunidad para presentar y pedir pruebas precluyó una vez cerrada la instrucción. En este sentido, el traslado para presentar observaciones al Informe Motivado no puede convertirse en una nueva etapa probatoria, en clara contravía del procedimiento para la investigación de prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Este Despacho no comparte la lectura que hace el apoderado de las normas sobre escisión y de la doctrina citada de la Superintendencia de Sociedades, en el sentido que la escisión comporta de manera automática una cesión contractual, comoquiera que la transferencia patrimonial en bloque de que trata el artículo 9 de la Ley 222 de 1995 se refiere a los movimientos patrimoniales y contables que necesariamente resultan de la operación de escisión y no al acto de cesión de negocios jurídicos.

A la anterior conclusión se llega luego de una lectura en conjunto de las normas sobre cesión de contratos del Código de Comercio. Al respecto, establece el artículo 887 del Código de Comercio²¹⁰ que los contratos mercantiles de ejecución periódica – como los aquí se examinan –, que no sean *intuitu personae* o que no tengan pacto expreso en contrario, pueden ser cedidos sin necesidad de contar con la autorización expresa del contratante cedido, salvo estipulación contractual o ley en contrario. Por su parte, dispone el artículo 888 del Código de Comercio que para los contratos celebrados por escrito, la cesión deberá hacerse por escrito.

En sentencia del 15 de mayo de 2001, la Corte Suprema de Justicia interpretó las normas anteriores, señalando al respecto que es requisito necesario para que la

²⁰⁹ C103-60.

²¹⁰ "Artículo 887. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados intuitu persona, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido". (Subrayado y destacado fuera del texto).

cesión surja a la vida jurídica que se dé estricto cumplimiento a la formalidad prevista en el artículo 888 del Código de Comercio, ello es, que la cesión se haga por escrito cuando el contrato así se haya celebrado. Dijo al respecto lo siguiente:

"De otra parte se observa que además del contrato de compraventa en mención, reposa en los autos copia escrita del contrato de depósito, respecto del cual alega el recurrente se efectuó en su favor la cesión de la calidad de depositante, sin que en él aparezca anotación alguna significativa de tal acto.

[...]

Siendo ello así, como en efecto lo es, mientras que el depositante primitivo no se haya desvinculado del nexo contractual que origina el derecho personal que antes se identificaba, será él o la persona por él diputada para el cobro, quien podrá exigir el cumplimiento de dicha obligación, bien en ejercicio de una simple pretensión privada o mediando la respectiva reclamación judicial. [...]

Ahora bien, como antes se anotó, esa legitimación permanece en cabeza del original depositante, en tanto éste no haya cedido su posición contractual, conforme lo permite el artículo 887 del Código de Comercio, pues de acuerdo con esta norma cada una de las partes de un contrato mercantil puede hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en algunas de las relaciones derivadas del contrato, siempre y cuando se trate de contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva, o de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, como lo sería el de depósito subexamen.

Claro está, que para que esta sustitución pueda nacer a la vida jurídica tiene que realizarse conforme a las pautas indicadas por el artículo 888 del Código de Comercio, es decir, por escrito o verbalmente, 'según que el contrato conste o no por escrito'.

De manera, que como en este caso el contrato de depósito simple se efectuó por escrito [...], la cesión también debió haberse efectuado por escrito, como acertadamente lo señaló el Tribunal, y lo cierto es que en este asunto no existe prueba de la misma, ya que ni en el Acta de Venta Directa N° 01 del 18 de enero de 1991, ni en el contrato de depósito, ni en ningún otro escrito se hizo alusión alguna al respecto. Por lo tanto, no se equivocó el Tribunal en la decisión que tomó, ni mucho menos en la apreciación que hizo de la primera, pues como dicho documento hace referencia exclusivamente a un contrato de compraventa, difícilmente, por no decir imposible, se le puede dar a las expresiones "ENTREGUÉ" y "RECIBÍ", plasmadas en el mismo, el alcance o interpretación que propone el recurrente, ya que como es sabido la obligación de entregar es propia de dicha clase de contrato, lo que de suyo descarta el que se pueda entender que mediante dichas expresiones se estuviese efectuando la cesión de un convenio diferente al que trata el escrito en mención²¹¹.

(Subrayado y destacado fuera del texto).

Las pruebas que obran en el expediente en relación con los contratos de proveeduría de caña suscritos por RIOPAILA y por CASTILLA²¹², dan que fe de lo siguiente:

²¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia de 15 de mayo de 2001. Expediente No. 5737.

²¹² C72-88.

- CASTILLA tenía por lo menos 77 contratos de compraventa de caña en mata suscritos antes del 1 de junio de 2006 y con vigencia más allá de marzo de 2007.
- RIOPAILA tenía por lo menos 110 contratos de compraventa de caña en mata suscritos antes del 1 de junio de 2006 y con vigencia más allá de marzo de 2007.
- CASTILLA tenía por lo menos 18 contratos de cuentas en participación suscritos antes del 1 de junio de 2006 y con vigencia más allá de marzo de 2007.
- RIOPAILA tenía por lo menos 45 contratos de cuentas en participación suscritos antes del 1 de junio de 2006 y con vigencia más allá de marzo de 2007.

En relación con los anteriores contratos, no obra en el expediente prueba que le permita a esta Superintendencia concluir que efectivamente operó la cesión contractual de las investigadas –RIOPAILA y CASTILLA- a las sociedades beneficiarias, toda vez que las respectivas escrituras públicas que protocolizaron los proyectos de escisión no prueban la existencia de las cesiones contractuales de los contratos de proveeduría de caña suscritos por ellas, interpretación esta que consulta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre cesión de contratos mercantiles.

Por otra parte, considera el Despacho que la aplicación del artículo 889 del Código de Comercio, conforme al cual en los contratos de suministro, el simple asentimiento tácito del contratante cedido es suficiente para perfeccionar la cesión del contrato, no constituiría en este caso motivo suficiente para entender que la caducidad de la facultad sancionatoria ha operado respecto de RIOPAILA y CASTILLA y su representante legal. Lo anterior, debido a que para llegar a dicha conclusión sería necesario acreditar que todos los contratos suscritos por los mencionados ingenios para la adquisición de caña son de suministro, consecuencia que no es posible extraer de las pruebas del expediente.

Pero si en gracia de discusión se admite que los contratos de compraventa de caña en mata fueran en realidad contratos de suministro, en los términos del Código de Comercio, en todo caso los contratos de cuentas en participación de estos ingenios escapan de la aplicación de la regla del artículo 889 del Código de Comercio, pues al tener la característica de ser *intuitu personae*, no es posible en los términos de los artículos 887 y 888 entender que la cesión se perfeccionó sin la autorización expresa del contratante cedido.

Finalmente, no comparte el Despacho la interpretación planteada por el apoderado en el escrito de observaciones al Informe Motivado, en el sentido de que la Delegatura está exigiendo la prueba de una negación indefinida, consistente en demostrar que RIOPAILA y CASTILLA no adquieren caña. Por el contrario, la Delegatura realmente requirió la prueba de la cesión contractual, circunstancia fáctica que no configura negación indefinida en tanto que no "se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce"²¹³.

²¹³ Corte Constitucional, sentencia C-070 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Debe precisarse que "la imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido –bien sea positivo o negativo– radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar"²¹⁴, y teniendo en cuenta que existen por lo menos 250 contratos de compraventa de caña en mata y cuentas en participación suscritos por RIOPAILA y CASTILLA antes del 1 de junio de 2006 y con una vigencia que va más allá de marzo de 2007, respecto de los cuales se sí hubiera sido posible la prueba del cumplimiento de los requisitos de los artículos 887 y 888 del Código de Comercio, es evidente que los investigados tenían la carga probatoria de acreditar que la cesión se efectuó en legal forma pues este hecho, se reitera, era susceptible de ser demostrado, a diferencia de las circunstancias previstas en el inciso 2 del artículo 177 del CPC.

Como consecuencia de lo anterior, el Despacho no acogerá la petición de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria frente a las sociedades RIOPAILA y CASTILLA y su representante legal.

²¹⁴ *Ibidem*.

RESPONSABILIDAD DE LOS REPRESENTANTES LEGALES

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para imponer multas de hasta 300 salarios mínimos legales mensuales a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre libre competencia y prácticas comerciales restrictivas.

La responsabilidad personal a la que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, emana de un hecho –acción u omisión– de una de las referidas personas naturales. Esta precisión reviste especial importancia si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto o que lo autoricen.

De otro lado, de conformidad el artículo 117 del Código de Comercio, para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones aprobadas a dichas facultades.

En este orden de ideas, corresponde ahora establecer si los representantes legales de las sociedades investigadas ejecutaron, toleraron o autorizaron la conducta anticompetitiva de acuerdo para la fijación del precio de compra de la caña de azúcar descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

10.1. Representantes legales de empresas no sancionadas

Como se indicó en el acápite correspondiente, el Despacho concluyó que no se encuentra acreditado en el expediente que SAN CARLOS, TUMACO y MARIA LUISA hayan incurrido en la conducta de acuerdo para la fijación de precios aquí investigada. De igual forma, el Despacho concluyó que no está probado en el expediente que los mencionados ingenios hayan incurrido en un acuerdo de repartición de fuentes de abastecimiento de insumos productivos, en los términos del numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Tampoco se encontró acreditada la participación de los señores Carlos Alberto Martínez, quien fuere investigado en su condición de representante legal de SAN CARLOS, Santiago Salcedo, vinculado a la presente investigación en su condición de representante legal de TUMACO y Carlos Arcesio Paz, vinculado al presente trámite como representante legal de MARÍA LUISA. En virtud de lo anterior, no se encuentra demostrada su responsabilidad personal derivada de autorizar, tolerar o ejecutar los acuerdos restrictivos de la competencia que fueron objeto de la presente investigación.

10.2. Representantes legales de empresas sancionadas

En la presente investigación quedó plenamente establecido que los ingenios INCAUCA, PROVIDENCIA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, RISARALDA, RIOPAILA, CASTILLA, PICHICHI, LA CABAÑA y CARMELITA infringieron lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta Superintendencia considera que existe en el expediente suficientes elementos que le permiten concluir que los representantes legales de INCAUCA, PROVIDENCIA, MANUELITA, MAYAGÜEZ y RISARALDA aquí investigados, autorizaron, ejecutaron o toleraron el acuerdo para la fijación del precio de la caña de azúcar objeto de sanción en la presente resolución.

Por el contrario, respecto de los señores Silvio Freddy Quintero, Juan Cristóbal Romero, Clemente Carlos Mira y Bernardo Quintero representantes legales de PICHICHI, LA CABAÑA, CARMELITA, RIOPAILA y CASTILLA respectivamente, no se encontró prueba suficiente en el expediente de que hubieran autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva censurada en la presente resolución.

De otra parte, toda vez que en la resolución de apertura fueron vinculados como personas naturales los representantes legales de los ingenios investigados, el análisis de la responsabilidad respecto de las conductas imputadas se realizará respecto de quienes ostentan la representación de las empresas investigadas, no obstante haber encontrado evidencia que acreditara la participación de otras personas que autorizaron, ejecutaron o toleraron los acuerdos calificados como restrictivos de la competencia. Sin embargo, en la medida en que no fueron vinculados al proceso, no son susceptibles de sanción.

Conforme lo anterior, a continuación se procede a examinar la responsabilidad de las personas naturales investigadas cuya participación en el acuerdo para fijación de precios ha quedado acreditada.

10.2.1. Adolfo León Vélez

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente se estableció que el señor Adolfo León Vélez durante el periodo investigado ejerció el cargo de Gerente de MANUELITA.

Existe en el expediente material probatorio suficiente que demuestra la participación del señor Vélez en el acuerdo para la fijación del precio de la caña. En primer lugar, frente a las pautas para la contratación de los proveedores en MANUELITA, el señor Vélez manifestó en su declaración de parte que la mayoría de sus contratos tienen precios iguales a 58 kg/t y 25 kg/t para *compraventa y cuentas en participación*, respectivamente:

"Pregunta 6: ¿Existe alguna directriz de la junta directiva con respecto al precio que se debe ofrecer en las distintas modalidades contractuales?"

Respuesta 6: Nosotros básicamente tenemos dos precios de los contratos, que son 58 kilos de azúcar para la compraventa de caña en la mata y 25 kilos para, el pago de la participación de los contratos de cuentas en participación [...], los 58 kilos, yo diría que el 90 y pico por ciento de las compras de caña en la mata son 58 kilos y de las cuentas de participación el 95 por ciento son 25 kilos, eso es lo que se paga, esa es la directriz para la contratación, de la charla o del acuerdo con el proveedor, que previamente pues ese ha sido, ha tenido el visto bueno de la junta directiva, esto son unas cifras que tal como yo recuerdo que en el expediente debe figurar unas copias de actas por allá del año 70 y pico [...], o sea que para MANUELITA salvo contadas excepciones, los 58 kilos o los 25 kilos, en las dos modalidades que tiene, porque no tenemos arrendamiento de tierras ni tenemos ninguna otra. De pronto tenemos algún otro contrato, que es compraventa de caña en la mata pero con administración por cuenta nuestra, por cuenta nuestra no, que nosotros administramos y le cobramos el valor de la administración al proveedor, pero la modalidad es compraventa de caña en la mata, o sea, que esos son precios que se han venido pagando históricamente en MANUELITA"²¹⁵. (Subrayado fuera del texto).

En segundo lugar, obra en el expediente una declaración del señor Enrique Molina, Jefe de Proveedores de Caña de MANUELITA, quien menciona que acudió por instrucción del señor Vélez a una reunión entre competidores celebrada a mediados de 2005, en la que se discutió acerca de las fórmulas para remunerar la caña para alcohol.

"Pregunta 8: Sírvase informar al despacho a que reuniones asistió usted y personal de costos del Ingenio Manuelita S.A., citado por el doctor Álvaro Enrique Molinares del Ingenio Incauca S.A

²¹⁵ C86-145.

"Respondió: Me reuní una tarde en Providencia S.A., por instrucción del doctor Vélez y en compañía del Ingeniero Económico de esta Empresa Mauricio Arias."

[...]

Pregunta 14: ¿Qué conclusiones se sacaron de la reunión entre los diferentes funcionarios de los ingenios que asistieron a la reunión descrita anteriormente y a quién de esta empresa le trajo estas conclusiones?

Respondió: "La conclusión era que había que aclararle a los proveedores de caña los valores o precios utilizados para la liquidación de pago para caña para alcohol por la presentación en Power Point de Procaña y eso se lo contamos a Vélez. Para lo anterior se programaron reuniones con los proveedores invitándolos para explicarles que los números entregados por Procaña no estaban sobre la realidad, una cosa decía Procaña y otra cosa decían los ingenios que estábamos allí"²¹⁶. (Subrayado fuera del texto).

De las afirmaciones realizadas por Enrique Molina se desprende que Adolfo León Vélez no solo tuvo conocimiento de la existencia de una reunión entre competidores para tratar temas relacionados con la remuneración de la caña para alcohol, sino que le dio la instrucción al Jefe de Proveedores de Caña del ingenio que representa de asistir a la misma. Igualmente, queda claro de la declaración del testigo referido que el señor Vélez fue informado de los aspectos tratados en la reunión, entre ellos, se reitera, los relacionados con el pago de la caña para alcohol. De conformidad con lo anterior, está acreditado que el señor Adolfo León Vélez autorizó el acuerdo en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

De otra parte, en su declaración rendida el 30 de julio de 2008, el señor Adolfo León Vélez reconoció que fue él quien personalmente presentó en el año 2004 a sus proveedores las fórmulas de pago de la caña destinada a alcohol.

"Pregunta 20: ¿Podría indicarnos específicamente, cuál era la opción que se le dio a los proveedores para este pago?

Respuesta 20: Sí, en la pregunta anterior debí haber redondeado también, qué pasaba, salieron los 19 litros, sin embargo MANUELITA que fue el primer ingenio también es su momento que entro a participar, que el proveedor participara en el valor o en el ingreso agregado de vender azúcar refinado o blanca en el mercado internacional, mediante el sistema de descontar los costos y los gastos con un ingreso de un azúcar de mayor valor que el que tiene el azúcar crudo, pues dijo, hombre, a los mismos proveedores, señores lo que venimos haciendo desde hace 30 años, sigámoslo haciendo aquí con el azúcar que trasformamos en alcohol, y en ese documento del año 2004, aparece que ya nosotros le estábamos diciendo a los proveedores aquí hay dos opciones, señores, hay una primera de los 19 litros y hay otra de ingresos, ingresos y costos, ingresos menos costos y gastos, en el año 2004, de pronto todavía no hemos contratado nosotros la fábrica, sino que estábamos era explicándole a la gente como podía ser el negocio de eso, del alcohol.

Pregunta 21: ¿Usted podría indicarnos cómo se implementaron esas propuestas, es decir, cuántos proveedores escogieron una u otra fórmula?

Respuesta 21: Ya, en el caso de MANUELITA ningún proveedor tomó los 19 litros, porque creyó en nosotros, nosotros les recomendamos, lo que pasa es que en el

²¹⁶ C7-11 a 14.

*documento está claro, yo hice presentaciones allá, a mis proveedores, yo directamente como gerente (...)*²¹⁷. (Subrayado y destacado fuera del texto)

Adicionalmente, existe en el expediente numerosos correos electrónicos en los que se demuestra su participación en el intercambio de información que ha sido objeto de crítica en la presente resolución. Ejemplo de lo anterior, es un correo electrónico enviado por el señor Álvaro Molineros, Jefe de proveedores de INCAUCA y en el cual reenvía un correo remitido a él por Naidú Ramírez, Asistente de Proveeduría de INCAUCA, el 18 de enero de 2006, dirigido a los señores Mauricio Iragorri Rizo, Gerente de MAYAGÜEZ y al señor Adolfo León Vélez, Gerente de MANUELITA, con asunto "RV: ARCHIVOS AJUSTE 2005"²¹⁸, y archivo adjunto "INGRESO NETO DE ALCOHOL MENOS COSTO.xls", el 31 de octubre de 2005.

En las observaciones al Informe Motivado, el apoderado del señor Vélez argumentó que no constituye prueba suficiente de la responsabilidad de su representado el que él participara en la negociación de los contratos con los cultivadores y por el hecho de haber realizado la presentación a sus proveedores de las fórmulas de pago de la caña destinada a la producción de alcohol:

"Pues bien, en adición a la defensa que se ha presentado respecto de las conductas imputadas a la persona jurídica que el doctor Vélez representa, es necesario advertir que por el hecho de que el Gerente mismo participe en las negociaciones de los contratos de suministro de caña con los proveedores, no se puede inferir que haya realizado o tolerado acuerdos anticompetitivos con los competidores de MANUELITA. Lo que eso prueba es que el doctor Vélez realizaba su trabajo.

*Otro tanto se puede decir de la actividad relacionada con presentarle a los cultivadores las alternativas relativas al negocio del alcohol [...]"*²¹⁹.

En este orden de ideas, a partir de su propia declaración y del testimonio de Enrique Molina, se tiene por acreditado que el señor Vélez ejecutó el acuerdo de fijación de precios, encargándose directamente del ofrecimiento a los proveedores de las condiciones de pago de caña destinada a alcohol, en los términos del acuerdo anticompetitivo que se encuentra acreditado, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, debe aclararse que la sanción que por medio de la presente resolución se le impone el señor Vélez no es porque realice su trabajo, tal como lo sostuvo su apoderado. Lo reprochable a la luz del derecho de la competencia es que las fórmulas de liquidación de la caña destinada a alcohol incluidas en los contratos por él suscritos, son el producto de un acuerdo para la fijación de precios, en la modalidad de práctica concertada, sobre la cual quedó demostrada la participación del señor Vélez.

Finalmente, es un hecho acreditado que por lo menos para febrero de 2007 existen contratos vigentes suscritos por MANUELITA que incluyen las cláusulas de liquidación de alcohol mencionadas en la presente resolución como fruto de la

²¹⁷ C86-145.

²¹⁸ C55-98.

²¹⁹ C104-253.

concertación entre los ingenios alcoholeros, lo que constituye una clara prueba de que el señor Adolfo León Vélez seguía tolerando la conducta anticompetitiva aquí sancionada, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

10.2.2. Mauricio Iragorri

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que reposa en el expediente se estableció que el señor Mauricio Iragorri desempeñó el cargo de Gerente de MAYAGÜEZ durante el periodo investigado.

El Despacho encontró pruebas suficientes que demuestran la participación del señor Iragorri en la ejecución del acuerdo para la fijación del precio de la caña. En primer lugar, el hecho admitido por él de ser el encargado directo de fijar las pautas para la contratación de la caña es indicativo. En efecto:

"Pregunta: Preguntado, ¿pero usted tiene finalmente conocimiento de estas negociaciones del funcionario que acabó de mencionar?"

Respuesta: El conocimiento lo tengo finalmente cuando se firma el contrato que soy yo quien lo firma. Durante la ejecución lo que él tiene es una pauta y él lo que lleva adelante es la ejecución.

Pregunta: Esas pautas las da usted directamente como gerente?

Respuesta: Sí las doy yo directamente como gerente [...]²²⁰. (Subrayado y destacado fuera del texto).

Esta declaración es consistente con la afirmación realizada por el mismo declarante en el sentido de que él hizo a los proveedores de MAYAGÜEZ una presentación de la remuneración por alcohol carburante en los siguientes términos:

"Pregunta: ¿Usted nos puede indicar cómo está estipulado eso en los contratos de proveeduría de caña en INGENIO MAYAGÜEZ, cómo se contempla eso que usted nos acaba de describir?"

Respuesta: En el mes de abril de 2004 iniciamos con el tema del alcohol carburante, con una reunión, tal vez dos reuniones con los proveedores de caña de INGENIO MAYAGÜEZ y en ese momento hablamos con los proveedores de tres maneras diferentes de pagar el alcohol carburante. La primera, como pagamos todo el azúcar de exportación durante los últimos, no sé, 50 años en MAYAGÜEZ y es ingresos menos gastos, o sea la fórmula variable. Una fórmula fija en caso de algún agricultor que quisiera o proveedor de caña que no quisiera estar en la fórmula variable sino que quisiera una cifra fija, a la cual se les ofreció 19 litros de etanol por quintal de azúcar. Y finalmente, en el caso de MAYAGÜEZ, les ofrecimos que el que no quisiera participar en el negocio del etanol podría no participar y entonces nosotros lo que haríamos les exportaríamos el azúcar²²¹.

La anterior declaración da cuenta que los ofrecimientos realizados por MAYAGÜEZ a sus proveedores relacionados con la remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol fueron realizados directamente por el señor Iragorri y consistieron en las fórmulas sobre las que se concluyó fueron el producto de un acuerdo de precios en la modalidad de práctica concertada. En este sentido, queda

²²⁰ C96 - 124.

²²¹ C96-124 min 12:20

demostrada la ejecución del acuerdo para la fijación del precio de la caña por parte del señor Irigorri en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Adicional a lo anterior, se encuentra evidencia de la participación directa del señor Irigorri en el intercambio de información que ha sido objeto de reproche en la presente resolución. De ello dan cuenta los múltiples correos electrónicos citados en este acto administrativo, entre los se encuentra el correo electrónico de 31 de octubre de 2005, enviado por el señor Irigorri al representante de MANUELITA y que contenía un archivo anexo con su estructura de costos del negocio del alcohol. Igualmente, el señor Irigorri aparece como destinatario del correo remitido por Álvaro Molinares, Jefe de proveedores de INCAUCA, el cual tiene como asunto "RV: ARCHIVOS AJUSTE 2005"²²², y archivo adjunto "INGRESO NETO DE ALCOHOL MENOS COSTO.xls".

En las observaciones al Informe Motivado, el apoderado del señor Irigorri argumentó que no constituye prueba suficiente de la responsabilidad de su representado el que él participara en la negociación de los contratos con los cultivadores y por el hecho de haber realizado la presentación a sus proveedores de las fórmulas de pago de la caña destinada a la producción de alcohol:

"Pues bien, en adición a la defensa que se ha presentado respecto de las conductas imputadas a la persona jurídica que el doctor IRAGORRI representa, es necesario advertir que por el hecho de que el Gerente mismo participe en las negociaciones de los contratos de suministro de caña con los proveedores, no se puede inferir que haya realizado o tolerado acuerdos anticompetitivos con los competidores de MAYAGÜEZ. Lo que eso prueba es que el doctor IRAGORRI realizaba su trabajo.

Otro tanto se puede decir de la actividad relacionada con presentarle a los cultivadores las alternativas relativas al negocio del alcohol [...]"²²³.

En este sentido, debe aclararse que la sanción que por medio de la presente resolución se le impone al señor Irigorri no es porque realice su trabajo, tal como lo sostuvo su apoderado. Lo reprochable a la luz del derecho de la competencia es que las fórmulas de liquidación de la caña incluidas en los contratos por él suscritos, son el producto de un acuerdo para la fijación de precios, en la modalidad de práctica concertada, sobre el cual quedó demostrada la participación del señor Irigorri.

Finalmente, es un hecho acreditado que por lo menos para febrero de 2007 existen contratos vigentes suscritos por MAYAGÜEZ que incluyen las cláusulas de liquidación de alcohol mencionadas en la presente resolución como fruto de la concertación entre los ingenios alcohólicos, lo que constituye una clara prueba de que el señor Irigorri toleró la conducta anticompetitiva aquí sancionada, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

²²² C55-98

²²³ C105-129.

10.2.3. Juan José Lülle

Revisado el certificado de existencia y representación legal que reposa en el expediente se pudo establecer que el señor Juan José Lülle desde el año 1980 desempeña el cargo de Presidente y representante legal de INCAUCA.

Frente a la participación del señor Juan José Lülle en el acuerdo para la fijación del precio de la caña, el Despacho encontró prueba suficiente que da cuenta de su participación en el acuerdo anticompetitivo aquí imputado.

En efecto, la declaración del señor Álvaro Molinares, Jefe de Proveedores de INCAUCA, es clara en indicar que el señor Lülle autorizó la concertación para el pago de caña para la elaboración de alcohol carburante, por cuanto conoció de la reunión que se realizó en PROVIDENCIA en la cual los alcoholeros realizaron una presentación a los proveedores.

"Pregunta 4: De conformidad con la pregunta anterior en relación con "... unificar criterios" a qué va dirigida esa unificación?"

"Respondió: Va dirigida a la forma de liquidar el pago del alcohol carburante que sustituye el azúcar equivalente utilizada para su elaboración. Cuando se inició el proyecto se estudiaron y evaluaron tres alternativas de pago para el alcohol: la primera consiste en pagar 19 litros por quintal de azúcar que se dedique a la producción de alcohol carburante; la segunda, en pagar el 65% del total de litros obtenidos por cada quintal de azúcar destinado a la producción de alcohol carburante, y la tercera opción, consiste en pagar por cada quintal de azúcar que se sustituya para la producción de alcohol el equivalente en ingresos por los litros obtenidos de alcohol menos los costos de transformación (maquila), en que se incurre por obtener esos litros. Una vez las plantas de Incauca y Providencia comenzaron a destilar alcohol, y cuando ya teníamos alrededor de 6 meses de experiencia en el tema, encontramos que la opción número 3 ofrecía un mayor ingreso al proveedor que las dos anteriores, razón por la cual, con el apoyo de la Gerencia (doctor Gonzalo Ortiz) y de la Presidencia (doctor Juan José Lülle) elaboramos una presentación para los proveedores en la cual se comparaba el pago con azúcar con el pago de una planta que produce azúcar y alcohol utilizando la opción número 3. Como para ese entonces los otros ingenios alcoholeros no tenían la experiencia que ya teníamos nosotros, nos pareció oportuno compartir con ellos nuestras experiencias y conclusiones respecto a este tema"²²⁴. (Subrayado y destacado fuera del texto).

La declaración del señor Molinares prueba que el señor Lülle toleró el intercambio de información sensible con los competidores de INCAUCA consistente en los conocimientos técnicos (*know how*) derivados del funcionamiento de la destilería, información que como quedó demostrado en la presente resolución, es reprochable desde el punto de de vista del derecho de la competencia.

²²⁴ C4-12 a 15.

Obra también en el expediente un correo electrónico enviado por el señor José Antonio Tamayo, asesor jurídico de INCAUCA y PROVIDENCIA a los señores Juan José Lülle y Gonzalo Ortiz en el que les comunica sobre una reunión con funcionarios de MANUELITA y MAYAGÜEZ, que tenía como finalidad intercambiar ideas sobre el pago de las cañas destinadas para la producción de alcohol²²⁵.

"De: Jose Antonio Tamayo

Enviado el: Martes, 11 de Octubre de 2005 03:53 p.m.

Para: Gonzalo Ortiz Aristizabal; Juan José Lülle Suarez

CC: Vicente Borrero Calero; Alvaro Enrique Molinares

Asunto: Jurídicos Manuelita y Mayagüez, tema alcoholes y proveedores caña

"Estimados doctores:

Me permito informarles que Manuelita y Mayagüez me invitaron a una reunión de abogados, el viernes en las oficinas de este última, para intercambiar ideas sobre pagos a los proveedores, con el tema de los alcoholes, y posibles escenarios de conflictos (simulacros de guerra). Mi posición será la de manifestarles que la mayoría de nuestros contratos (casi todos) tienen resuelto el problema, y con los demás hemos venido conversando pacíficamente, para aplicarles lo que tienen los demás. Si tienen alguna instrucción especial, favor hacérmela saber.

Cordial saludo,

José Antonio²²⁵. (Subrayado fuera del texto).

Un correo electrónico posterior de 20 de octubre de 2005, el señor Tamayo informa a los representantes legales de INCAUCA y PROVIDENCIA sobre la realización de la reunión y de los asuntos allí discutidos:

"De: Jose Antonio Tamayo

Enviado el: Jueves, 20 de Octubre de 2005 03:39 p.m.

Para: Gonzalo Ortiz Aristizabal; Juan José Lülle Suarez

CC: Vicente Borrero Calero; Alvaro Enrique Molinares

Asunto: Re: Jurídicos Manuelita y Mayagüez, tema alcoholes y proveedores caña

Estimados doctores:

Hace unos días se hizo la reunión de la referencia, con Asocaña, Manuelita, Mayaüez, Risaralda y nosotros; los únicos contratos con la cláusula de otros usos es la nuestra. A ellos les esperan vientos de guerra con los proveedores, y por ello están preparándose para los Tribunales de Arbitramento.

Además de la cláusula de otros usos, tenemos la de costos y gastos, en la cual hacemos una enumeración a vía de ejemplo, y empleamos terminología que no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de ampliar lo enumerado.

No pudieron disimular la envidia para con nosotros.

Cordial saludo,

José Antonio²²⁷. (Subrayado y destacado fuera de texto).

²²⁵ C97-228

²²⁶ C97-228

²²⁷ C97-228.

El señor Lülle dio respuesta al anterior correo así:

*"De: Juan José Lülle Suarez
Enviado el: Lunes, 31 de Octubre de 2005 06:14 p.m.
Para: Jose Antonio Tamayo
Asunto: RE: Jurídicos Manuelita y Mayagüez, tema alcoholes y proveedores caña*

Doctor:

Lo felicito, más por la envidia de los demás, que por la cláusula. Un abrazo,

*Juan José Lülle*²²⁸. (Subrayado y destacado fuera de texto).

Esta cadena de correos da cuenta de que el señor Lülle toleró que su asesor jurídico se reuniera con competidores para tratar la forma de remunerar a los proveedores por la caña destinada a alcohol.

Igualmente, dentro de los correos que reposan en el expediente, se encontró que el señor Lülle compartió con el señor Adolfo León Vélez, gerente de MANUELITA, información consistente en las presentaciones realizadas a los proveedores con la entrada en funcionamiento de las plantas de alcohol.

*"De: Juan José Lülle Suarez
Enviado el: Viernes, 17 de Marzo de 2006 10:59 a.m.
Para: Adolfo Velez (al.velez@manuelita.com)
Asunto: FW: PRESENTACION ALCOHOL PROVEEDORES
Adjunto: Azúcar vs dual 2006 (archivo en power point)*

*From: Vicente Borrero Calero
Sent: Miércoles, 15 de Marzo de 2006 06:11 p.m.
To: Juan José Lülle Suarez; Gonzalo Ortiz Aristizabal; Jose Antonio Tamayo; Alvaro Enrique Molinares
Subject: RV: PRESENTACION ALCOHOL PROVEEDORES*²²⁹

Finalmente, es un hecho acreditado que por lo menos para febrero de 2007 existen contratos vigentes suscritos por INCAUCA que incluyen las cláusulas de liquidación de alcohol mencionadas en la presente resolución como fruto de la concertación entre los ingenios alcoholeros, lo que constituye una clara prueba de que el señor Juan José Lülle toleró la conducta anticompetitiva aquí sancionada, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

10.2.4. Gonzalo Ortiz

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente se estableció que el señor Gonzalo Ortiz desempeña el cargo de Gerente General de PROVIDENCIA durante el periodo investigado.

²²⁸ C97-228.

²²⁹ C97-228.

Frente a la participación del señor Gonzalo Ortiz en el acuerdo para la fijación del precio de la caña, el Despacho encontró prueba suficiente que da cuenta de su participación en el acuerdo anticompetitivo aquí imputado.

En este sentido de la declaración del señor Gonzalo Ortiz se deriva que él directamente como gerente es quien se encarga de fijar las pautas de proveeduría, con las cuales se negocian con los proveedores:

"Pregunta: *Usted ha hablado de unas pautas para llevar a cabo ese proceso de negociación, ¿quién define la pautas de negociación?*

Respuesta: La Gerencia General le fija unas pautas a la persona directamente responsable de reunirse con los proveedores y llegar a un acuerdo con cada uno de los proveedores, son unas pautas generales, no son una camisa de fuerza, como le decía por ejemplo si se trata de una caña en mata la pauta de es que el contrato dependiendo de la distancia, dependiendo de la inversión que haya que hacer, dependiendo de la calidad de los suelos el pago oscile en un rango entre 54 – 58 kilos, si es un contrato por rendimiento también se fijan unas pautas, si es un contrato en cuentas en participación de fija pauta en cuanto al rango del kilaje y en cuanto al plazo, e igualmente con la otra modalidad de arriendo.

Pregunta: *Usted indicó que las pautas generales, usted hizo referencia que las definía la gerencia general, ¿Quién es la gerencia general en el ingenio?*

Respuesta: El Gerente General Gonzalo Ortiz²³⁰. (Subrayado fuera del texto).

En desarrollo de lo anterior, obra como archivo adjunto de un correo electrónico la carta modelo enviada por PROVIDENCIA a sus proveedores en la que ofrecen las tres fórmulas que, según ha quedado demostrado, fueron el fruto de la concertación de los ingenios alcoholeros²³¹, situación que permite concluir que el señor Ortiz ejecutó el acuerdo aquí sancionado.

Además, el señor Álvaro Molinares, Jefe de Proveedores de INCAUCA, confirmó en su declaración la participación directa del señor Ortiz en la una reunión entre competidores llevada a cabo en marzo de 2006 en la que se discutió la manera de "determinar la forma como se liquidaría el precio pagado a los proveedores":

"Pregunta 2: *De conformidad con la respuesta del acta de visita relacionada con copia de comunicaciones escritas donde se informa la manera que se liquidará el alcohol a los proveedores de caña y en la cual usted le informa al despacho que para determinar la forma como se liquidaría el precio pagado a los proveedores se había reunido con sus homólogos de Ingenio Providencia, Ingenio Manuelita, Ingenio Mayaquéz, sírvase informar al despacho el nombre de esas personas homólogas.*

Respuesta: Sí, por Ingenio Providencia e Ingenio del Cauca, estuvieron presentes Edgar Raul Guifo, auxiliar de proveedores de caña de Ingenio Providencia, Naidú Ximena Ramírez, Auxiliar de Proveedores de Ingenio Incauca, José Humberto Rojas, Jefe de Costos y Presupuestos de Incauca y Providencia, Vicente Borrero, Jefe de Proveedores de Ingenio Providencia, Gonzalo Ortiz, Gerente General de Ingenio Providencia y Vicepresidente Ejecutivo de Ingenio del Cauca. Por Ingenio Manuelita,

²³⁰ C96-121, min 19:04 y 19:50.

²³¹ C97-227 y 228. Se refiere a un documento denominado "Carta Alcohol Carburante.doc" adjunto a un correo electrónico enviado por Edna Milena Espinosa R, Auxiliar Proveeduría de Caña de INCAUCA, a Álvaro Molinares, Jefe de Proveedores de Incauca, el 28 de enero de 2005.

el jefe de proveedores el doctor Molina y otro funcionario de la parte de Costos, cuyo nombre no recuerdo. Por Ingenio Mayaquéz, estuvo presente el Gerente Financiero, con otro funcionario, cuyo nombre no recuerdo".

[...]

Pregunta 4: De conformidad con la pregunta anterior en relación con "... unificar criterios" a qué va dirigida esa unificación?"

Respuesta: Va dirigida a la forma de liquidar el pago del alcohol carburante que sustituye el azúcar equivalente utilizada para su elaboración. Cuando se inició el proyecto se estudiaron y evaluaron tres alternativas de pago para el alcohol: la primera consiste en pagar 19 litros por quintal de azúcar que se dedique a la producción de alcohol carburante; la segunda, en pagar el 65% del total de litros obtenidos por cada quintal de azúcar destinado a la producción de alcohol carburante, y la tercera opción, consiste en pagar por cada quintal de azúcar que se sustituya para la producción de alcohol el equivalente en ingresos por los litros obtenidos de alcohol menos los costos de transformación (maquila), en que se incurre por obtener esos litros. Una vez las plantas de Incauca y Providencia comenzaron a destilar alcohol, y cuando ya teníamos alrededor de 6 meses de experiencia en el tema, encontramos que la opción número 3 ofrecía un mayor ingreso al proveedor que las dos anteriores, razón por la cual, con el apoyo de la Gerencia (doctor Gonzalo Ortiz) y de la Presidencia (doctor Juan José Lülle) elaboramos una presentación para los proveedores en la cual se comparaba el pago con azúcar con el pago de una planta que produce azúcar y alcohol utilizando la opción número 3. Como para ese entonces los otros ingenios alcoholeros no tenían la experiencia que ya teníamos nosotros, nos pareció oportuno compartir con ellos nuestras experiencias y conclusiones respecto a este tema²³². (Subrayado y destacado fuera del texto).

El apoderado argumentó que participar en la negociación de los contratos con los cultivadores no es suficiente para imputarle la alegada responsabilidad a su representado.

"El informe motivado endilga una responsabilidad a mi poderdante, sin que en el mismo se haga un examen subjetivo de su conducta. La tarea del señor Superintendente Delegado se limitó a tratar de encuadrar las acciones u omisiones de mi cliente dentro de arquetipos legales, pero no indagó, o al menos no lo dijo, acerca de si él obró con un ánimo reflexivo de violentar la ley o con manifiesta negligencia o culpa. De hecho, la valoración de la voluntad de mi mandante escapó por completo a los análisis de la Delegatura.

*Sobre el particular es pertinente reiterar que -como ya se dijo- en nuestro ordenamiento jurídico está proscrita la responsabilidad objetiva y, al contrario, al efectuar un juicio de responsabilidad la Superintendencia debe verificar no sólo que el acto haya sucedido, sino que el mismo pueda atribuírsele al agente y cuál fue la disposición volitiva del agente al momento de desplegar la conducta*²³³.

En relación con la observación realizada por el apoderado frente a la proscripción de la responsabilidad objetiva, el Despacho reitera que no se requiere para las

²³² C4-12 a 15.

²³³ C107-76.

presentes investigaciones que se demuestra que el investigado ha actuado deliberadamente²³⁴, por lo cual no resulta de recibo el argumento del apoderado.

Deben reseñarse también los correos relacionados con la reunión anunciada por Jose Antonio Tamayo, asesor jurídico de PROVIDENCIA, con el fin de discutir e intercambiar ideas sobre el pago de las cañas destinadas para la producción de alcohol con funcionarios de MANUELITA y MAYAGÜEZ. Tal y como se observa, lo anterior constituye una clara evidencia de que el señor Ortiz toleró que su asesor jurídico se reuniera con funcionarios de ingenios competidores a tratar temas directamente relacionados con las políticas de precios del ingenio que representa.

En este sentido, obra en el expediente un correo electrónico enviado por el señor José Antonio Tamayo, Asesor Jurídico de INCAUCA, a Gonzalo Ortiz en el que le comunica sobre una reunión que se realizará con los jurídicos de otros ingenios para intercambiar ideas sobre el pago de las cañas destinadas para la producción de alcohol²³⁵, permite concluir que el señor Ortiz conoció de estos intercambios de información que generaron una conducta concertada entre los ingenios, puesto que tal como se probó en el expediente PROVIDENCIA ofreció las mismas tres fórmulas que sus competidores.

Finalmente, es un hecho acreditado que por lo menos para febrero de 2007 existen contratos vigentes suscritos por PROVIDENCIA que incluyen las cláusulas de liquidación de alcohol mencionadas en la presente resolución como fruto de la concertación entre los ingenios alcohólicos, lo que constituye una clara prueba de que el señor Ortiz toleró la conducta anticompetitiva aquí sancionada, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

10.2.5. César Augusto Arango

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente se estableció que el señor César Augusto Arango desempeña el cargo de Gerente de RISARALDA.

Frente a la participación del señor César Augusto Arango en el acuerdo para la fijación del precio de la caña, el Despacho encuentra acreditada su participación en el acuerdo anticompetitivo aquí imputado.

En efecto, existe prueba en el expediente que da cuenta de que el señor Arango suscribió las comunicaciones enviadas a sus proveedores y que contenían las fórmulas de remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol²³⁶.

²³⁴ Sentencia Consejo de Estado, expediente No.25000-23-24-000-2001-00364-01 de 28 de enero de 2010, Consejera ponente María Claudia Rojas Lasso.

²³⁵ C97-228

²³⁶ C39- 286, 289, 294, 300, 323.

Además, como se indicó al momento de analizar la existencia del acuerdo para fijar el precio de la caña destinada a alcohol, se puso de presente un correo electrónico del 26 de octubre de 2005, en el cual se remitió un modelo de carta para ser enviada a los proveedores:

"De: Alexander Carvajal Cuenca

Enviado el: Miércoles, 26 de Octubre de 2005 04:12 p.m.

Para: Ricardo Villaveces Pardo; Adolfo León Vélez Vélez (E-mail); Bernardo Quintero (E-mail); Carlos Alberto Martínez Cruz (E-mail); Carlos Mira Velasquez (E-mail);

César Augusto Arango (E-mail); César Zamorano Estrada (E-mail); Eduardo Valderrama (E-mail); Germán Jaramillo Villegas (E-mail); Gonzalo Ortiz (E-mail); Harold Cerón Rodríguez (E-mail); Jaime Vargas López (E-mail); Juan José Lülle (E-mail); Mauricio Iragorri Rizo (E-mail); Santiago Salcedo (E-mail); Silvio Freddy Quintero Muñoz (E-mail)

Asunto: Carta a Proveedores

Señores:

Presidentes y Gerentes

De acuerdo con lo convenido en la junta pasada, les envío el modelo de carta que ustedes podrán enviar a sus proveedores, para mostrar la versión de los ingenios en lo que a pago de la caña para alcohol se refiere, luego del comunicado de prensa de Procaña. Esta carta fue realizada con base en las cifras que para tal efecto elaboró el Ingenio Risaralda, y es una versión revisada además por Dattis Comunicaciones, quien recomienda que se haga en los términos en los que está redactada (argumentos explicativos, sin agresividad).

Saludos, Alex Carvajal". (Subrayado y resaltado fuera del texto).

Del correo en mención, se desprende que el señor Arango toleró que la estructura de costos del negocio del alcohol de RISARALDA circulara entre todos los ingenios alcoholeros. En efecto, las cifras suministradas por dicho ingenio sirvieron de base para la elaboración de la carta modelo que se anunció para ser enviada a los proveedores de caña.

De otra parte, debe resaltarse que el señor Arango igualmente toleró la ejecución del acuerdo como parte del intercambio de información llevado a cabo a través del correo electrónico enviado por Johan Martínez, Analista Económico y de Mercados de Asocaña, a los representantes de todos los ingenios investigados, el 21 de diciembre de 2005, y que incluyó los costos de producción de alcohol de los cinco ingenios alcoholeros.

Finalmente, es un hecho acreditado que por lo menos para febrero de 2007 existen contratos vigentes suscritos por RISARALDA que incluyen las cláusulas de liquidación de alcohol mencionadas en la presente resolución como fruto de la concertación entre los ingenios alcoholeros, lo que constituye una clara prueba de que el señor Arango toleró la conducta anticompetitiva aquí sancionada, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

10. SANCIÓN

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá "[i]mponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las

empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto".

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para "[i]mponer 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, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción [...]".

En el caso concreto, se ha establecido que los ingenios CARMELITA, CASTILLA, INCAUCA, LA CABAÑA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, PICHICHÍ, PROVIDENCIA, RIOPAILA y RISARALDA, infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber realizado acuerdos para la fijación del precio de compra de caña.

A juicio del Despacho esta conducta es especialmente negativa para el mercado, pues afecta de forma importante un sector significativo de la economía. De acuerdo con Fedesarrollo, durante el año 2007 diez de los trece ingenios investigados del valle geográfico del río Cauca aportaron el 93% de la producción de caña molida y el gremio azucarero negoció 1,7 billones de pesos con sus proveedores²³⁷. El informe anual de Asocaña 2007-2008 señala que en el año 2007 los ingenios molieron 21,1 millones de toneladas de caña, produciendo 2,28 millones de toneladas de azúcar y 275 millones de litros de etanol, con lo cual el sector registró utilidades por 148 mil millones de pesos²³⁸. Los hechos probados dan cuenta de un acuerdo continuado por los menos durante el periodo investigado para evitar competir vía precio por la caña disponible en el mercado, logrando así que la remuneración de dicha materia prima correspondiera a un precio artificial, razón por la cual debe imponerse una sanción que tenga efectos suficientemente disuasivos en el mercado.

Basado en lo anterior, este Despacho considera necesario imponer a las empresas CARMELITA, CASTILLA, INCAUCA, LA CABAÑA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, PICHICHÍ, PROVIDENCIA, RIOPAILA y RISARALDA una multa por 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalente a MIL TREINTA MILLONES DE PESOS (\$1.030.000.000,00) a cada una.

En cuanto a los representantes legales de INCAUCA, MANUELITA, MAYAGÜEZ, PROVIDENCIA y RISARALDA, los señores Juan José Lülle, Adolfo León Vélez Vélez, Mauricio Iragorri, Gonzalo Ortiz y César Augusto Arango, respectivamente, responsables de haber autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento anticompetitivo merecedor de reproche, se impone una multa por 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalente a CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$154.500.000,00) a cada uno.

²³⁷ Informe Fedesarrollo: "Impacto socioeconómico del sector Azucarero en la economía Colombiana", diciembre de 2009.

²³⁸ Informe anual de Asocaña 2007-2008.

<http://www.asocana.org/modules/documentos/secciones.aspx?tipo=2&valor=234>

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que las empresas INGENIO DEL CAUCA S.A., INGENIO PROVIDENCIA S.A., INGENIO MANUELITA S.A., INGENIO MAYAGÜEZ S.A., INGENIO RIOPAILA S.A., INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., INGENIO PICHICHÍ S.A., INGENIO LA CABAÑA S.A., INGENIO RISARALDA S.A. e INGENIO CARMELITA S.A., infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de los precios de la caña de azúcar.

ARTÍCULO SEGUNDO: En consecuencia, de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, imponer a cada una de las empresas relacionadas en el artículo primero de la parte resolutive de la presente resolución, una multa equivalente a la suma de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto es, MIL TREINTA MILLONES DE PESOS (\$1.030.000.000,00). Las empresas multadas se identifican a continuación, así:

- INGENIO DEL CAUCA S.A., identificado con NIT. 891.300.237-9
- INGENIO PROVIDENCIA S.A., identificado con NIT. 891.300.238-6
- INGENIO MANUELITA S.A., identificado con NIT. 891.300.241-9
- INGENIO MAYAGÜEZ S.A., identificado con NIT. 890.302.594-9
- INGENIO RIOPAILA S.A. identificado con NIT 890.302.567-1
- INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A. identificado con NIT 890.300.440-4
- INGENIO PICHICHÍ S.A., identificado con NIT. 891.300.513-7
- INGENIO LA CABAÑA S.A., identificado con NIT 891.501.133-4
- INGENIO CARMELITA S.A., identificado con NIT 891.900.196-1
- INGENIO RISARALDA S.A., identificado con NIT 891.401.705-8

PARÁGRAFO: El valor de la multa 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, formato de recaudo nacional, código de referencia para pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, mezzanine 2º piso mediante presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Archivar el presente trámite respecto de las empresas CARLOS SARMIENTO L & CIA. - INGENIO SAN CARLOS S.A., INGENIO MARÍA LUISA S.A., y CENTRAL TUMACO S.A., por no encontrarse probada su responsabilidad administrativa respecto de los cargos relacionados con la infracción de los numerales 1 y 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO: Archivar el presente trámite respecto de los señores Silvio Freddy Quintero, representante legal de INGENIO PICHICHI S.A; Juan Cristóbal Romero, representante legal de INGENIO LA CABAÑA S.A.; Clemente Carlos Mira, representante legal de INGENIO CARMELITA S.A.; Bernardo Quintero, representante legal de INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A. e INGENIO RIOPAILA S.A.; Santiago Salcedo, representante legal de CENTRAL TUMACO S.A.; Carlos Alberto Martínez, representante legal de CARLOS SARMIENTO L & CIA. - INGENIO SAN CARLOS S.A. y Carlos Arcesio Paz, representante legal de INGENIO MARÍA LUISA S.A., por no encontrarse probada su responsabilidad administrativa respecto de los cargos relacionados con la infracción de los numerales 1 y 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTICULO QUINTO: Declarar que los señores Juan José Lülle, representante legal de INGENIO DEL CAUCA S.A; Gonzalo Ortiz, representante legal de INGENIO PROVIDENCIA S.A. SUBORDINADA; Adolfo León Vélez, representante legal de INGENIO MANUELITA S.A.; Mauricio Irigorri, representante legal de INGENIO MAYAGÜEZ S.A y César Augusto Arango, representante legal de INGENIO RISARALDA S.A infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de los precios de la caña de azúcar.

ARTÍCULO SEXTO: En consecuencia, de conformidad el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, imponer a cada una de las personas naturales relacionadas en el artículo quinto de la parte resolutive de la presente resolución, una multa equivalente a la suma de 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes, esto es, CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$154.500.000,00). Las personas naturales se identifican a continuación, así:

- JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ, identificado con C.C. No. 19.069.534.
- GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL, identificado con C.C. No. 70.069.055.
- ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ, identificado con C.C. No. 8.280.548
- MAURICIO IRAGORRI RIZO, identificado con C.C. No. 16.722.421
- CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, identificado con C.C. No. 10.064.847

PARÁGRAFO: El valor de multa 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, formato de recaudo nacional, código de referencia para pago 03, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, mezzanine 2º piso mediante

presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTICULO SEPTIMO: Las empresas sancionadas y sus representantes legales deberán poner término a la infracción de forma inmediata, si aún no lo han hecho. Adicionalmente deberán abstenerse de acordar directa o indirectamente los precios de compra de materia prima o cualquier otro tipo de colaboración tendiente a generar similar efecto anticompetitivo en el mercado, en los términos de la presente resolución.

ARTICULO OCTAVO: Ordenar a las empresas sancionadas y a sus representantes legales que implementen las medidas que fueren necesarias para que la información confidencial o reservada que suministren a las sociedades y asociaciones a las que se encuentran vinculadas directa o indirectamente, no sea retransmitida a sus competidores de forma que elimine la incertidumbre propia de un mercado en competencia y, en consecuencia, se utilice con estricto cumplimiento de la ley, de las finalidades legítimas del derecho de asociación y, en particular, de las normas relacionadas con el régimen de protección de la competencia.

ARTÍCULO NOVENO: Ordenar que, de conformidad con el numeral 3 (sic) artículo 17 de la Ley 1430 y a costa las personas naturales y jurídicas sancionadas, una vez en firme la presente resolución, se publique en un diario de amplia circulación regional en los departamentos del Valle del Cauca, Cauca y Risaralda, el siguiente texto:

“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio las empresas INGENIO DEL CAUCA S.A., INGENIO PROVIDENCIA S.A., INGENIO MANUELITA S.A., INGENIO MAYAGÜEZ S.A., INGENIO RIOPAILA S.A., INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., INGENIO PICHICHÍ S.A., INGENIO LA CABAÑA S.A., INGENIO RISARALDA S.A. e INGENIO CARMELITA S.A. y las personas naturales Juan José Lülle Suárez, Gonzalo Ortiz Aristizábal, Adolfo León Vélez Vélez, Mauricio Iragorri Rizo y César Augusto Arango Isaza, informan que:

Mediante Resolución 6839 de 9 de febrero de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró responsables administrativamente a los ingenios y personas naturales que se mencionan a continuación, de haber incurrido en una práctica restrictiva de la competencia en el mercado de la compra de caña de azúcar en el valle geográfica del Río Cauca, de conformidad con la parte motiva de la referida resolución, así:

1. Las empresas INGENIO DEL CAUCA S.A., INGENIO PROVIDENCIA S.A., INGENIO MANUELITA S.A., INGENIO MAYAGÜEZ S.A. por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar destinada a la producción de azúcar y alcohol carburante, infringiendo el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

2. Las empresas INGENIO RIOPAILA S.A., INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., INGENIO PICHICHÍ S.A., INGENIO LA CABAÑA S.A., e INGENIO CARMELITA S.A. por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de

precios de la caña de azúcar destinada a la producción de azúcar, infringiendo el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

3. La empresa INGENIO RISARALDA S.A. por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante, infringiendo el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

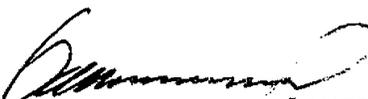
4. Las personas naturales Juan José Lülle Suárez, Gonzalo Ortiz Aristizábal, Adolfo León Vélez Vélez, Mauricio Irigorri Rizo y César Augusto Arango Isaza, por haber incurrido en un acuerdo para la fijación de precios de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992".

ARTICULO DECIMO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores ANDRÉS FERNÁNDEZ DE SOTO, apoderado especial de INGENIO PROVIDENCIA S.A., CARLOS SARMIENTO L & CIA. - INGENIO SAN CARLOS S.A. y CARLOS ALBERTO MARTINEZ; NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ, apoderado especial de INGENIO PICHICHÍ S.A., INGENIO CARMELITA S.A., INGENIO MARÍA LUISA S.A., CARLOS ARCESIO PAZ, JUAN JOSÉ LÜLLE y GONZALO ORTIZ; ÓSCAR IVÁN QUNTERO, apoderado especial de SILVIO FREDDY QUINTERO y CLEMENTE CARLOS MIRA; GABRIEL IBARRA PARDO, apoderado especial de INGENIO DEL CAUCA S.A., INGENIO RISARALDA S.A., CENTRAL TUMACO S.A., CÉSAR AUGUSTO ARANGO y SANTIAGO SALCEDO BORRERO; y ALFONSO MIRANDA LONDOÑO apoderado especial de INGENIO MANUELITA S.A., INGENIO MAYAGÜEZ S.A., INGENIO RIOPAILA S.A., INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., INGENIO LA CABAÑA S.A., ADOLFO LEÓN VÉLEZ, MAURICIO IRAGORRI, BERNARDO QUINTERO y JUAN CRISTÓBAL ROMERO 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 5 días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

El Superintendente de Industria y Comercio


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Notificaciones:

Doctor

ANDRÉS FERNANDEZ DE SOTO

Apoderado Especial

CARLOS SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SAN CARLOS S.A.

CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ

INGENIO PROVIDENCIA S.A.

Carrera 11 No. 82-01, Oficina 903

Fax: 691 21 90

andres@ferdesotolegal.com

Ciudad

Doctor

NESTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA

Apoderado Especial

INGENIO PICHICHÍ S.A.

INGENIO CARMELITA S.A.

INGENIO MARIA LUISA S.A.

CARLOS ARCESIO PAZ BAUTISTA

JUAN JOSÉ LULLE SUÁREZ

GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL

Carrera 7 No. 71-21 Of. 602 Torre B

Fax: 3173032

martinezneira@cable.net.co

Ciudad

Doctor

OSCAR IVAN QUINTERO HERNÁNDEZ

Apoderado Especial

SILVIO FREDDY QUINTERO

CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ

Carrera 7 No. 71-21 Of. 602 Torre B

Fax: 3173032

martinezneira@cable.net.co

Ciudad

Doctor

GABRIEL IBARRA PARDO

Apoderado Especial

INGENIO DEL CAUCA S.A.

INGENIO RISARALDA S.A.

CESAR AUGUSTO ARANGO ISAZA

CENTRAL TUMACO S.A.

SANTIAGO SALCEDO BARRERO

Carrera 11 No. 82-01 Of. 902

Fax: 6214992

gibarra@ibarraibarra.com

Ciudad

RESOLUCIÓN NÚMERO 6839 DE 2009

Hoja No. 151

Por la cual se imponen unas sanciones

Radicación No. 04-074580

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

Apoderado Especial

MANUELITA S.A.

ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ

MAYAGÜEZ S.A.

MAURICIO IRAGORRI RIZO

INGENIO RIOPAILA S.A.

INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A.

BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR

INGENIO LA CABAÑA S.A.

JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO

Calle 72 No 6 – 30 Oficina Piso 12

Fax: 3104715

amiranda@esguerrabarrera.com

Ciudad

Radicación: 04-074580

Por la cual se imponen unas sanciones

Radicación No. 04-074580

Anexo 1

“Programa de estandarización. Gestión de Fábrica. Sistema de intercambio mensual de información estandarizada inter ingenios”

Tabla A1: Formato intercambio de información

DATOS	INCAUCA		CASTILLA		***	CABAÑA	
	MES	A LA FECHA	MES	A LA FECHA		MES	A LA FECHA
TIEMPO							
Días hábiles							
Tiempo perdido fábrica % tiempo hábil							
Tiempo perdido cosecha % tiempo hábil							
Tiempo molienda efectivo % tiempo total							
MOLIENDA							
Caña Molida (l)							
Caña Molida (Udía hábil)							
Caña Molida (Uhora)							
PRODUCCION							
Toneladas de azúcar producido							
<i>Tons azúcar crudo equivalente alcohol producido</i>							
Rendimiento Comercial (%)							
Rto en azúcar con base en 99.7°							
EXTRACCION							
Jugo Diluido Neto % Caña							
% Insolubles en jugo diluido							
Sac. aparente % Sac. aparente en Caña							
Sacarosa reducida a 12.5 % fibra							
Jugo absoluto en bagazo % fibra							
CAÑA							
Fibra industrial %							
Sacarosa aparente %							
IMBIBICIÓN							
% caña							
% fibra							
BAGAZO							
% Caña							
Sacarosa %							
Humedad %							
ELABORACION							
Cachaza % Caña							
Sacarosa % Cachaza							
Miel final 88 Brix (Kg./ton caña molida)							
Pureza % Miel Final**							
Recuperación de elaboración con Alc							
ENERGIA CONSUMIDA FABRICA							
Kw-h/ton. caña molida*							
Lb vapor/ton. caña molida*							
PERDIDAS DE SACAROSA							
En miel final % Caña							
En miel final % Sacarosa Caña							
<i>En miel final Eq alcohol % Caña</i>							
<i>En miel final Eq Alc % Sacarosa Caña</i>							
En cachaza % Caña							
En cachaza % Sacarosa Caña							
En indeterminadas % Caña							
En indeterminadas % Sacarosa Caña							
<i>En planta Alcohol % Cana</i>							
<i>En planta Alcohol % Sacarosa Cana</i>							
En bagazo % Caña							
En bagazo % Sacarosa Caña							
Totales % Caña							
Totales % Sacarosa Caña							
RECUPERADO EN SACAROSA APARENTE							
% Caña							
% Sacarosa Caña							
ANALISIS DE LABORATORIO							
Brix Jugo de Primera Extracción							
Brix Jugo Diluido							
Pureza Jugo de Primera Extracción							
Pureza Jugo Diluido							

Fuente: Cenicafé (C55-188), construcción SIC²³⁹

²³⁹ Tabla construida con información hallada en el correo electrónico del señor Adolfo León Vélez,

Tabla A2²⁴⁰

TIEMPO							
Días hábiles	Perdido % habil fca	Perdido % habil cosecha	T. Mol. efect % (total)				
MAYAGÜEZ	334,96	MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00	SANCARLOS	84,53
PROVIDENCIA	331,96	SANCARLOS	1,31	SANCARLOS	0,11	MAYAGÜEZ	83,13
TUMACO	322,62	CARMELITA	3,98	CARMELITA	0,77	PROVIDENCIA	83,04
MANUELITA	321,50	RISARALDA	5,04	PROVIDENCIA	2,14	CARMELITA	81,86
INCAUCA	321,42	PICHICHI	5,21	CASTILLA	2,96	PICHICHI	80,06
PICHICHI	318,81	INCAUCA	5,92	RISARALDA	3,12	INCAUCA	79,02
SANCARLOS	315,66	MAYAGÜEZ	5,93	MAYAGÜEZ	3,99	RISARALDA	78,20
CARMELITA	313,67	PROVIDENCIA	6,55	INCAUCA	4,34	RIOPAILA	73,51
RIOPAILA	313,05	CABAÑA	6,94	RIOPAILA	4,36	MANUELITA	72,90
RISARALDA	312,20	MANUELITA	9,30	CABAÑA	5,83	CABAÑA	70,15
CASTILLA	296,22	RIOPAILA	9,94	TUMACO	6,52	CASTILLA	69,51
CABAÑA	293,61	CASTILLA	11,38	PICHICHI	7,48	TUMACO	66,95
MARÍA LUISA	0,00	TUMACO	17,73	MANUELITA	7,94	MARÍA LUISA	0,00

Tabla A3

MOLIENDA						
Caña Mol.(t)	Caña Mol.(vdía hábil)	Caña Mol.(Vhora)	No			
INCAUCA	3913080	INCAUCA	12174,28	INCAUCA	567,58	1
MANUELITA	2839118	MANUELITA	8830,85	MANUELITA	444,61	2
PROVIDENCIA	2734062	PROVIDENCIA	8236,07	PROVIDENCIA	375,84	3
RIOPAILA	2258853	RIOPAILA	7216,00	RIOPAILA	350,81	4
MAYAGÜEZ	2097081	CASTILLA	6331,55	CASTILLA	308,00	5
CASTILLA	1875531	MAYAGÜEZ	6260,76	MAYAGÜEZ	289,56	6
CABAÑA	1514297	CABAÑA	5157,51	CABAÑA	246,43	7
RISARALDA	1351421	RISARALDA	4328,63	RISARALDA	197,29	8
PICHICHI	1227002	PICHICHI	3848,67	PICHICHI	183,49	9
SANCARLOS	713761	SANCARLOS	2261,17	CARMELITA	91,33	10
CARMELITA	654982	CARMELITA	2088,10	SANCARLOS	91,33	11
MARÍA LUISA	0	MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00	12
TUMACO		TUMACO		TUMACO		13

representante legal de MANUELITA, con reportes de Cenicaña enviados a los representantes legales de todos los ingenios y a otros funcionarios de los mismos.

²⁴⁰ Las cifras consignadas en las siguientes tablas corresponden a las consolidadas del año 2006. Fuente: Cenicaña (C55-188).

Tabla A4

PRODUCCION						
Azúcar producido (t)	Rendimiento comercial (%)	Rto Real en azúcar base 99.72		No		
INCAUCA 458987	SANCARLOS 12,727	SANCARLOS	12,701	1		
MANUELITA 340802	MAYAGÜEZ 12,409	MAYAGÜEZ	12,358	2		
PROVIDENCIA 335872	PROVIDENCIA 12,285	PROVIDENCIA	12,208	3		
RIOPAILA 261093	MANUELITA 12,000	MANUELITA	11,990	4		
MAYAGÜEZ 260219	RISARALDA 11,961	RISARALDA	11,972	5		
CASTILLA 222693	PICHICHI 11,909	PICHICHI	11,945	6		
CABAÑA 176318	CASTILLA 11,874	CASTILLA	11,858	7		
RISARALDA 161642	INCAUCA 11,730	INCAUCA	11,703	8		
PICHICHI 146121	CABAÑA 11,640	CABAÑA	11,630	9		
SANCARLOS 90838	RIOPAILA 11,559	RIOPAILA	11,566	10		
CARMELITA 75668	CARMELITA 11,553	CARMELITA	11,527	11		
MARÍA LUISA 0	TUMACO 11,170	TUMACO	11,120	12		
TUMACO	MARÍA LUISA 0,00	MARÍA LUISA	0,00	13		

Tabla A5

EXTRACCION										
Jugo diluido neto % Caña	% Insolubles jugo diluido	Sac. apar. % Sac. apar. Caña	Sac. reducida 12.6 % fibra	Jugo abs. perdido % fibra	No					
MANUELITA 112,46	MARÍA LUISA 0,00	RISARALDA 96,501	MAYAGÜEZ 97,069	MARÍA LUISA 0,000	1					
MAYAGÜEZ 105,76	TUMACO 0,87	PROVIDENCIA 96,500	RISARALDA 97,059	MAYAGÜEZ 20,499	2					
TUMACO 102,43	PROVIDENCIA 0,97	CASTILLA 96,460	MANUELITA 97,030	RISARALDA 20,590	3					
INCAUCA 102,31	RISARALDA 1,08	INCAUCA 96,195	PROVIDENCIA 96,999	PROVIDENCIA 21,010	4					
CASTILLA 99,48	SANCARLOS 1,19	MAYAGÜEZ 96,139	CARMELITA 96,959	CARMELITA 21,286	5					
CABAÑA 99,41	MANUELITA 1,22	MANUELITA 96,070	CABAÑA 96,840	MANUELITA 21,520	6					
SANCARLOS 98,98	CASTILLA 1,24	RIOPAILA 95,760	INCAUCA 96,814	CABAÑA 22,140	7					
RISARALDA 98,72	MAYAGÜEZ 1,98	CABAÑA 95,660	RIOPAILA 96,470	INCAUCA 22,301	8					
PROVIDENCIA 95,75	INCAUCA 2,07	CARMELITA 95,646	CASTILLA 96,410	RIOPAILA 24,710	9					
RIOPAILA 93,94	RIOPAILA 2,12	PICHICHI 94,861	PICHICHI 95,878	CASTILLA 25,120	10					
CARMELITA 92,59	CARMELITA 2,38	SANCARLOS 94,823	SANCARLOS 95,516	PICHICHI 28,857	11					
PICHICHI 86,01	CABAÑA 2,67	TUMACO 93,880	TUMACO 93,880	SANCARLOS 31,386	12					
MARÍA LUISA 0,00	PICHICHI 2,75	MARÍA LUISA 0,000	MARÍA LUISA 0,000	TUMACO 42,820	13					

Tabla A6

CALIDAD DE CAÑA				
Fibra Industrial % caña	Sac. aparente % caña	No		
MARÍA LUISA 0,000	SANCARLOS 14,591	1		
CASTILLA 12,351	CASTILLA 13,874	2		
SANCARLOS 14,160	CARMELITA 13,874	3		
PROVIDENCIA 14,280	MAYAGÜEZ 13,866	4		
RISARALDA 14,524	PROVIDENCIA 13,707	5		
INCAUCA 14,575	MANUELITA 13,600	6		
RIOPAILA 14,650	PICHICHI 13,514	7		
TUMACO 14,740	TUMACO 13,510	8		
PICHICHI 15,116	RIOPAILA 13,410	9		
MAYAGÜEZ 15,850	RISARALDA 13,408	10		
MANUELITA 15,910	CABAÑA 13,311	11		
CABAÑA 16,390	INCAUCA 13,276	12		
CARMELITA 16,981	MARÍA LUISA 0,000	13		

Tabla A7

MACERACION				
%Caña		%Fibra		No
MANUELITA	45,27	MANUELITA	284,54	1
MAYAGÜEZ	36,79	TUMACO	245,70	2
TUMACO	36,26	MAYAGÜEZ	235,70	3
CABAÑA	32,52	INCAUCA	205,01	4
INCAUCA	29,88	SANCARLOS	203,64	5
SANCARLOS	28,84	CABAÑA	198,26	6
RISARALDA	26,49	CASTILLA	197,71	7
CARMELITA	25,33	RISARALDA	182,41	8
CASTILLA	24,42	PROVIDENCIA	169,99	9
PROVIDENCIA	24,28	RIOPAILA	160,02	10
RIOPAILA	23,44	CARMELITA	149,14	11
PICHICHI	14,71	PICHICHI	97,34	12
MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00	13

Tabla A8

BAGAZO						
% Caña		Sacarosa %		Humedad %		Posición
MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,00	1
CASTILLA	23,70	MANUELITA	1,700	RISARALDA	47,48	2
INCAUCA	25,45	PROVIDENCIA	1,742	SANCARLOS	48,12	3
PICHICHI	26,23	RISARALDA	1,757	INCAUCA	48,57	4
RISARALDA	26,70	MAYAGÜEZ	1,832	PICHICHI	48,60	5
RIOPAILA	27,47	CABAÑA	1,900	CARMELITA	49,19	6
PROVIDENCIA	27,53	CARMELITA	1,982	PROVIDENCIA	49,43	7
SANCARLOS	28,67	INCAUCA	1,985	MANUELITA	49,67	8
MAYAGÜEZ	28,94	RIOPAILA	2,070	MAYAGÜEZ	50,10	9
CABAÑA	30,38	CASTILLA	2,072	CASTILLA	50,53	10
CARMELITA	30,48	SANCARLOS	2,635	TUMACO	50,99	11
MANUELITA	31,42	PICHICHI	2,648	RIOPAILA	51,53	12
TUMACO	32,93	TUMACO	3,050	CABAÑA	52,57	13

Tabla A9

ELABORACION										
Cachaza % Caña		Sacarosa % Cachaza		Miel final 88 Bx kg./t.c.mol.		Pureza % Miel Final**		Recuperación real B.H.R.		No.
MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00	INCAUCA	0,00	PICHICHI	93,184	1
CARMELITA	3,610	MAYAGÜEZ	1,26	PROVIDENCIA	0,06	MARÍA LUISA	0,00	MAYAGÜEZ	93,051	2
RIOPAILA	3,780	RISARALDA	1,27	INCAUCA	0,32	MANUELITA	28,89	RISARALDA	92,250	3
TUMACO	4,290	PICHICHI	1,46	MAYAGÜEZ	6,42	PICHICHI	31,24	PROVIDENCIA	92,021	4
CASTILLA	4,689	MANUELITA	1,54	PICHICHI	25,02	RISARALDA	31,59	SANCARLOS	91,521	5
RISARALDA	4,703	TUMACO	1,59	SANCARLOS	25,16	RIOPAILA	32,96	MANUELITA	91,460	6
MANUELITA	4,750	SANCARLOS	1,76	RIOPAILA	26,28	PROVIDENCIA	33,46	INCAUCA	91,365	7
PROVIDENCIA	4,821	PROVIDENCIA	1,77	CABAÑA	26,73	CASTILLA	34,04	CABAÑA	91,090	8
PICHICHI	4,974	CABAÑA	1,95	CARMELITA	27,22	CABAÑA	34,83	RIOPAILA	89,840	9
CABAÑA	5,040	CASTILLA	2,80	CASTILLA	27,47	CARMELITA	35,13	CASTILLA	88,676	10
MAYAGÜEZ	5,094	INCAUCA	3,03	TUMACO	27,66	TUMACO	36,63	TUMACO	88,420	11
INCAUCA	6,191	CARMELITA	3,53	RISARALDA	28,22	MAYAGÜEZ	36,74	CARMELITA	86,868	12
SANCARLOS	7,436	RIOPAILA	4,02	MANUELITA	28,67	SANCARLOS	36,83	MARÍA LUISA	0,000	13

Por la cual se imponen unas sanciones

Radicación No. 04-074580

Tabla A10

ENERGIA CONSUMIDA FABRICA				
Kw-h/ton. caña molida.*		Lb vapor/toncaña molida.*		No
SANCARLOS	0,00	MARÍA LUISA	0	1
MARÍA LUISA	0,00	PICHICHI	1038	2
MAYAGÜEZ	22,69	CASTILLA	1083	3
CABAÑA	22,74	MAYAGÜEZ	1122	4
PROVIDENCIA	23,88	PROVIDENCIA	1183	5
MANUELITA	25,84	TUMACO	1257	6
INCAUCA	26,51	CABAÑA	1288	7
RIOPAILA	26,72	RIOPAILA	1325	8
TUMACO	31,61	RISARALDA	1344	9
PICHICHI	31,89	MANUELITA	1354	10
CASTILLA	34,32	CARMELITA	1428	11
CARMELITA	34,69	SANCARLOS	1448	12
RISARALDA	38,80	INCAUCA	1458	13

Tabla A11

PERDIDAS DE SACAROSA % CAÑA										
En miel final		En cachaza		En indeterminadas		En bagazo		Totales		No.
MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	CASTILLA	0,491	MARÍA LUISA	0,000	1
PROVIDENCIA	0,002	RISARALDA	0,060	MAYAGÜEZ	0,094	CABAÑA	0,577	PROVIDENCIA	0,708	2
INCAUCA	0,009	MAYAGÜEZ	0,064	PICHICHI	0,113	CARMELITA	0,604	INCAUCA	0,830	3
MANUELITA	0,142	TUMACO	0,070	INCAUCA	0,129	INCAUCA	0,505	MAYAGÜEZ	0,895	4
MAYAGÜEZ	0,206	PICHICHI	0,072	RISARALDA	0,139	MANUELITA	0,534	MANUELITA	1,058	5
PICHICHI	0,688	MANUELITA	0,073	PROVIDENCIA	0,141	MARÍA LUISA	0,000	RISARALDA	1,472	6
RIOPAILA	0,763	PROVIDENCIA	0,085	CABAÑA	0,218	MAYAGÜEZ	0,530	PICHICHI	1,568	7
RISARALDA	0,804	CABAÑA	0,098	SANCARLOS	0,227	PICHICHI	0,694	CABAÑA	1,712	8
SANCARLOS	0,815	CARMELITA	0,127	MANUELITA	0,291	PROVIDENCIA	0,480	RIOPAILA	1,873	9
CABAÑA	0,819	SANCARLOS	0,131	RIOPAILA	0,387	RIOPAILA	0,569	SANCARLOS	1,928	10
CASTILLA	0,824	CASTILLA	0,131	TUMACO	0,490	RISARALDA	0,469	CASTILLA	2,007	11
CARMELITA	0,847	RIOPAILA	0,154	CASTILLA	0,560	SANCARLOS	0,755	CARMELITA	2,347	12
TUMACO	0,890	INCAUCA	0,187	CARMELITA	0,769	TUMACO	1,000	TUMACO	2,460	13

Tabla A12

PERDIDAS DE SACAROSA % SACAROSA CAÑA										
En miel final		En cachaza		En indeterminadas		En bagazo		Totales		No.
MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	1
PROVIDENCIA	0,012	RISARALDA	0,447	MAYAGÜEZ	0,679	RISARALDA	3,498	PROVIDENCIA	5,163	2
INCAUCA	0,070	MAYAGÜEZ	0,464	PICHICHI	0,840	PROVIDENCIA	3,500	INCAUCA	6,254	3
MANUELITA	1,040	TUMACO	0,500	INCAUCA	0,968	CASTILLA	3,539	MAYAGÜEZ	6,453	4
MAYAGÜEZ	1,486	PICHICHI	0,536	PROVIDENCIA	1,029	INCAUCA	3,805	MANUELITA	7,767	5
PICHICHI	5,090	MANUELITA	0,538	RISARALDA	1,037	MAYAGÜEZ	3,824	RISARALDA	10,979	6
SANCARLOS	5,588	PROVIDENCIA	0,622	SANCARLOS	1,558	MANUELITA	3,927	PICHICHI	11,604	7
RIOPAILA	5,691	CABAÑA	0,736	CABAÑA	1,638	RIOPAILA	4,241	CABAÑA	12,862	8
CASTILLA	5,940	SANCARLOS	0,895	MANUELITA	2,136	CABAÑA	4,335	SANCARLOS	13,218	9
RISARALDA	5,996	CARMELITA	0,915	RIOPAILA	2,889	CARMELITA	4,353	RIOPAILA	13,970	10
CARMELITA	6,104	CASTILLA	0,946	TUMACO	3,640	PICHICHI	5,139	CASTILLA	14,462	11
CABAÑA	6,153	RIOPAILA	1,148	CASTILLA	4,037	SANCARLOS	5,177	CARMELITA	16,916	12
TUMACO	6,570	INCAUCA	1,411	CARMELITA	5,543	TUMACO	7,400	TUMACO	18,120	13

Tabla A13

RECUPERADO EN AZÚCAR				
% Caña		% Sacarosa caña		No
SANCARLOS	12,663	RISARALDA	89,021	1
MAYAGÜEZ	12,336	MAYAGÜEZ	88,967	2
PROVIDENCIA	12,171	PROVIDENCIA	88,800	3
MANUELITA	11,950	PICHICHI	88,396	4
PICHICHI	11,945	INCAUCA	87,888	5
RISARALDA	11,936	MANUELITA	87,870	6
CASTILLA	11,868	CABAÑA	87,138	7
INCAUCA	11,668	SANCARLOS	86,782	8
CABAÑA	11,599	RIOPAILA	86,030	9
RIOPAILA	11,534	CASTILLA	85,538	10
CARMELITA	11,527	CARMELITA	83,086	11
TUMACO	11,090	TUMACO	81,880	12
MARÍA LUISA	0,000	MARÍA LUISA	0,000	13

Tabla A14

ANÁLISIS DE LABORATORIO							
Brix Jugo pra extracción.	Brix Jugo Diluido	Pureza Jugo pra extracción.	Pureza Jugo diluido				
SANCARLOS	20,38	PICHICHI	16,72	RIOPAILA	91,47	RIOPAILA	89,88
CARMELITA	20,05	CARMELITA	16,27	SANCARLOS	90,49	PROVIDENCIA	89,60
MAYAGÜEZ	19,82	SANCARLOS	15,69	PROVIDENCIA	90,46	PICHICHI	89,13
PICHICHI	19,52	PROVIDENCIA	15,42	CARMELITA	90,22	SANCARLOS	89,08
TUMACO	18,96	RIOPAILA	15,21	MAYAGÜEZ	89,88	CASTILLA	88,58
PROVIDENCIA	18,90	CASTILLA	15,19	INCAUCA	89,78	TUMACO	88,54
MANUELITA	18,73	RISARALDA	14,84	TUMACO	89,65	RISARALDA	88,34
RIOPAILA	18,61	CABAÑA	14,57	CABAÑA	89,58	MAYAGÜEZ	88,23
RISARALDA	18,48	MAYAGÜEZ	14,29	CASTILLA	89,58	CARMELITA	88,08
CASTILLA	18,40	INCAUCA	14,21	PICHICHI	89,57	CABAÑA	87,94
CABAÑA	18,32	TUMACO	13,83	RISARALDA	89,50	INCAUCA	87,83
INCAUCA	17,44	MANUELITA	13,20	MANUELITA	88,89	MANUELITA	87,37
MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00	MARÍA LUISA	0,00