



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 52202  
( 16 OCT 2009 )

Radicación No. 06-025839

Por la cual se resuelve un recurso.

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le confiere el artículo 3 numeral 45 del Decreto 3523 de 2009 y en concordancia con los artículos 50, 51 y 59 del Código Contencioso Administrativo

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución 4946 de 2 de febrero de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio decidió sancionar a COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. (en adelante "NACIONAL") y a SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CÍA S.A. - CASA LUKER S.A. (en adelante "LUKER"), por haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. El monto de la sanción impuesta a cada compañía fue de SETECIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$745.350.000,00).

Adicionalmente, en el mismo acto administrativo, se decidió sancionar a GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI, en su calidad de representante legal de LUKER, debido a que ejecutó las conductas anticompetitivas con las que la empresa infringió el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. El monto de la sanción impuesta fue de CIENTO ONCE MILLONES OCHOCIENTOS DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$111.802.500,00). Finalmente, se decidió archivar el trámite respecto de la señora SOL BEATRIZ ARANGO MESA, en su calidad de representante legal de NACIONAL.

**SEGUNDO:** Que la resolución citada en el considerando anterior fue notificada personalmente al apoderado de NACIONAL el día 16 de febrero de 2009 y el recurso de reposición contra la decisión fue presentado el día 23 de febrero de 2009.

Que el apoderado de LUKER fue notificado por edicto, el cual se desfijó el día 23 de febrero de 2009. El recurso de reposición contra la Resolución 4946 de 2 de febrero de 2009 fue presentado por el apoderado de la compañía el día 2 de marzo de 2009. En consecuencia, ambos recursos fueron presentados dentro del término legal.

**TERCERO:** Que el apoderado de NACIONAL solicitó que "se revoquen los artículos primero y segundo de la parte resolutive de la Resolución 4946 de 2009" y que "se precise el artículo sexto de la parte resolutive de la Resolución 4946 de 2009, indicando si las empresas deben abstenerse de seguir dando cumplimiento a los compromisos asumidos en virtud del Acuerdo Sectorial de Competitividad de la Cadena del Cacao y su Agroindustria (en adelante ASCCCA), si pueden seguir

*acudiendo a las reuniones del Consejo Nacional Cacaotero y si deben cerrar el establecimiento de compras conjuntas en el municipio de Tumaco".*

Que el apoderado de LUKER solicitó "[d]eclar[ar] la operancia de la caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC por haber transcurrido los 3 años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso (...)" y "(...) [r]evo[car] los artículos primero, segundo, cuarto, quinto y sexto de la resolución impugnada (...)". Adicionalmente, pidió a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante "SIC") "(...) estable[cer] de manera expresa si la participación de Casa Luker en el Acuerdo Sectorial de Competitividad de la cadena de Cacao y su Agroindustria, Consejo Nacional Cacaotero y si las compras conjuntas en el municipio de Tumaco deben mantenerse".

**CUARTO:** Que en los recursos de reposición presentados por los apoderados se plantean los siguientes argumentos:

**4.1. Argumentos comunes planteados por los apoderados de NACIONAL y LUKER**

En los recursos de reposición ambos apoderados coincidieron en una serie de argumentos y comentarios. A continuación se resumen los puntos coincidentes.

**4.1.1.** A juicio de los apoderados la facultad sancionatoria de la SIC había caducado al momento de expedir la Resolución 4946 de 2 de febrero de 2009. Esta afirmación la sustentan con dos razones.

La primera de ellas es que la Sala de Servicio y Consulta Civil del Consejo de Estado, en concepto de 25 de mayo de 2005, estableció que el término de tres años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se debía contar "*hasta la fecha en la que se resuelven los recursos de la vía gubernativa y no solamente hasta la notificación del acto administrativo general*". Dado que el periodo de esta investigación iba de enero de 2005 a febrero de 2006 y teniendo en cuenta que al terminar el mes de febrero de 2009 no había quedado en firme la sanción, concluyen los apoderados que la potestad sancionadora de la SIC caducó.

La segunda de ellas es que la SIC demostró la existencia del elemento consciente asociado al paralelismo de precios con los memorandos internos de variación de precios de ambas empresas. El último par de memorandos citados en la resolución de sanción es de 18 de enero de 2006. Por lo tanto, al haberse notificado NACIONAL de la Resolución 4946 de 2009 el día 16 de febrero de 2009 y LUKER el 23 de febrero de 2009, los apoderados estiman que se presentó la caducidad "*aún en el evento de considerar que la caducidad se interrumpe con la notificación del acto inicial que resuelve la investigación*".

**4.1.2.** A juicio de los apoderados de NACIONAL y LUKER, la metodología que utilizó la SIC para demostrar el paralelismo de precios es equivocada, ya que se realizaron pruebas económicas basadas en promedios mensuales y semanales nacionales no ponderados, desconociendo que existen diferencias entre las cantidades adquiridas por cada empresa en los respectivos municipios. Según ellos, este es un mecanismo de análisis que termina por igualar cualquier

comportamiento de los empresarios que interactúan en un mercado oligopsónico u oligopólico.

Los apoderados presentan los coeficientes de variación de los precios de compra de cacao pagados por NACIONAL y LUKER en los años 2004, 2005 y 2006. Con fundamento en estos datos sostienen que existe una dispersión de los precios pagados entre municipios por cada compañía, lo que desestima la existencia de paralelismo. Los datos presentados por los abogados se resumen en la siguiente tabla.

Tabla No. 1

Coeficientes de variación de los precios de compra de cacao entre municipios

Periodo	NACIONAL	LUKER
2004	4,02%	4,23%
2005	5,63%	5,57%
2006	8,58%	2,20%

Fuente: Cifras presentadas por los apoderados de NACIONAL y LUKER en sus respectivos recursos de reposición.

- 4.1.3. Los apoderados afirman que las coincidencias de precio que la SIC encontró durante el periodo investigado no son suficientes para demostrar la existencia de un paralelismo de los precios. En ese sentido, el apoderado de LUKER señaló:

*"Erróneamente se concluye que es suficiente que el 10% de los datos comparables se equiparen, para que exista un paralelismo en los precios. Adicionalmente, la SIC le otorga a todos los municipios estudiados el mismo valor, desconociendo que existen diferencias sustanciales entre las cantidades vendidas en cada uno de ellos".*

En el mismo sentido, el apoderado de NACIONAL indicó:

*"Además, desconociendo que como lo señala la Resolución No. 4946 de 2009 la CNCH compró cacao en 193 municipios del país y LUKER en 134, el análisis de paralelismo que hace la SIC se fundamenta en la revisión del precio promedio mensual de 18 municipios, en uno de los cuales (Tumaco), la compra de cacao es conjunta en desarrollo del acuerdo de competitividad de la Cadena. Además dichos promedios mensuales ni siquiera son ponderados.*

*Pero es que la Tabla 6 que aparece en la propia Resolución No. 4946 de 2009 muestra que en 11 de los 18 municipios analizados (cuando el total son por lo menos 134) los precios promedios mensuales en ambas compañías nunca coinciden. De 216 datos, solamente coinciden 24 datos, esto es, 9.2%. Es decir, en el 90.8% de los datos se presentan diferencias.*

*Además, en los municipios en los que existieron coincidencias de precios promedios (sic) mensuales, las mismas no se presentaron en todos los meses sino en algunos de ellos y peor aún, según la Resolución, en ellos CNCH solamente compró el 20.49% del cacao. Es decir, dichas cifras además de no referirse al comportamiento en el país, demuestran precisamente lo contrario al paralelismo".*

- 4.1.4. Ambos apoderados expresaron que tampoco existió el elemento consciente en la conducta de NACIONAL y LUKER. Es así como, el apoderado de

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

NACIONAL estima que: (i) no está demostrado que los memorandos fueron simultáneos; (ii) los memorandos oficializaron lo que había sucedido con anterioridad en el mercado entre productores y acopiadores; (iii) los "precios" que aparecen en los memorandos no son precios ya que, de acuerdo con los artículos 1848 del Código Civil y 905 del Código de Comercio, el precio es "... [e]l dinero que el comprador da por la cosa vendida (...)" y el que se encuentra en la factura de venta del producto es diferente para las dos compañías; y (iv) los "precios" que aparecen en los memorandos no son máximos ya que los precios promedio mensuales de los 18 municipios que la SIC incluye en la Tabla 5 de la Resolución 4946 de 2009 son superiores a ellos.

El apoderado de LUKER, por su parte considera que: (i) "[s]i bien es cierto que no es posible demostrar que los memorandos fueron expedidos de manera secuencial, tampoco se encuentra evidencia suficiente que permita afirmar la simultaneidad de los mismos como lo pretende hacer ver la entidad"; (ii) la correlación existente entre los precios pagados por las dos empresas no demuestra la conciencia de la conducta porque dado que los precios pagados por las empresas toman como referencia el precio internacional del cacao y otros factores intrínsecos del mercado colombiano, resulta obvio que exista una relación más estrecha entre los precios pagados por las empresas que entre estos y el precio internacional; y (iii) "[a] realizar un análisis sobre los promedios diarios de compra presentados por Casa Luker para la fecha de los memorandos, se logró establecer que sí existen diferencias importantes entre ellos".

- 4.1.5. A juicio de los apoderados de NACIONAL y LUKER, la similitud de los precios de compra es consecuencia del ASCCCA y no de un acuerdo contrario a la libre competencia. Según el apoderado de NACIONAL, si "el Gobierno Nacional promovió un acuerdo en el que la industria se comprometiera a establecer mecanismos para 'equiparar precios internos a niveles internacionales', es lógico que los precios sean similares".

Para sustentar esta afirmación, el abogado cita el Acta No. 23 del Consejo Nacional Cacaotero y concluye que:

*"La Resolución No. 4946 de 2009 analiza dicha acta como si el Gobierno estuviese diciendo que el ASCCCA no era una intervención de precios. Tal análisis resulta equivocado y descontextualizado ya que precisamente lo que se discutía en dicha reunión era si el Estado debía intervenir precios y el Ministerio consideró que no se requería porque las empresas sí estaban honrando su compromiso de determinar precios de acuerdo a las variaciones de los precios internacionales que habían adquirido en el ASCCCA.*

(...)

*La SIC debe tener en cuenta que en el caso del mercado de compra de cacao, es el propio Estado el que sugiere fórmulas o mecanismos para equiparar precios internos a precios internacionales, e invita a la industria a comprometerse en el establecimiento de los precios internos de acuerdo con la variación de dichos precios y a realizar compras conjuntas en todo el territorio nacional, en un documento que la Resolución No. 4946 de 2009 califica de acto administrativo, razón por la cual no resulta coherente y pugna con el principio constitucional de*

*Confianza Legítima, el que ahora otra entidad del mismo Estado señale que el hecho de participar en esos esfuerzos de concertación dirigidos por el propio Gobierno, resulta contrario a derecho.*

*En consecuencia, en este caso, de ser cierto que los precios de ambas compañías fueran paralelos, lo cual, como se explicó, no se presentó en el periodo investigado, operaría una causal de justificación de la conducta o en palabras de la propia SIC, las conducta (sic) que la entidad investiga, resultaría ser atípica”.*

En el mismo sentido, el apoderado de LUKER afirmó que “[La SIC] se limita a concluir que es posible cumplir simultáneamente con el acuerdo y con las normas de competencia, desconociendo que el paralelismo en los precios como primer elemento analizado de la conducta parte precisamente del acto administrativo mediante el cual se conminó a las empresas sancionadas para que siguieran de manera ‘armónica’ las ‘tendencias’ internacionales en los precios de compra”.

**4.1.6.** Según los apoderados, la sanción impuesta por la SIC no tiene proporcionalidad con los hechos que fueron investigados porque:

- La SIC sancionó a NACIONAL y LUKER por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, en la Resolución 4946 de 2009 no se demuestra cómo los hechos investigados constituyen una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así las cosas, NACIONAL y LUKER habrían infringido solamente una disposición.
- No se demostró que la conducta por la cual se sanciona haya ocasionado una afectación al mercado específico. Adicionalmente, el precio pagado a los agricultores está dentro de “los parámetros de la economía mundial”.
- Los agricultores nacionales sí tienen capacidad de negociación.
- “[N]o resulta acorde con el principio de proporcionalidad imponer una multa por el 75% de la sanción máxima, cuando en uno de los elementos que componen la conducta por la cual se impone, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural participó, conoció e influyó de manera directa”.
- La multa resulta excesiva ya que la investigación se abrió para establecer si NACIONAL y LUKER desarrollaron acciones anticompetitivas en dos mercados y la SIC solamente sancionó por lo ocurrido en uno de ellos. Luego la sanción se refiere a la mitad de los hechos investigados.

**4.2. Argumentos planteados por el apoderado de LUKER (recurso radicado con el No. 06-025839-0241-01 de 2 de marzo de 2009)**

**4.2.1.** Respecto de la definición de paralelismo consciente utilizada por la SIC, el apoderado alega que es diferente a la que se utilizó en la Resolución 7951 de 2002: “[l]a SIC modificó de manera drástica y no sustentada el concepto en mención, pasando de una identidad o un nivel de ‘aproximación sorprendente e inexplicable en condiciones de mercado’<sup>(9)</sup> a unas ‘tendencias y variaciones

*armónicas a través del tiempo<sup>(9)</sup>*. Adicionalmente, señala que la definición propuesta por la SIC no fue desarrollada ni tiene correspondencia con la evidencia que obra en el expediente:

*"[E]l ente sancionador se limita a afirmar que la diferencia en los precios no muestra la existencia de un mercado competitivo y no analiza si efectivamente existe un paralelismo a pesar de dichas diferencias, así como tampoco desarrolla los conceptos de "tendencia" y "armonía" sobre cifras aportadas por las investigadas.*

*En efecto, el concepto de armonía está definido como 'Conveniente proporción y correspondencia de unas cosas con otras'. No obstante, dicho concepto no encuentra correlación en la forma como la Superintendencia desarrolla el análisis de paralelismo en los precios de las investigadas. Es así como, en el gráfico 5 de la resolución atacada, en el que se muestra la variación de los precios de compra de cacao, no se observa ni se explica cuál es la armonía existente entre los precios de la Nacional y Casa Luker.*

Por otra parte, en relación con la citada definición de paralelismo consciente, el apoderado afirma que *"según la lógica de la entidad sancionatoria en un mercado oligopsónico en donde se transan commodities tal y como ocurre en el caso que nos ocupa, los precios de los agentes participantes deben ir en contravía de sus competidores y de factores comunes como lo son el precio internacional o las cosechas internas para que el paralelismo pueda ser desvirtuado"*.

4.2.2. En lo relacionado con la responsabilidad del representante legal, el apoderado de LUKER sostiene que el material probatorio analizado por la SIC es insuficiente para sustentar la decisión de sanción. A su juicio, **NO EXISTE prueba alguna directa o indirecta que demuestre la relación causal entre las instrucciones dadas por el señor Ponce de León Sarasti, con la elaboración de los memorandos como prueba del elemento consciente de la investigación**.

4.3. **Argumentos planteados por el apoderado de NACIONAL (recurso radicado con el No. 06-025839-00238-0001 de 23 de febrero de 2009)**

4.3.1. A juicio del apoderado de NACIONAL, la restricción que estableció la SIC sobre el acceso a la información confidencial que obra en el expediente constituye una vulneración al derecho de defensa ya que:

*"En la Resolución No. 4946 de 2009, la SIC señala que el hecho de haber permitido al apoderado de CNCH ver la información confidencial que existía en la Resolución y en el expediente es suficiente forma de garantizar el derecho de defensa de la empresa investigada.*

*(...)*

*Sostener que no se infringe el derecho de defensa y el debido proceso porque al apoderado se le permitió ver la información aunque no se le entregaron copias de los documentos es absurdo, sobretodo (sic) si se tiene en cuenta que la cantidad de cuadernos y de folios que existían en el expediente para la fecha en que se presentó dicha negativa era de 9 cuadernos y más de 1.000 folios. El apoderado debía tener pues una memoria monumental para recordar cada documento y cada*

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*cifra que reposaba en el expediente y sin consultar ni revelar nada de ello a terceros (entre ellos sus representados), elaborar un escrito de descargos y solicitar pruebas para desvirtuar las acusaciones”.*

- 4.3.2.** Por otra parte, el apoderado de NACIONAL estima que la negativa de la práctica de algunas pruebas y la no concesión de recursos contra el acto de pruebas constituyen una violación de su derecho al debido proceso y a la defensa. Según el apoderado:

*“Una de las formas fundamentales de ejercicio del derecho de contradicción es la posibilidad de solicitar y practicar pruebas con el propósito de demostrar las argumentaciones del investigado. Si la administración niega la práctica de las pruebas que las investigadas consideran que sirven de fundamento para soportar sus argumentaciones y, además esas decisiones no tienen posibilidad de ser controvertidas, sinceramente la posibilidad de contradicción y el núcleo del derecho a un debido proceso, se encuentra atacado.*

(...)

*Como la decisión de denegar la práctica de pruebas no se hizo sin que la se diera (sic) alguna de las causales del artículo 178 del C.P.C. o por lo menos sin que las mismas fueran evidentes y como la negativa a conceder recurso contra el auto que denegó la práctica de pruebas se fundamenta en una interpretación inconstitucional de las normas del C.C.A., es claro que en este proceso se violaron los derechos fundamentales de los investigados”.*

- 4.3.3.** Frente a la respuesta que la SIC le dio al ofrecimiento de las garantías presentadas por NACIONAL y LUKER, el apoderado de NACIONAL expresó:

*“En el auto (sic) que resolvió el ofrecimiento de garantías presentado por CNCH el Superintendente no dijo cuál era el motivo o razón por el que se consideraba que el ofrecimiento no era suficiente.*

*Lo anterior implica claramente una violación del derecho al debido proceso, ya que los investigados no tuvieron la oportunidad de insistir y complementar sus ofrecimientos”.*

- 4.3.4.** Por otra parte, el apoderado de NACIONAL manifiesta que en el expediente no existe documento alguno en el que conste el concepto del Consejo Asesor, lo que constituye una violación al procedimiento establecido en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992.

- 4.3.5.** Adicionalmente, el apoderado de NACIONAL sostiene que las decisiones del Despacho carecen de imparcialidad. Para sustentar esta afirmación, el apoderado cita el siguiente aparte del comunicado de prensa en el que se comunicaba al público el contenido de la Resolución 4946 de 2009.

*“[...] Los precios de compra de cacao para el periodo enero 2005 a febrero de 2006, fueron el resultado de un acuerdo entre competidores evidenciado a partir del análisis de diferentes pruebas obtenidas a lo largo de la investigación, que indicaban de manera incontrovertible la intención de actuar de forma coordinada y armónica en el mercado”.*

Para el apoderado, esta afirmación parece indicar que los argumentos presentados en los recursos de reposición no serán tenidos en cuenta por el Despacho.

- 4.3.6. El abogado de NACIONAL afirma que en el presente caso "no existe solicitud alguna del Ministerio a la SIC para que investigara o tomara medidas en relación con el mercado de compra de cacao". Según el apoderado, esto se debió a que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante "MADR") "no consideró que en el mercado del cacao se presentaron fallas en su funcionamiento o distorsiones en las condiciones de competencia y por el contrario consideró que los precios de transacción correspondían a un mercado que funcionaba correctamente". Con fundamento en ello se concluye que:

*"(...) la imposición de sanciones en el mercado de compra de cacao, sin que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural lo hubiese solicitado, implica una violación del procedimiento previsto en las normas aplicables al sector agrícola".*

- 4.3.7. En el caso de la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el apoderado de NACIONAL estima que la autoridad puede sancionar "acuerdos, actos o prácticas que aunque no se encuentren expresamente descritas en la Ley como conductas restrictivas de la competencia, tienen por objeto generar este tipo de restricciones". Por lo tanto, "si un acuerdo, acto o práctica se encuentra descrito dentro de las normas de libre competencia como restrictiva, no puede al mismo tiempo infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959". Sobre el particular, añade:

*"En parte alguna de la Resolución de apertura de la investigación o de la Resolución No. 4946 de 2009 se indicó cuál era el hecho diferente al supuesto acuerdo de precios de compra de cacao en virtud del cual las investigadas habrían infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, razón por la cual resulta evidente que las investigadas no realizaron una conducta distinta que pudiese considerarse una infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959".*

- 4.3.8. Frente a las razones que usó la SIC para sostener que una diferencia de \$20 en el mercado de compra de cacao corriente no constituye una señal de competencia, el apoderado consideró que:

*"a. Si se revisa la Tabla 6 elaborada por la propia SIC se aprecia que de 216 datos, 115 tienen diferencias superiores a \$20, esto es, en más del 50% de las veces, los precios difieren en un valor superior a aquel que los participantes del mercado consideran suficiente para decidir si le venden el cacao a uno u otro comprador. En su lugar, la SIC llega a conclusiones con fundamento en 14 datos que contienen promedios nacionales sin ningún tipo de ponderación.*

*b. La diferencia de precios que se mencionaron (sic) en los alegatos no es cualquier diferencia como despectivamente lo señala la Resolución No. 4946 de 2009, sino una que los participantes del mercado consideran significativa.*

*c. La tesis expuesta por los apoderados de las investigadas no lleva a la conclusión de que cualquier diferencia significa que existe competencia, sino que no existe paralelismo cuando existe una diferencia de precios que los participantes del mercado consideren representativa.*

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*d. Utilizando el método de argumentación de la SIC, habría entonces que concluir que ninguna diferencia de precios sería suficiente para sostener que no existe paralelismo. Esta conclusión claramente demuestra que el concepto de paralelismo que adopta la entidad lleva a que se tomen decisiones injustas".*

- 4.3.9.** Según el apoderado de NACIONAL, durante el periodo de investigación ocurrieron hechos que resultan contrarios a los intereses de NACIONAL y LUKER. Para el apoderado, esto desvirtúa la existencia de una conducta anticompetitiva ya que no es razonable que las empresas hayan ejecutado un acuerdo que las perjudicara.

En primer lugar, el apoderado afirma que el precio de compra de cacao corriente durante 2005 y 2006 fue superior al que se había presentado en años anteriores. Así las cosas, señala que *"[r]esulta bastante extraño, por decir lo menos, un acuerdo de precios de compra de cacao en el que se mantiene alto el precio de compra de la materia prima y no se aumentan los precios de venta del producto final".*

En segundo lugar, para el apoderado de NACIONAL, *"[e]l hecho de que CNCH hubiese realizado importaciones de cacao y que LUKER no las hubiera realizado indica que no existe acuerdo".* En ese sentido afirma:

*"En efecto, en el caso de un acuerdo lo lógico es que las empresas involucradas en el mismo reciban los mismos beneficios o al menos proporcionales. Por lo tanto, que CNCH haya debido realizar importación de materia prima a precios en algunos casos superiores a los que existían en Colombia y que la otra parte del supuesto acuerdo no hubiese tenido que incurrir en ese mayor costo y trámites administrativos, indica precisamente todo lo contrario a una práctica colusiva.*

*Sería absurdo que una persona forme parte de un acuerdo como consecuencia del cual asume unos costos que la otra parte no tiene que asumir, sin recibir nada a cambio".*

En tercer lugar, el apoderado alega que NACIONAL mantuvo precios de compra de cacao corriente por encima del precio internacional. Por lo cual afirma que:

*"Sería bastante extraño que si como lo supone la Resolución, los agricultores no tenían alternativas para venderle el cacao a terceros distintos de las empresas investigadas, NACIONAL hubiese mantenido precios que se aproximaron o que estuvieron inclusive por encima del precio internacional".*

En cuarto lugar, el apoderado sugiere que la pequeña cantidad de cacao exportado por los productores colombianos durante el 2005 y el 2006 demuestra la inexistencia de un acuerdo. Afirma que *"[s]i no se dieron mayores exportaciones fue porque el precio pagado en Colombia resultaba atractivo. Tal situación resulta bastante extraña en un mercado en el que supuestamente existe un acuerdo de precios de compra de la materia prima".*

En quinto lugar, el abogado de NACIONAL señala que la compañía pagó en promedio \$24 pesos más por kilo de cacao corriente. Lo anterior implica que NACIONAL pagó por la materia prima más que su competidor, lo que resulta

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

absurdo si las dos empresas hubieran celebrado un acuerdo de fijación de precios.

En sexto lugar, según el apoderado de NACIONAL, LUKER tuvo una reducción de sus utilidades. A juicio del abogado, este hecho desvirtúa la existencia de un acuerdo ya que es bastante extraño que se llegue a un acuerdo de compra de materias primas en el que una de las participantes vea reducidas sus ganancias.

**QUINTO:** Que frente a los argumentos presentados por los apoderados de las empresas sancionadas, la SIC procede a pronunciarse así:

### **5.1. Caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC**

Los apoderados de las empresas sancionadas argumentan que en el presente caso ha ocurrido la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC.

#### **5.1.1. La alegada ocurrencia de la caducidad: "el acto administrativo no se encuentra en firme"**

Los apoderados de NACIONAL y LUKER argumentan que la caducidad de la facultad sancionatoria ha ocurrido ya que transcurrieron más de tres años desde la ocurrencia del último hecho investigado y aún la resolución de sanción no se encuentra en firme por no haberse agotado la vía gubernativa.

Tanto el apoderado de LUKER como el de NACIONAL citan un concepto de 25 de mayo de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. En este concepto se resumen las diferentes posiciones de la corporación frente al tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de las autoridades administrativas y se concluye que:

*"De acuerdo con lo previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, dentro de los tres (3) años siguientes a la comisión de la infracción, previstos por el legislador como término de caducidad de la facultad sancionadora, la administración deberá proferir, notificar y agotar la vía gubernativa del acto administrativo que impone la sanción. En consecuencia, si el término previsto en el citado artículo ha transcurrido sin que se haya dictado y ejecutoriado el acto que le ponga fin a la actuación administrativa correspondiente, la administración habrá perdido competencia para pronunciarse al respecto"*<sup>1</sup>.

Esta Superintendencia respetuosamente se aparta del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que fue citado por los apoderados y acoge la interpretación jurisprudencial que de forma mayoritaria y reiterada ha venido sosteniendo en los últimos años la Sala de lo Contencioso Administrativo en las Secciones Primera y Cuarta<sup>2</sup>, única que consideramos consecuente con las normas

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2005, Exp. 1632.

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 20 de septiembre de 2002, Exp. 7042 y sección cuarta, sentencias de 18 de septiembre de 2003, Exp. 13353; 9 de diciembre de 2004, Exp. 14062; 15 de junio de 2001, Exp. 11869, y 9 de junio de 2005, Exp. 14188.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

que rigen en general las actuaciones administrativas. Es fundamental aclarar que esta entidad desarrolló la actuación administrativa y le puso fin con la Resolución 4946 de 2009, que se notificó dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia del último hecho investigado, esto es, antes del último día del mes de febrero de 2009.

En sentencia de 4 de septiembre de 2008, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, reiteró:

*"La caducidad del artículo 38 citado, se empieza a contar desde la fecha en la cual se produzca el hecho sancionable, conforme a la definición legal de la infracción y finaliza con la notificación del acto sancionatorio, por lo que es este momento el que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos, pues 'al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora'<sup>14)</sup> (subraya fuera del texto).*

*Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en anteriores oportunidades, en el sentido de que, es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si la administración obró oportunamente, independientemente de la interposición de los recursos correspondientes, (...)" (subraya fuera del texto).*

En este mismo sentido se pronunció el 20 de octubre de 2005 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

*"En tratándose de la facultad sancionatoria de la Administración y para los efectos de la aplicación de la caducidad, la Sala en algunos pronunciamientos ha precisado que siendo la interposición de los recursos una circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado, el cual, a su arbitrio, decide si debe acometerla o no, no debe ser tenida en cuenta para establecer tal fenómeno; por ende, lo que debe exigirsele a la Administración se reduce a que resuelva sobre la situación del investigado y notifique su decisión dentro del lapso que le confiere la norma, sin que se requiera la firmeza o ejecutoria de ese acto (subraya fuera del texto)"<sup>3</sup>.*

De la misma forma, el 23 de mayo de 2002 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, acogió la tesis que la Sección Cuarta había adoptado frente al tema de la caducidad en la sentencia del 8 de septiembre de 2000<sup>4</sup> y determinó que la caducidad no había operado en el caso bajo examen ya que la resolución de sanción se había expedido y notificado "dentro del término que tenía la administración para hacerlo"<sup>5</sup>.

Reafirmando lo anterior, en sentencia del 15 de noviembre de 2007, la Sección Primera resolvió declarar la caducidad de una sanción administrativa que no había

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 6 de septiembre de 2001, Exp. 6283.

En esa decisión participó como conjuuez el doctor Libardo Rodríguez, a quien uno de los apoderados cita para desarrollar su capítulo sobre caducidad de la facultad sancionatoria.

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 8 de septiembre de 2000.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de mayo de 2002, Exp. 6889.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

sido notificada antes de cumplidos los tres años desde que la administración tuvo conocimiento de la conducta reprochable. En aquella decisión, también se dejó claro que el término de caducidad consagrado en el artículo 38 del C.C.A., se debería contar hasta la notificación del acto sancionatorio<sup>6</sup>.

Además de la jurisprudencia antes citada, el artículo 38 del C.C.A establece:

*"Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas."*

Este artículo se encuentra inserto en el título I del C.C.A. que se refiere a las "Actuaciones administrativas".

La resolución de sanción es la actuación mediante la cual se pone fin a la actuación administrativa y la vía gubernativa es una etapa posterior y diferente donde la administración revisa la decisión tomada en sede administrativa, con el fin de que el funcionario competente aclare, modifique o revoque la decisión y en donde, en estricto sentido, no se ejerce la facultad sancionatoria, pues esta termina con la sanción.

Posteriormente, el C.C.A. en el título II que se refiere a la vía gubernativa, establece en el artículo 50 que se refiere a los recursos de la vía gubernativa: "*Por regla general contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos: (...)*" (subraya fuera de texto).

Es claro entonces, que la actuación administrativa ha culminado y la vía gubernativa es una etapa diferente a aquella en que la autoridad ejerce su facultad sancionatoria, no solo porque el mismo artículo 50 indica que solo podrá ejercerse el recurso respecto de los actos que ponen fin a la actuación administrativa, sino que está en concordancia con la organización del mismo C.C.A., que diferencia las dos etapas con claridad.

En la presente actuación administrativa y en ejercicio de la facultad sancionatoria, la SIC adoptó la decisión definitiva que puso fin a la actuación administrativa en la Resolución 4946 de 2009, sancionando a las empresas NACIONAL y LUKER y al representante legal de esta última compañía.

<sup>6</sup> En esta sentencia la Sección Primera aclaró que: "En el presente asunto, el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina tuvo conocimiento de la conducta violatoria de la legislación pesquera, por medio del Oficio de fecha 2 de junio de 2000, suscrito por el Técnico de la Secretaría de Agricultura y pesca de dicha entidad territorial, como consta en el numeral primero de la parte considerativa de la Resolución N°1601. Ello indica que la oportunidad para imponer la sanción correspondiente, vencía el 2 de junio de 2003 y como quedó demostrado, la entidad demandada dio inicio al proceso sancionatorio el 30 de marzo de 2001 por Auto N°012 e impuso la multa el 4 de junio de 2002 mediante la citada resolución 1601, decisión que fue notificada personalmente el día 10 de julio de 2003 como consta el vuelto del folio 26. En consecuencia, es claro que la sanción objeto de este proceso se profirió y notificó con posterioridad a la fecha en que caducó la facultad sancionadora esto es, luego de vencido el término de tres (3) años de que trata el artículo 38 del C.C.A. Lo anterior impone revocar el fallo impugnado y, en su lugar, declarar la nulidad de la Resolución 1601 de 2002". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 15 de noviembre de 2007, Radicación Número 88001-23-31-000-2003-00072-01.

Adicionalmente, adoptar la tesis según la cual la firmeza del acto administrativo es la que suspende el término de la caducidad, conduciría a que el plazo para las autoridades no solo sería muy inferior al estipulado en el artículo 38, sino que la autoridad no tendría certeza del plazo hasta cuándo podría decidir, pues debería considerar los plazos de la notificación bien sea que esta se surta personalmente o por edicto, el tiempo de interponer los recursos y decidirlos.

La Resolución 4946 de 2009 es la decisión definitiva de la actuación administrativa radicada con el No. 06-025839 de 2006, decisión que se promulgó y notificó dentro del término de tres (3) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que motivaron las sanciones.

#### **5.1.2. El último hecho investigado no ocurrió el 18 de enero de 2005**

Los apoderados de NACIONAL y LUKER argumentan que aun si se aceptara la tesis de que la fecha que se debe considerar para determinar si ha operado la caducidad es la de la notificación de la decisión recurrida, las facultades de esta Superintendencia ya caducaron pues el último hecho investigado, esto es, el último de los siete memorandos, se expidió el 18 de enero de 2006.

Aduce el apoderado de LUKER que "(...) es indudable que en el presente caso la capacidad sancionatoria se encuentra caducada ya que el último hecho investigado se presentó el día 18 de enero de 2009 (sic) [2006] y si se cuentan tres (3) años a partir de esa fecha encontramos que la fecha máxima corresponde al 18 de enero de 2009".

Respecto de esta afirmación es importante aclarar que aunque el último memorando que expidieron NACIONAL y LUKER durante el periodo de investigación tiene fecha de 18 de enero de 2006, esto no implica que el acuerdo haya terminado en esa fecha y en consecuencia que haya operado la caducidad de la facultad sancionadora. Según se demostró durante la investigación, los aludidos memorandos tienen la vocación de disciplinar el precio de compra de cacao corriente a futuro y desde su fecha de expedición. Efectivamente, el último memorando estuvo vigente hasta el final del periodo de investigación y el paralelismo de los precios de compra de NACIONAL y LUKER se continuó observando después del 18 de enero de 2006 y al menos hasta el último día de febrero de 2006. Es importante aclarar que el reproche de esta Superintendencia no es que ambas empresas hayan suscrito los citados memorandos de fijación de precio sino que estos hicieron parte del esquema que permitió la actuación concertada. En consecuencia, la sanción impuesta se basa en el paralelismo consciente observado, al menos, hasta el último día de febrero de 2006 y no solamente en los memorandos expedidos hasta 18 de enero de 2006.

Por lo anterior, el acto sancionatorio que culminó la actuación administrativa se dictó y notificó dentro de los tres (3) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que lo ocasionaron, esto es, antes del 28 de febrero de 2009, sin que haya ocurrido la caducidad.

## 5.2. La alegada violación al debido proceso

### 5.2.1. Las supuestas violaciones que se presentaron durante la etapa de investigación y frente al ofrecimiento de garantías

En el recurso de reposición, el apoderado de NACIONAL nuevamente insiste en que a sus clientes, durante el procedimiento administrativo, se les violó el derecho al debido proceso y a la defensa. Las razones de esta afirmación son esencialmente las mismas que reposan en el expediente por haber sido presentadas con ocasión de las observaciones al informe motivado. Básicamente se alega: (i) que la Delegatura de Promoción de la Competencia manejó la información en forma "secreta" durante una etapa del proceso, (ii) que la Delegatura negó la práctica de algunas pruebas y (iii) que el Despacho no motivó la decisión de no aceptar las garantías ofrecidas.

Respecto de la primera alegación, el apoderado de NACIONAL sostuvo que "cada vez que al apoderado de CNCH se le permitió conocer la información que había en el expediente antes de presentar su escrito de contestación y solicitud de pruebas, se le indicó '...que es su deber y obligación mantener la reserva de la información contenida en ella, así como de los documentos que hacen parte del expediente radicado bajo número 06025839'". En opinión del apoderado de NACIONAL "la SIC no le permitió al apoderado de CNCH dar a conocer a terceros (incluidos los investigados) la información que simplemente le permitió ver, y de la cual no le entregó copias, tal y como consta en el memorial radicado el 16 de noviembre de 2006".

El Despacho considera que el apoderado realizó una cita incompleta de la constancia de 20 de noviembre de 2006<sup>7</sup>, por lo que es importante transcribir el párrafo correspondiente para interpretar su correcto sentido. Dice la citada constancia:

*"Que dado que la Resolución 28065 del 25 de octubre de 2006 contiene información considerada como reservada, el Despacho advierte al apoderado sustituto de la COMPAÑIA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y de SOL BEATRIZ ARANGO MESA, que es su deber y obligación mantener la reserva de la información contenida en ella, así como de los documentos que hacen parte del expediente radicado bajo el número 06025839. **Por tal razón, la misma debe ser utilizada para uso exclusivo de la defensa de sus poderdantes en el presente caso**" (subraya y negrilla fuera del texto).*

El aparte resaltado, omitido por el apoderado de NACIONAL, es absolutamente claro en indicar que toda la información y documentos de carácter reservado puede ser utilizada para el ejercicio del derecho de defensa de los investigados, que se reitera no tienen la calidad de terceros, por él representados. Si esa información se consideraba útil para la defensa, imaginamos que el apoderado la ha debido utilizar a su buen juicio en la misma.

De otra parte, el memorial radicado el 16 de noviembre de 2006, mencionado por el apoderado de NACIONAL en su recurso de reposición, trae la solicitud expresa de que el "término para aportar y solicitar pruebas dentro de la investigación solamente

<sup>7</sup> Cuaderno 9, Folio 188

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*empiece a correr una vez se haya notificado de manera completa a mis representados el acto administrativo de apertura...<sup>8</sup>.*

Teniendo en consideración lo anterior, debe el Despacho recordar que la notificación personal al apoderado de NACIONAL y Sol Beatriz Arango Mesa de la Versión Privada de la Resolución 28065 de 25 de octubre de 2006 se efectuó el 20 de noviembre de 2006. Finalmente, vale la pena mencionar que los descargos y solicitud y aporte de pruebas de NACIONAL y Sol Beatriz Arango Mesa fueron radicados el 12 de diciembre de 2006, es decir, pasados 15 días hábiles desde la fecha de notificación personal, lo cual demuestra que su actuación se efectuó dentro de lo que él mismo solicitó en su memorial de 16 de noviembre de 2006, ello es, que el *"término para aportar y solicitar pruebas dentro de la investigación solamente empieza a correr una vez se haya notificado de manera completa a mis representados el acto administrativo de apertura (...)"*.

En virtud de las anteriores consideraciones, el Despacho estima que son infundados los argumentos del apoderado de NACIONAL sobre el "manejo secreto" de la información y la supuesta violación del debido proceso y derecho de defensa.

Respecto de la segunda alegación, el apoderado de NACIONAL afirmó que esta Superintendencia negó la práctica de algunos dictámenes periciales y el testimonio del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y que además determinó que contra ese acto no procedían los recursos de vía gubernativa. A juicio del apoderado, *"[s]i la administración niega la práctica de las pruebas que las investigadas consideran que sirven de fundamento para soportar sus argumentaciones y, además esas decisiones no tienen posibilidad de ser controvertidas, sinceramente la posibilidad de contradicción y el núcleo del derecho a un debido proceso, se encuentra atacado"*.

Al respecto, es importante mencionar que estos asuntos ya habían sido planteados por el apoderado en el escrito de comentarios al informe motivado y habían sido resueltos por este Despacho en la Resolución 4946 de 2009. En aquella oportunidad se sostuvo que:

*"La posibilidad de rechazar pruebas no puede ser entendida, como lo pretende NACIONAL, como obstáculo al derecho de defensa dentro de la investigación, pues el decreto de pruebas pasa por la verificación de que las mismas cumplan con unos determinados requisitos legales, como son, entre otros, la conducencia, pertinencia, legalidad y utilidad de la prueba que se solicita su decreto y práctica"*.

Según se puede apreciar en el acto de pruebas emitido por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, radicado con el número 06-025839-043-01, de 22 de diciembre de 2006, las únicas pruebas rechazadas fueron: (i) el oficio solicitado por NACIONAL para que se anexe a esta investigación copia de las bases de cálculo de las gráficas elaboradas por la Delegatura en la Resolución 28065 de 25 de octubre de 2006; (ii) el dictamen pericial solicitado por NACIONAL mediante el cual se pretendía que un experto explicara, en términos generales, las características y funcionamiento del mercado de cacao y del mercado de chocolates de mesa y cocoas; (iii) el dictamen pericial solicitado por LUKER mediante el cual se

<sup>8</sup> Cuaderno 9, Folio 204

pretendía que un experto explicara si existían modificaciones en los precios de venta de los productos investigados, si en la facturación de LUKER se presentaban descuentos y si existía correspondencia entre el valor neto a pagar y el contenido en la lista de precios; y (iv) el testimonio del señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

En el citado acto de pruebas, la Delegatura motivó cada una de estas decisiones. Así por ejemplo, respecto del oficio solicitado por NACIONAL, la Delegatura afirmó que esa prueba había sido negada ya que las gráficas habían sido elaboradas utilizando la información que las propias empresas habían enviado a la SIC. Por lo tanto, las solicitadas bases de datos ya hacían parte del expediente y obviamente podían ser consultadas por los apoderados.

Respecto de ambos dictámenes periciales, la Delegatura consideró que las empresas eran las encargadas de explicar la relación existente entre sus decisiones y la estructura de mercado y entre las listas de precios, la política de descuentos y el valor neto a pagar por cada producto. Efectivamente, si estos temas se encontraban relacionados con las decisiones de cada empresa, eran ellas las encargadas de explicarlos.

Finalmente, en cuanto al testimonio del señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, la Delegatura determinó que los apoderados no habían solicitado la prueba teniendo en cuenta los requisitos que, para este tipo de funcionarios, establece el Código de Procedimiento Civil. Es importante señalar que este testimonio había sido solicitado para que se aclararan temas relacionados principalmente con *"la dinámica y formación de los precios de compra de cacao, sobre el papel del cacao en los programas de desarrollo rural, sobre la tendencia e influencia de los precios internacionales y los costos de internación en el precio de compra nacional de cacao [...]"*<sup>9</sup>. A lo largo de la investigación se recaudaron pruebas relacionadas con todas estas cuestiones<sup>10</sup>. Esto demuestra que a lo largo de la presente actuación, a los investigados se les garantizó su derecho a solicitar, aportar y controvertir las pruebas necesarias para aclarar lo hechos materia de investigación.

Luego cada uno de los rechazos fue debidamente motivado, lo que descarta la existencia de arbitrariedad en la decisión. Adicionalmente, a lo largo de la investigación, los apoderados de NACIONAL y LUKER tuvieron otros medios de prueba para demostrar sus afirmaciones y sustentar sus alegaciones. Por ejemplo, los apoderados participaron en las diligencias de testimonio y declaración de las personas

<sup>9</sup> Cuaderno 10, folio 50.

<sup>10</sup> En particular se encuentran las siguientes pruebas:

- a. Testimonio de la directora de cadenas productivas, señora Nohora Beatriz Iregui González.
- b. Acuerdo Regional de Competitividad de la Cadena del Cacao y su Agroindustria en el Departamento de Antioquia, 2002.
- c. En el acta de la Reunión del Consejo Nacional Cacaotero celebrada el 19 de mayo de 2006 y que aparece en el expediente en los folios 315 a 318 del Cuaderno 9. Esta acta contiene la declaración del Ministro sobre la mayoría de estos temas.
- d. Testimonio de Manuel Roberto Sánchez Rojas, funcionario de la Dirección de Cadenas Productivas del Ministerio de Agricultura.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

encargadas de definir la política de precios y descuentos de cada empresa y de establecer los precios de compra de materia prima y de venta de productos finales. En estas diligencias también se indagó sobre la relación entre la estructura de mercado y las decisiones de cada empresa y sobre la alegada divergencia entre los precios netos pagados y los precios de lista. Además, el apoderado de NACIONAL allegó al expediente el estudio de Fedesarrollo titulado "Características y funcionamiento del mercado de cacao y sus derivados en Colombia", el cual tenía como objetivo "[a]nalizar las características y el funcionamiento del mercado de cacao y sus derivados en Colombia, especialmente el chocolate de mesa y las cacaos, con el fin de aportar elementos de análisis a la investigación que la Superintendencia de Industria y Comercio adelanta en contra de los principales productores de chocolates en Colombia, por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia"<sup>11</sup>. Posteriormente, se realizaron dos diligencias en las que se recibieron los testimonios de las expertas de Fedesarrollo que realizaron el estudio.

La Corte Constitucional ha establecido claramente cuáles son las garantías mínimas que en materia probatoria deben existir para que no se configure una violación al debido proceso y al derecho de defensa. En la sentencia C-1270 de 2000, se establece que como mínimo se deben garantizar los siguientes derechos:

*"i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso"*<sup>12</sup>.

En el presente caso, se garantizó que los apoderados ejercieran todos estos derechos. La decisión de rechazar pruebas no fue autoritaria y tampoco implicó que se limitara la evidencia que las compañías podían utilizar para defenderse. Finalmente, la decisión de no conceder recursos contra el acto de pruebas no contraría ninguna disposición legal y encuentra pleno fundamento en la doctrina constitucional<sup>13</sup>, tal como se expuso en la decisión recurrida. Por lo tanto, el Despacho estima que no existen razones para aceptar los argumentos del recurrente.

En el tema de las pruebas, el apoderado de NACIONAL también afirmó que "[a]l parecer la entidad se sentía más contraparte de las investigadas que un órgano que busca la realidad de los hechos, independientemente de a quien favorezcan". Soporta esta afirmación en el hecho de que la SIC decretó de oficio unas pruebas cuando ya se habían practicado todas las pruebas y "las investigadas no podían ya solicitar y aportar nuevas evidencias".

Frente a lo anterior, este Despacho debe manifestar, en primer lugar, que rechaza las afirmaciones realizadas en el recurso de reposición de NACIONAL que sugieren un

<sup>11</sup> Cuaderno 22, folios 7 a 103.

<sup>12</sup> Sentencia C-1270 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>13</sup> Al respecto se puede consultar la Sentencia T-1395 de 2000.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

presunto actuar parcializado en la presente investigación. Decretar pruebas de oficio es una herramienta para encontrar "la verdad de los hechos", cosa diferente es que tal evidencia resultara acreditando la responsabilidad administrativa de los investigados.

Verificado el expediente, se tiene que todas las actuaciones de la SIC, entre ellas el decreto y práctica de pruebas, se han apegado estrictamente a las disposiciones que regulan la materia. En efecto, dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que "[d]urante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes". Por lo tanto, resulta por lo menos extraño que un investigado censure el hecho de que una autoridad administrativa decrete de oficio, en el ejercicio de su facultad –y deber– de instruir la actuación administrativa, las pruebas que considere pertinentes a efectos de encontrar la verdad material sobre los hechos investigados. De hecho, aceptar los planteamientos del apoderado de NACIONAL conduciría al absurdo de tener que aceptar que cada vez que esta Superintendencia decreta pruebas de manera oficiosa estaría actuando de forma parcializada y contra los intereses de los administrados. De hecho, practicar pruebas decretadas de oficio necesariamente tiene por objeto establecer con claridad los hechos relacionados con la actuación. Evidentemente, estos hechos acreditados pueden jugar a favor o en contra de los intereses del investigado.

Es importante aclarar que cuando el Delegado para la Promoción de la Competencia expide el acto de apertura de investigación, formula una hipótesis sobre la responsabilidad administrativa de los investigados. Su actuación debe dirigirse a desarrollar la indagación para determinar si ha habido una infracción. Su deber entonces es adelantar la investigación salvaguardando las garantías procesales de los investigados. Desde esta perspectiva, no puede ser reprochable que el Delegado decreta pruebas de oficio con el objetivo de determinar la verdad de los hechos siempre y cuando se hayan respetado todos los principios del debido proceso.

Adicionalmente, es importante mencionar que el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, en su calidad de sujeto disciplinable y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único, debe actuar en el desempeño de su cargo de conformidad con los derechos, deberes, prohibiciones, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses establecidos en la Constitución y la ley, todo lo anterior en aras de garantizar, entre otras, "la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad" en el desempeño del servicio público. Esta disposición no es otra cosa que el desarrollo legal del principio constitucional de imparcialidad de la función administrativa previsto en el artículo 206 de la Constitución Política.

En desarrollo de lo anterior, establece expresamente el numeral 2 del artículo 34 de la citada ley el deber de todo servidor público de "[c]umplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado (...)", al igual que darles un trato imparcial a las personas con las que tenga relación en razón de su cargo, según lo establece el numeral 6 del mismo artículo en cita. De otra parte, el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo consagra la imparcialidad como uno de los principios orientadores de la actuación administrativa, el cual se define como el deber de las autoridades administrativas de "actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos (sic)".*

Ahora bien, si en sentir del apoderado de NACIONAL este Despacho no está garantizando la aplicación del principio de imparcialidad, por demás de estirpe constitucional, está en libertad de acudir a presentar la respectiva queja ante la Procuraduría General de la Nación en los términos de los artículos 67 y 69 del Código Disciplinario Único.

Por último, frente a la alegación relacionada con la falta de motivación de la decisión de no aceptar garantías, el Despacho considera que este tema fue ampliamente tratado en el numeral 7.3 de la Resolución 4946 de 2009 y se remite a lo allí decidido.

#### **5.2.2. La supuesta violación del procedimiento establecido en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992**

El apoderado de NACIONAL considera que constituye una violación al debido proceso el hecho de que en el expediente no existe documento alguno en el que conste el concepto del Consejo Asesor. Al respecto, el citado artículo 24 del Decreto 2153 de 1992 establece que:

*"ARTICULO 24. CONSEJO ASESOR. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la promoción de la competencia integrado por cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República y cuyos honorarios serán fijados por resolución ejecutiva.*

*El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los eventos a que se refieren los numerales 11, 13 y 15 inciso primero del artículo 4o del presente Decreto (...)"*

Según lo dispuesto en esta norma, el Superintendente deberá escuchar al Consejo Asesor cuando considere imponer una sanción por violación de las normas sobre promoción de la competencia. En el presente caso el Consejo fue convocado y se reunió, con el quórum correspondiente, el día 20 de enero de 2009. Como es habitual, durante la reunión dio el concepto solicitado en desarrollo de su función de asesorar al Superintendente, tal y como se afirmó en la Resolución 4946 de 2009 y según consta en el acta que reposa en el Despacho del Superintendente. Por lo anterior, no se infringió el procedimiento previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992.

#### **5.2.3. La ausencia de solicitud del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para que la SIC iniciara la investigación contra NACIONAL y LUKER**

Adicionalmente, el apoderado de NACIONAL afirma que según lo establecido en el numeral 13 del artículo 3 del Decreto 2478 de 1999, la investigación administrativa que desarrolló la SIC en contra de NACIONAL y LUKER, debía haber sido solicitada por el MADR. A juicio del apoderado, dado que no existió esta solicitud, se presentó una violación del procedimiento previsto en las normas aplicables al sector agrícola. La norma a la que hace referencia el abogado es la siguiente:

**"ARTICULO 3o. 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:

(...)

13. Regular los mercados internos de productos agropecuarios y pesqueros, 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".

La norma anteriormente citada se refiere a las funciones que desarrolla el MADR como regulador de los mercados internos de productos agropecuarios. La disposición también menciona que el MADR puede proponer que se inicien medidas o acciones tendientes a corregir las distorsiones existentes en los mercados de los productos agropecuarios. Lo que, como es apenas obvio, no establece la norma, es que cuando otros organismos competentes observen conductas ilegales dentro de los mercados agrícolas, no pueden desarrollar sus funciones legales sin que medie la solicitud del MADR. En este sentido, la norma otorga una función al MADR pero no establece una limitación al ejercicio de las funciones legales que se han conferido a otras autoridades, como por ejemplo a la SIC.

Aceptar lo contrario conduciría a que la competencia de la SIC para investigar y sancionar a los agentes responsables de actos anticompetitivos, en los mercados agrícolas, dependería de un requisito de procedibilidad no previsto en la norma, consistente en una queja del MADR. En consecuencia, la SIC no podría dar trámite a las quejas presentadas por terceros ni iniciar investigaciones de forma oficiosa. Esta conclusión resulta contraria a lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el que se establece:

**"Artículo 52. Procedimiento.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación" (subraya fuera del texto).

Dado que la norma especial citada por el apoderado de NACIONAL no señala que las investigaciones por prácticas contrarias a la competencia deben ser iniciadas únicamente por solicitud del MADR y partiendo del hecho de que la SIC tiene la facultad de iniciar trámites de oficio, el Despacho estima que no existen razones jurídicas que sustenten la alegada violación al debido proceso.

#### 5.2.4. Sobre el comunicado de prensa

Argumenta igualmente el apoderado de NACIONAL que las decisiones del Despacho carecen de imparcialidad consistente en la expedición de un comunicado de prensa en el que se señaló que "[l]os precios de compra de cacao para el periodo enero 2005 a febrero de 2006, fueron el resultado de un acuerdo entre competidores evidenciado a partir del análisis de diferentes pruebas obtenidas a lo largo de la investigación, que indicaban de manera incontrovertible la intención de actuar de forma coordinada y armónica en el mercado". Para el apoderado, esta afirmación parece indicar que los

argumentos presentados en los recursos de reposición no serán tenidos en cuenta por el Despacho.

En primer lugar, debe precisarse que el alcance del comunicado de prensa se circunscribe a la comunicación al público del contenido de la decisión adoptada por este Despacho en la resolución de sanción y en todo caso es anterior a la presentación de los recursos. Como es apenas lógico, la Resolución 4946 de 2009 impuso las sanciones allí contenidas bajo el supuesto elemental de que el Despacho encontró en el momento de su expedición pruebas que demostraban de forma plena la práctica anticompetitiva allí reprochada.

Contrario a lo que afirma el apoderado, el término "incontrovertible" no significa que la SIC anticipó que los argumentos planteados en los recursos no serían tenidos en cuenta. Simplemente indica que la entidad, basada en las pruebas que obran en el expediente, alcanzó el nivel de convencimiento necesario para proferir una resolución de sanción. Es decir, la entidad consideró que la evidencia existente demostraba de forma suficiente la comisión de las conductas anticompetitivas alegadas. Así las cosas, el término empleado demuestra seguridad en la decisión y no parcialidad y de cualquier manera no hacia nada distinto a recoger las conclusiones consignadas en la Resolución 4946 de 2008. De hecho, en el mismo comunicado de prensa esta entidad reconoció que la decisión se volvería a revisar si las sancionadas hacían uso de los recursos legales. En el texto del comunicado de prensa (que el apoderado omite reproducir) se menciona de forma expresa que contra dicha resolución procede el recurso de reposición. En caso de ser interpuesto dicho recurso, debe el Despacho proceder a estudiar los argumentos que los investigados pongan de presente, como en efecto lo hace en la presente resolución.

Adicionalmente, si el apoderado considera que la expedición del mencionado comunicado de prensa puede ser interpretada como un hecho comprometededor de la imparcialidad del Despacho, vale la pena recordarle que la vía jurídica prevista en la ley para tratar dicha situación es recusar al funcionario respectivo, además de presentar la queja disciplinaria ya referida.

### **5.3. La alegada ausencia de paralelismo**

Los recurrentes reprochan al Despacho la definición de paralelismo adoptada en la Resolución 4946 de 2009, así como la metodología empleada para determinar la existencia de un comportamiento paralelo en los precios de compra de cacao corriente entre las investigadas. También arguyen que la evidencia es insuficiente para llegar a las conclusiones que se presentaron en dicha resolución. A continuación el Despacho se refiere a los argumentos presentados en ese sentido.

#### **5.3.1. Definición de paralelismo**

Respecto de la definición de paralelismo consciente utilizada por la SIC, el apoderado alega que es diferente a la que se utilizó en la Resolución 7951 de 2002: "[l]a SIC modificó de manera drástica y no sustentada el concepto en mención, pasando de una identidad o un nivel de 'aproximación sorprendente e inexplicable en condiciones de mercado'<sup>18)</sup> a unas 'tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo'<sup>19)</sup>."

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

En la Resolución 7951 de 2002 la definición de paralelismo está expresada en los siguientes términos:

*"El paralelismo implica de por sí, que las conductas desplegadas por varios agentes presenten identidad o un nivel de aproximación sorprendente e inexplicable en condiciones de mercado. Siendo más gráficos, podríamos decir que esta situación tiene lugar, cuando quiera que el obrar de varios actores económicos se presente en líneas, cuya superposición se revela casi perfecta"<sup>14</sup>.*

En cuanto al acto consciente, la Resolución plantea que:

*"Se entiende por consciente, que se siente, piensa, quiere, obra con cabal conocimiento y plena posición de sí mismo"<sup>15</sup>.*

Esta definición está basada en un concepto previo de la SIC; en la Resolución 36903 de 2001, se afirma que:

*"El paralelismo implica de por sí que las conductas desplegadas por varios agentes presentan similitud o identidad; para ser más gráficos, que se mantienen en una misma línea cuya superposición resulta casi perfecta, lo que permite colegir una sincronización de comportamientos.*

*De esta forma es preciso tener en cuenta que para que se dé una práctica conscientemente paralela se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por los otros competidores y, en segundo lugar que se decidan a seguirlas o a hacer que se imiten o se sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía de actuar. Por tanto para que la modalidad de acuerdo que se analiza tenga ocurrencia, es necesario que concurren en forma simultánea los elementos antes descritos, de tal suerte que la ausencia de cualquiera de ellos impide la configuración de la práctica conscientemente paralela"<sup>16</sup>.*

En todos los casos se observa que la definición de paralelismo consignada en la Resolución 4946 de 2009 no se aparta del marco de referencia que inicialmente la misma SIC había utilizado para definir ese término. En la Resolución 7951 de 2002, citada en los recursos del apoderado de LUKER y en la Resolución 369303 de 2001, que es fuente citada en la resolución anterior, a lo que se hace referencia es al concepto de identidad y aproximación sorprendente en las conductas de las firmas, lo cual no implica que los valores de las variables observadas tiendan a ser iguales entre sí. Por el contrario, el concepto referido sobre las conductas de los agentes implica precisamente que tal similitud en el comportamiento logre reflejarse en la evolución de las variables analizadas, en donde se puedan apreciar tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos tal como se propone en la página 21 de la Resolución 4946 de 2009.

Sin perjuicio de lo anterior, en este punto resulta necesario señalar que nada tiene de reprochable que la SIC evolucione en sus construcciones doctrinales.

<sup>14</sup> Resolución 7951 de 2002, página 6.

<sup>15</sup> Resolución 7951 de 2002, página 6.

<sup>16</sup> Resolución 36903 de 2001, página 15.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

Por otra parte, este Despacho concede el argumento del apoderado de NACIONAL con relación a que el concepto de paralelismo hace parte de lo que la doctrina del derecho administrativo denomina concepto jurídico indeterminado, no sin antes advertir que a esta Superintendencia, como autoridad competente, le corresponde dar contenido a dicho concepto y que de hecho así lo hizo en la Resolución 4946 de 2009. Si bien el paralelismo *per se* es un concepto geométrico perfectamente definido, que por si solo no tiene una connotación negativa para el derecho de la competencia, el *paralelismo consciente* sí la tiene ya que involucra el ánimo de los agentes de abstenerse de competir.

### 5.3.2. Críticas a la metodología para determinar la existencia de un paralelismo en los precios de compra

Frente al supuesto carácter antitécnico del análisis que realiza esta entidad para determinar la existencia del paralelismo de precios, es importante recalcar dos puntos centrales: el primero que apunta a dar mayor explicación metodológica frente al conjunto de indicadores utilizados para determinar la presencia de paralelismo y el segundo que justifica la adopción de un análisis basado en promedio de precios de compra de cacao corriente. En la Resolución 4946 de 2009, esta Superintendencia utilizó dos indicadores que permitieron cuantificar el grado de asociación entre variables, estos fueron: el coeficiente de correlación y el error cuadrático medio<sup>17</sup>, indicadores calculados a partir de la información reportada por las empresas investigadas. El uso de cada uno de los indicadores mencionados fue el resultado de una revisión metodológica exhaustiva por parte de esta Superintendencia en busca del mejor conjunto de instrumentos que permitiese dar cuenta del grado de asociación o disociación entre los precios de venta de cacao corriente durante el periodo de investigación.

Para el caso del coeficiente de correlación es importante tener en cuenta que su construcción está basada en la definición de covarianza y en la desigualdad de Cauchy Schwarz<sup>18</sup>; de esta manera lo que se define es un índice cuya magnitud oscila entre cero y uno, en donde se expresa la covarianza de dos variables en términos relativos a la variabilidad de cada una de estas de forma independiente. De forma más precisa, si  $\sigma_1$  y  $\sigma_2$  corresponden a las desviaciones estándar de las series 1 y 2 respectivamente y  $\sigma_{12}$  a la covarianza existente entre las dos series, entonces el coeficiente de correlación, denotado convencionalmente por  $\rho$ , estará dado por la siguiente expresión:

$$\rho = \frac{\sigma_{12}}{\sigma_1 \sigma_2}$$

Por la desigualdad de Cauchy y Schwarz se tiene que  $|\sigma_{12}| \leq \sigma_1 \sigma_2$ , lo cual a su vez implica que  $\rho \in [-1,1]$ . Así, entre mayor sea el valor de  $\rho$ , mayor será el grado de asociación entre las variables y entre más cercano sea a -1 mayor será el grado de disociación. Su utilización permite expresar en términos relativos los resultados de medir dicha relación entre variables a través de la covarianza.

<sup>17</sup> Ver definiciones de *error cuadrático medio* y *coeficiente de correlación muestral* en Wooldridge, J. *Introducción a la Econometría*, Thomson Learning, 2001.

<sup>18</sup> Lindgren y McElrath. *Introduction to probability and statistics*. Segunda Edición, Mc Millan, 1967.

Partiendo de esta noción esta Superintendencia encuentra un resultado muy puntual en su análisis que ratifica la idea de paralelismo en el precio de compra de cacao: existe un alto grado de asociación entre los precios de compra de cacao que fijan cada una de las empresas involucradas, que hace que el precio de cada una se parezca más al de su competidora que a un referente común tal como lo es el precio internacional.

En segundo lugar, la SIC acude a la definición del *error cuadrático medio* como un segundo indicador con el fin de explorar la relación existente entre los precios promedio mensuales de compra de cacao y dos elementos: los precios consignados en los memorandos y el precio internacional. Es importante destacar que el error cuadrático medio es *"una forma de comparar estimadores, el cual mide qué tan alejado está el estimador en promedio de un referente, de tal forma que dicho indicador depende de la varianza y el sesgo de las series si alguno está presente. Dicho indicador permite realizar comparaciones de dos estimadores cuando uno o ambos están insesgados"*<sup>19</sup>.

De esta forma, en la Resolución 4946 se afirma que:

*"Para el caso de NACIONAL se encontró que el error cuadrático medio entre el precio promedio mensual de compra y el precio internacional es 15,50 veces el error cuadrático asociado al precio promedio mensual y el precio consignado en los memorandos. Para el caso de LUKER dicha contrastación de errores cuadráticos medios muestra que asciende a 13,99 veces"*<sup>20</sup>.

Son entonces estas las razones que motivaron a esta Superintendencia a elegir cada uno de estos indicadores. Se debe enfatizar que su elección respondió a un ejercicio técnico de elección de instrumentos útiles para cuantificar el paralelismo observado en los precios de compra de cacao corriente durante el periodo investigado.

Propone también el apoderado de NACIONAL que *"tomar precios promedio mensuales o precios promedio nacionales mensuales o semanales sin ningún tipo de ponderación por las cantidades adquiridas en cada municipio o departamento es un mecanismo que termina por igualar cualquier comportamiento de los empresarios"*.

Frente a esta afirmación es importante precisar que esta Superintendencia decide utilizar la media muestral para realizar todo su análisis en la Resolución 4946 de 2009, por cuanto satisface todas las propiedades de acuerdo con la teoría estadística relacionada: *"la media muestral es el mejor estimador lineal insesgado del valor esperado de una variable"*<sup>21</sup>. De esta forma, la noción de precio promedio de compra de cacao corriente a nivel mensual y semanal resulta ser un indicador soportado por la doctrina estadística como un buen estimador de las tendencias de las series analizadas. Ahora bien, esta Superintendencia no desconoce el problema potencial asociado al mecanismo agregador de información que puede tener la definición de

<sup>19</sup> Para una mayor referencia véase: Wooldridge J. *Introducción a la Econometría*, Thomson Learning, 2001, p. 708.

<sup>20</sup> Resolución 4946 de 2009, p. 42.

<sup>21</sup> Takeshi Amemiya (1994). *Introduction to Statistics and Econometrics*. Harvard University Press. Capítulo 7.

Por la cual se resuelve un recurso.

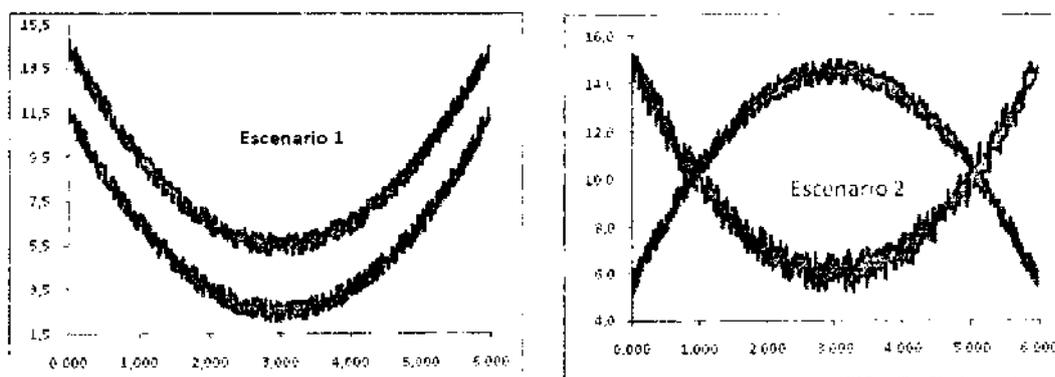
Radicación No. 06-025839

promedio y es precisamente por esa razón que decide plasmar en la Resolución dos tipos de análisis con distinta periodicidad de los datos: un análisis mensual y un análisis semanal. Aún al hacer estos dos tipos de análisis las conclusiones obtenidas por una u otra aproximación son similares, con lo cual queda desvirtuada la afirmación atribuida a los limitantes vinculados con la adopción del promedio como referente metodológico en el análisis.

Lo que efectivamente sorprende a esta Superintendencia es recibir de parte de cada uno de los apoderados una serie de argumentos en defensa de la ausencia del paralelismo en el precio de compra de cacao corriente soportados en un análisis basado en los *coeficientes de variación* del precio "de la totalidad de municipios en los que se compró cacao en Colombia por parte de las investigadas (...) entre los años 2004 y 2005". Resulta importante mencionar en cualquier caso que el coeficiente de variación es una medida relativa de variación de una serie frente a su promedio. En ese sentido, observar un mayor nivel en el coeficiente de variación no es equivalente a un menor grado de paralelismo o viceversa. Aun cuando no corresponde a la SIC hacerlo, para efectos ilustrativos procedemos a aclarar a los recurrentes el valor demostrativo que puede tener el coeficiente de variación en cuanto a su nivel, a través de la siguiente simulación.

Para el efecto se construyeron dos escenarios. En el primero, las series resultan tener movimientos coordinados y armónicos propios a la definición de paralelismo invocada en la Resolución 4946 de 2009, mientras que en el segundo escenario las series siguen comportamientos muy distintos entre sí. El siguiente gráfico permite ilustrar tales comportamientos:

Gráfico No. 1  
Simulación: Paralelismo vs. Coeficiente de variación



Fuente: Cálculos SIC

Como es evidente a partir del gráfico, las tendencias de cada una de las series observadas en el gráfico izquierdo obedecen a comportamientos armónicos a través del tiempo mientras que en el gráfico de la derecha tal afirmación no puede ser soportada. De esta manera, y de acuerdo con los argumentos presentados por ambos apoderados, sería natural identificar coeficientes de variación menores asociados a los datos generadores del gráfico izquierdo frente al mismo coeficiente asociado a los datos del gráfico derecho. Sin embargo, los resultados resultan ser completamente contrarios, tal como se muestra en el siguiente par de tablas:

Tabla No. 2  
Resultados simulación: Paralelismo vs. Coeficiente de variación

Escenario 1 Tendencias Paralelas			
	Serie 1	Serie 2	Agregada
Promedio	8,514	5,488	7,001
Desv. Est	2,690	2,701	3,090
Coef. Var	0,316	0,492	0,441

Escenario 2 Tendencias No Paralelas			
	Serie 1	Serie 2	Agregada
Promedio	9,015	11,482	10,248
Desv. Est	2,711	2,707	2,976
Coef. Var	0,301	0,236	0,290

Fuente: Cálculos SIC

Como se puede observar, las series que se comportan de forma paralela presentan más altos coeficientes de variación frente a las series que no tienen tal comportamiento paralelo. De esta forma, las afirmaciones que realizan los apoderados de LUKER y NACIONAL basadas en el supuesto de que coeficientes de variación mayores son indicio de ausencia de paralelismo son totalmente desestimadas por esta Superintendencia.

Ahora bien, con respecto al tipo de promedios empleados en la resolución impugnada, este Despacho debe señalar que en todos los análisis económicos realizados en la Resolución 4946 de 2009, independientemente del nivel de agregación de las cifras y de su periodicidad (precios de compra municipales, nacionales, semanales o mensuales), se utilizaron promedios ponderados. Así, no es cierto que, por ejemplo, los precios promedio nacionales de compra correspondan al promedio simple de los precios de cada uno de los municipios en los que las investigadas compraron cacao. Esto implicaría, como bien lo notan los apoderados, dar igual ponderación a las compras realizadas en todos los municipios, sin tomar en consideración la participación que cada uno de estos tiene sobre el volumen de acopio nacional.

Los apoderados coinciden en reprocharle a esta entidad el haber fundamentado su análisis en cifras que, en su criterio, no reflejan el comportamiento promedio del precio de compra de cacao. Sin embargo, no sustentan por qué consideran que los datos presentados en la resolución que objetan corresponden a promedios simples y no ponderados. De hecho, basta calcular los precios promedio de acuerdo con la información que obra en el expediente para verificar que esta entidad no cometió el error metodológico que alegan los apoderados; los precios sí se ponderaron de acuerdo con la participación de los volúmenes de compra sobre el total nacional.

El apoderado de NACIONAL asegura que "la SIC emplea un método gráfico" y no los "métodos económicos y estadísticos que las diferentes autoridades de la competencia aplican para determinar si existen comportamientos paralelos entre los precios de participantes en un mercado". Según el recurrente –nuevamente sin aclarar a quién se refiere ni en qué época–, "[l]as autoridades de competencia utilizan el coeficiente de variación para determinar si en verdad existe una correlación entre los precios de diferentes empresas que permita concluir que existe 'paralelismo'".

Al respecto debe señalarse, además de la explicación que ya se hizo de la metodología, que esta se encuentra fundamentada en el cálculo y comparación de las

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

variaciones de precios entre las empresas periodo a periodo. La dirección y magnitud de dichas variaciones dan cuenta de un comportamiento coordinado y armónico en los precios de NACIONAL y LUKER en el periodo investigado. No sobra decir que el hecho de que en la resolución de sanción dichos resultados se hayan presentado de manera gráfica no le resta rigor técnico al análisis. Además, como lo muestra la simulación atrás presentada, el estimador *coeficiente de variación* no es idóneo para probar el comportamiento paralelo de dos series.

Con fundamento en los coeficientes de variación presentados en los respectivos recursos de reposición, los apoderados afirman que en la medida en que las empresas no pagaron los mismos precios en todas las plazas, es inapropiado utilizar promedios nacionales para analizar la existencia de paralelismo. Al respecto es importante señalar que, además de las propiedades que ya se mostraron del estimador media muestral, en la resolución de sanción quedó claro (como se explica en el numeral 5.3.3) que las conclusiones del análisis realizado no dependen exclusivamente de las cifras promedio nacionales, sino que por el contrario obedecen a un análisis integral que consideró series de precios con diversas periodicidades y niveles de agregación (series semanales, mensuales, nacionales, de algunos municipios y de todos los municipios en los que las investigadas compraron cacao en todos los meses del periodo investigado).

Valga la pena señalar que el hecho de que la desviación estándar no sea igual a cero, y en consecuencia tampoco el coeficiente de variación, no implica que no se puedan extraer conclusiones del comportamiento medio de una serie de datos. Además, el coeficiente de variación presentado por los apoderados, en términos absolutos, no permite concluir nada distinto a que hay dispersión de los datos en la medida en que no todos son iguales a la media; a lo sumo podría concluirse de las cifras presentadas por los apoderados en sus respectivos recursos de reposición (ver Tabla 1 de la presente resolución), que no se transó cacao al mismo precio en todos los municipios y que la dispersión de los precios pagados entre municipios no fue la misma año a año, lo que no tiene relevancia alguna frente a los hechos que motivaron la presente actuación.

Finalmente, el apoderado de NACIONAL afirma que “[e]l análisis de la SIC tampoco considera que en varios de los meses del año **CNCH** no necesita adquirir cacao porque tiene suficiente inventario y ha realizado importaciones, motivo por el cual permanece prácticamente quieta, es decir, un periodo importante de los meses objeto de investigación son de poco movimiento en el mercado por falta de oferta”.

La información de volúmenes y precios de compra que obra en el expediente demuestra que NACIONAL adquirió cacao en todos los meses del periodo investigado. Por lo tanto, no es cierta la afirmación del apoderado según la cual “en varios de los meses del año [NACIONAL] no necesita adquirir cacao porque tiene suficiente inventario y ha realizado importaciones”<sup>22</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, vale la pena aclarar que la conclusión sobre el paralelismo no depende de cuánto cacao compraron las empresas.

<sup>22</sup> NACIONAL: cuaderno 1, folio 75; cuaderno 5, folios 4 y 368. LUKER: cuaderno 1, folio 14; cuaderno 11, folio 10.

**5.3.3. La alegada insuficiencia de evidencia para demostrar el paralelismo**

Los apoderados afirman que las coincidencias de precio que la SIC encontró durante el periodo investigado no son suficientes para demostrar la existencia de un paralelismo de los precios, en la medida en que solo el 9% de los datos coincidieron. El apoderado de NACIONAL afirma que *"el análisis de paralelismo que hace la SIC se fundamenta en la revisión del precio promedio mensual de 18 municipios (...) la Tabla 6 que aparece en la propia Resolución No. 4946 de 2009 muestra que en 11 de los 18 municipios analizados (cuando el total son por lo menos 134) los precios promedios mensuales en ambas compañías nunca coinciden. De 216 datos, solamente coinciden 24 datos, esto es, 9.2%. Es decir, en el 90.8% de los datos se presentan diferencias"*.

Es importante precisar que este Despacho demostró la existencia de un paralelismo de precios entre NACIONAL y LUKER analizando: (i) los precios promedio nacionales mensuales y semanales, (ii) los precios promedio mensuales en aquellos municipios en los que hay datos de las dos empresas para cada uno de los meses del periodo de investigación –municipios comunes– y (iii) los precios promedio mensuales de los demás municipios. Para cada una de estas series, a excepción de la de precios semanales a nivel nacional, se hizo un análisis de la variación mensual del precio de compra, a partir del cual pudo concluirse que el comportamiento de los precios entre las investigadas fue paralelo.

El análisis del paralelismo no se *"fundamenta"*, como afirma el apoderado de NACIONAL, *"en la revisión del precio promedio mensual de 18 municipios"*. Dicha *"revisión"* le permitió a este Despacho determinar que, además del paralelismo en los precios de compra, se presentó también, en algunos municipios y en algunos meses, identidad en los precios de compra de todas las transacciones realizadas por las investigadas. Y es que de ninguna manera constituye la identidad en los precios de todas las transacciones realizadas en el territorio nacional por las dos empresas en el periodo de investigación, o de cierto porcentaje de las transacciones, el elemento que permite acreditar un comportamiento paralelo entre los precios a las cuales estas compraron cacao. En general, acreditar la identidad de los precios de transacción entre dos empresas no es una condición necesaria para probar una práctica conscientemente paralela entre estas.

En el presente caso se demostró que existía paralelismo en los precios de compra de cacao durante todo el periodo de investigación para diferentes niveles de agregación (nacional y municipal) y para series con distinta periodicidad (mensual y semanal). También se probó que, en algunos casos, existía identidad en los precios de compra.

Para los recurrentes, el análisis realizado por este Despacho en relación con las compras de los 18 municipios comunes sirve para concluir todo lo contrario a lo que se concluyó en la resolución de sanción, pues consideran que el paralelismo se ve desvirtuado por el hecho de que *"de 216 datos, solamente coinciden 24 datos, esto es, 9,2%"*.

Se reitera que una vez probado el paralelismo a partir del análisis de la variación mensual de los precios, el resultado del análisis de los municipios comunes evidenció

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

que en virtud del acuerdo hubo municipios en los que incluso las empresas compraron cacao corriente a precios idénticos<sup>23</sup>.

Por otra parte, el apoderado de NACIONAL insiste en que una diferencia de \$20 en el mercado de compra de cacao corriente constituye una señal de competencia y que "[s]i se revisa la Tabla 6 elaborada por la propia SIC se aprecia que de 216 datos, 115 tienen diferencias superiores a \$20, esto es, en más del 50% de las veces, los precios difieren en un valor superior a aquel que los participantes del mercado consideran suficiente para decidir si le venden el cacao a uno u otro comprador (...)". Para el apoderado, "la SIC llega a conclusiones con fundamento en 14 datos que contienen promedios nacionales sin ningún tipo de ponderación".

En primer lugar, se reitera que se trata de 252 datos (no 216), de los cuales 121 (no 115) tienen diferencias superiores a \$20; esto es, menos (no más) del 50% de los precios difieren en un valor superior al que el apoderado asegura "los participantes del mercado consideran suficiente para decidir si le venden el cacao a uno u otro comprador".

Adicionalmente, es preciso señalar que en la resolución que se recurre se concluyó, analizando los precios promedio nacionales semanales, que en casi tres cuartas partes del periodo investigado se hicieron compras a precios que, entre las dos empresas, no superaron la diferencia de \$20 por kilo<sup>24</sup>. Dicha conclusión es producto del análisis de las series semanales de precios (promedios nacionales ponderados) y no, como afirma el apoderado, de los datos consignados en la Tabla 6 de la resolución de sanción. Si bien es cierto que estos refieren el comportamiento medio de las investigadas a nivel nacional, también lo es que en la resolución de sanción no se afirma, porque además no debe probarse, que todas las transacciones individuales de compra de cacao se realizaron con una diferencia inferior a \$20 entre las dos empresas.

Adicionalmente, la Tabla 6, a la que el apoderado hace referencia para sustentar su argumento, resume los precios de transacción de NACIONAL y LUKER únicamente para aquellos municipios (18) en los cuales ambas empresas compraron cacao durante todos los meses del periodo investigado. Se reitera entonces que, como atrás se explicó, la conclusión referente a los \$20 por kilo como indicador de competencia está fundamentada en cifras nacionales, que resumen todas las transacciones realizadas por las investigadas.

En síntesis, lo que se mostró fue que el comportamiento medio de las transacciones está lejos de indicar una actitud competitiva entre NACIONAL y LUKER en el mercado de compra de cacao. Además, el paralelismo consciente como modalidad de acuerdo nada tiene que ver con la magnitud de la diferencia de las variables analizadas, sino con la correspondencia entre sus tendencias y variaciones, producto del ánimo de las empresas de no competir.

<sup>23</sup> No sobra señalar que en realidad se trata de 252 datos (no 216), de los cuales 27 (no 24) coinciden; esto es, 10,71%.

<sup>24</sup> Ver página 35 de la Resolución 4946 de 2 de febrero de 2009.

Es necesario aclarar, adicionalmente, que el argumento planteado por el apoderado de NACIONAL, según el cual una diferencia de \$20 es *"representativa"*, está basado en una afirmación del testigo Carlos Vallejo, representante de Tolimax, la cual debe entenderse referida a lo ocurrido en el mercado de Neiva, en el cual las dos empresas sancionadas tienen representantes de compra y están ubicadas a solo unos kilómetros de distancia. En todo caso, esto no implica que la citada diferencia de precio sea determinante en todo el mercado nacional.

Además, atribuir a una diferencia de \$20 entre los precios ofrecidos por los demandantes de insumos, la capacidad de determinar en forma exclusiva la decisión de venta de todos los agricultores a nivel nacional, no es consecuente con la afirmación del apoderado según la cual las empresas se ocupan de ofrecer *"diferentes estrategias de fidelización de agricultores y acopiadores"*.

Finalmente, tampoco es cierto que, como afirma el apoderado de LUKER, para esta Superintendencia *"(...) los precios de los agentes (...) deben ir en contravía de sus competidores y de factores comunes como lo son el precio internacional o las cosechas internas para que el paralelismo pueda ser desvirtuado"*. Basta señalar que, de acuerdo con la definición adoptada, es claro que el paralelismo no solo puede ser desvirtuado cuando el comportamiento de la variable observada es opuesto o *"va en contravía"* al de la contraparte. Lo que sí advierte esta Superintendencia es que la armonía observada en las variaciones y tendencias del precio al que las dos empresas compraron cacao corriente, sin explicación o justificación razonable, no representa el comportamiento de dos agentes competitivos.

#### **5.4. La alegada ausencia del elemento consciente**

Los apoderados de NACIONAL y LUKER manifiestan que no existió el elemento consciente que alegó la SIC en la Resolución 4946 de 2009, por las siguientes razones:

##### **5.4.1. Sobre la expedición simultánea de los memorandos**

En primer lugar, los apoderados consideran que al no estar demostrado que los memorandos fueron expedidos en forma simultánea, existe la posibilidad de que una de las dos empresas haya conocido los precios que su competidora iba a pagar y hubiera decidido igualarlos. También argumentan que la existencia de transparencia de información sobre precios de compra en el mercado hace posible que, en poco tiempo, NACIONAL o LUKER se enteren del comportamiento de su principal competidora y generen una política de compras equivalente; esto explicaría la coincidencia absoluta de los memorandos de fijación de precio.

Según se expresó en la Resolución 4946 de 2009, *"(...) la absoluta coincidencia en 28 cifras de 4 dígitos de los 7 documentos de la misma fecha; en los que se establece el precio que a futuro deberá ser pagado por NACIONAL y LUKER al momento de comprar el cacao corriente, no admite explicación diferente a la intención de actuar de forma coordinada y armónica por parte de las investigadas"*. Posteriormente, esta Superintendencia añadió que *"[l]a coordinación se presenta al existir una coincidencia entre las fechas de emisión de los respectivos memorandos, al paso que se considera armónica su conducta por la identidad de los precios en las diferentes modalidades de compra de cacao"*. Efectivamente, los memorandos fueron expedidos en la misma

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

fecha, entraron en vigencia en el mismo momento y fijaron precios de compra idénticos para el cacao corriente que era comprado por cada compañía. Estas coincidencias, soportadas por la evidencia que obra en el expediente, son las que le permitieron concluir a esta Superintendencia que entre NACIONAL y LUKER existía el ánimo para actuar en forma coordinada y armónica con el objetivo de determinar el precio del cacao corriente en el mercado nacional.

No obstante lo anterior, estimamos pertinente referirnos a la tesis propuesta por el apoderado de NACIONAL según la cual es posible que los memorandos hayan sido el resultado del proceso de indagación que realiza una compañía respecto de las decisiones de la otra.

Afirma el apoderado de NACIONAL que "(...) es muy probable que LUKER y CNCH hubiese (sic) indagado telefónicamente a qué precio estaba comprando la otra y a renglón seguido elaboraran y remitieran el respectivo memorando". La única evidencia que, a juicio del apoderado, sustenta esta teoría es el respectivo reporte de fax que muestra el momento exacto en el que supuestamente NACIONAL remitió cada memorando. Esta prueba fue enviada junto con el recurso de reposición contra la Resolución 4946 de 2009.

Con estos documentos el apoderado pretende demostrar que los memorandos en los que se fija el precio de compra de cacao corriente no fueron expedidos de manera simultánea por NACIONAL y LUKER. Sin embargo, el hecho de acreditar la hora en la que fue enviado por fax el memorando de NACIONAL no demuestra que los memorandos de LUKER fueron expedidos en un momento diferente y como respuesta a los precios propuestos por NACIONAL. Efectivamente, a juicio de esta Superintendencia, el momento exacto en que fueron enviados por fax los memorandos de fijación de precios resulta ser irrelevante ya que en un mercado en competencia los diferentes agentes no transmiten los mismos precios base en los mismos siete días.

Aparte de esta prueba, en el expediente no se encuentra evidencia alguna que permita aventurar que mediante llamadas telefónicas realizadas independientemente por cada uno de los investigados, se incorporen precios idénticos en documentos producidos simultáneamente en siete diferentes oportunidades durante el periodo investigado.

Es más, durante la investigación se le preguntó a los representantes legales de las compañías y a las personas encargadas de fijar los precios de compra de cacao cuáles eran las variables tenidas en cuenta al momento de determinar el precio de compra. Ninguno de ellos mencionó que este se fijaba considerando el comportamiento de su principal competidor. Mucho menos se indicó que fuera el resultado de una política de imitación e igualación.

Por ejemplo, la representante legal de NACIONAL, en la declaración de parte manifestó<sup>25</sup>:

<sup>25</sup> Cuaderno 21, folios 131 y 132. En el mismo sentido está el testimonio de Juan Fernando Valenzuela, en su calidad de Director de Compras de NACIONAL (cuaderno 25, folio 94).

*"Si, vea la determinación del precio depende de diferentes factores, valga decir, hay un referente inmediato directo, que es el precio de la bolsa de Nueva York, como lo había mencionado*

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*"(...) [E]l precio de compra del cacao depende de muchas variables; el precio de compra de cacao depende, principalmente, del precio internacional, diría yo; en segundo lugar, depende de la tasa de cambio; en tercer lugar, depende de los inventarios que tenga la compañía o que pueda tener en un periodo determinado; en cuarto lugar, depende de la calidad de cacao de la que estemos hablando (...)"*

De otra parte, el representante legal de LUKER manifestó<sup>26</sup>:

*"El precio se fija de acuerdo a las condiciones. Hay una base de arranque, que es lógica; cuando usted está en un país que es deficitario y tiene que importar, ¿cuál es el precio que coloca? Pues el precio de internación, que está basado en la bolsa de Nueva York, más los fletes y la internada a las plantas de uno. Desafortunadamente, o afortunadamente, como ustedes lo quieran ver, hay un factor que entró a pesar supremamente en este país para los productos importados y se llama dólar"*

Para la SIC resulta extraña la explicación propuesta por el apoderado, dado que las respuestas de las personas encargadas de fijar la política de precios de compra de cacao corriente y de adquirir el producto para la compañía no dan cuenta alguna del alegado proceso de imitación. En consecuencia, la explicación propuesta no es soportada por el material probatorio recaudado en la investigación. Adicionalmente, queda en el terreno de la especulación sostener que el proceso de verificación telefónica de los precios de compra de cacao corriente que está pagando el competidor pudiera dar como resultado que en siete oportunidades hayan coincidido 28 precios diferentes.

Por otra parte, la tesis propuesta por los apoderados resulta ser contradictoria con algunos de los planteamientos que ellos mismos realizan. Para empezar, como se verá más adelante, el apoderado de NACIONAL afirma que los memorandos oficializaron lo que había ocurrido en las transacciones celebradas entre los agricultores y los acopiadores. Si esto fuera cierto, la identidad de precios existente en los memorandos se debería explicar por la existencia de un comportamiento igualmente idéntico en las transacciones celebradas entre agricultores y acopiadores y no por el proceso de indagación de cada empresa sobre las acciones de su competidora. Efectivamente, si los memorandos se producen como una respuesta inmediata a la política de precios que define la compañía rival, no pueden ser al mismo tiempo el reflejo de lo que ocurrió en el mercado con anterioridad.

Adicionalmente, afirmar que los memorandos sean la respuesta inmediata de una empresa a la política de precios de la otra conduce a aceptar que, contrario a lo que han manifestado los apoderados y como lo sostiene la resolución recurrida, los memorandos sí fijan el precio de compra del producto. Si NACIONAL y LUKER indagan por el precio de compra de cacao corriente que está pagando la otra empresa

---

*anteriormente, sobre ese precio de bolsa de Nueva York se estructura todo el tema de precios o sea la estructuración de un precio depende del precio que tenga la bolsa de Nueva York. Es diario, depende de factores como el inventario que nosotros tengamos, depende de factores logísticos como vías, carreteras, costos de los fletes, depende de la calidad, depende de la demanda interna que nosotros tengamos, que es eso que si nosotros estamos vendiendo bien nuestro productos, pues lógicamente vamos a demandar mas (...)"* (pregunta 17).

<sup>26</sup> Cuaderno 21, folio 132. En el mismo sentido se puede citar el testimonio de Francisco Javier Gómez, quien se desempeñaba como Gerente de Producción de LUKER (cuaderno 21, folio 297).

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

y adicionalmente deciden igualarlo por medio de la expedición de un nuevo memorando, esto significa que por medio de los memorandos la empresa decide los precios a los que se debe comprar el producto.

Ante estas contradicciones y dado que las hipótesis planteadas por los apoderados son incompatibles con la evidencia recaudada a lo largo de la investigación, el Despacho no encuentra fundamento en el argumento con el que se pretende rebatir la simultaneidad de la expedición de los memorandos.

#### **5.4.2. Está demostrado que los memorandos no son una oficialización de lo ocurrido en el mercado antes de su expedición**

En segundo lugar, frente a la afirmación de que los memorandos oficializan lo ocurrido en el mercado durante la semana anterior, el apoderado de NACIONAL afirmó:

*"[c]uando se dice que los memorandos oficializan lo sucedido en el mercado, el mercado se entiende como el de compra de cacao entre agricultores y acopiadores (esto es en las plazas) y no a lo que se paga efectivamente en la bodega o fábrica.*

*Como se ha explicado, los acopiadores negocian los fines de semana y entregan el cacao comprado en las bodegas o fábricas de las compañías la semana siguiente. Por lo tanto, para encontrar el precio que se aplicó en las plazas en la semana anterior, lo que debe buscarse **no es** el precio que pagaron las compañías en sus bodegas o fábricas, sino aquel que pagaron los acopiadores a los agricultores. Sin embargo, dicha información no existe en el expediente y no es posible obtenerla en la medida que como se apreció en la visita de San Vicente del Chucurí, los acopiadores no guardan esos comprobantes".*

Al respecto es importante aclarar que el mercado en el que se analizaron las conductas anticompetitivas fue el de compra de cacao corriente por parte de las industrias procesadoras del producto, en particular, NACIONAL y LUKER. En consecuencia, cuando el apoderado se refiere al mercado de agricultores y acopiadores, está definiendo un escenario diferente al que consideró la SIC durante toda su actuación administrativa<sup>27</sup>. Además, si fuera cierto que los memorandos oficializan lo ocurrido en el mercado durante la semana anterior, no resultaría lógico que en un periodo de catorce meses únicamente se hayan expedido siete memorandos.

El apoderado también afirmó que "(...) los acopiadores negocian los fines de semana y entregan el cacao comprado en las bodegas o fábricas de las compañías la semana siguiente". Sin embargo, en la investigación se demostró que el proceso de fijación de precios se daba de las empresas a los comercializadores y no en sentido contrario. Efectivamente, los comercializadores y agricultores toman en consideración las decisiones tomadas previamente por las empresas<sup>28</sup>. Luego los memorandos no

<sup>27</sup> Sobre todo si no existe evidencia que sustente estas afirmaciones. Según el propio apoderado de NACIONAL, "dicha información no existe en el expediente y no es posible obtenerla en la medida que como se apreció en la visita de San Vicente de Chucurí, los acopiadores no guardan esos comprobantes".

<sup>28</sup> En este sentido conviene citar los testimonios de Juan Fernando Valenzuela, Director de Compras de NACIONAL, y de Francisco Javier Gómez, Gerente de Producción de LUKER. El señor Valenzuela afirmó:

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

oficializan el comportamiento que se observó en el mercado con anterioridad. En consecuencia, tampoco se acepta este argumento del recurrente.

#### **5.4.3. Los precios que aparecen en los memorandos determinaron los precios máximos que se pagaron, en forma agregada, por el producto**

En tercer lugar, el apoderado de NACIONAL considera que los precios que aparecen en los memorandos no son precios máximos. La SIC considera que el hecho de que existan algunas transacciones que se celebraron a precios superiores a los señalados en los memorandos no desestima la existencia del elemento consciente en la conducta desarrollada por NACIONAL y LUKER.

En la Resolución 4946 de 2009 este Despacho había señalado que los precios de los memorandos *"operaron durante la mayoría del período de investigación como precios máximos de compras, presentándose tan solo mínimas variaciones por encima de dichos techos (...)".* El hecho de que se fije un precio de referencia máximo no implica que todas las transacciones puedan ser disciplinadas por este patrón. En un mercado de dimensiones nacionales en el que se transan más de treinta millones de toneladas al año y en más de 170 municipios, resulta improbable que todas las transacciones individualmente consideradas sigan de forma estricta los parámetros señalados en los memorandos; sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de las negociaciones las desarrollan intermediarios que luego venden el producto a NACIONAL y LUKER. Aceptar que la única forma de acreditar el paralelismo consciente es que el precio de todas las transacciones sea el mismo, conduciría al absurdo de que un acuerdo anticompetitivo solamente puede ser sancionado si los participantes pagaron precios idénticos en todas sus transacciones<sup>29</sup>. Este requisito sería imposible de asegurar en mercados con un gran número de jugadores y de transacciones.

En este caso concreto, la SIC advirtió que los memorandos servían para que las empresas fijaran una cota superior para el precio de compra de cacao. Que esta cota haya sido en ocasiones superada, no obsta para que se haya limitado la competencia entre NACIONAL y LUKER impidiendo que el precio subiera por encima de las previsiones de las compañías. Los memorandos además de ser la prueba de que las dos empresas tuvieron la intención de actuar en forma coordinada y armónica, también son evidencia de que limitaron el proceso de formación de precios y esto es determinante para calificar la conducta como anticompetitiva.

---

*"(...) pero no tenemos manera de pedirle a un comercializador: usted tiene que garantizar este precio. No, no porque eso es parte de los gastos y costos que tiene asociados una persona que tiene su negocio, que es comercializar cacao, y otro lo que tenemos nosotros que es comprar a un precio que nosotros definimos; él hará sus cuentas"* (subraya fuera del texto). Cuaderno 25, folio 116, pregunta 79.

El señor Gomez afirmó:

*"Yo fijo el precio que va a pagar LUKER. Ya el intermediario verá cuánto paga, ya es su negocio, y es velar si tiene mucha cantidad o poquita cantidad, si esta en cosecha o en abundancia o en escasez".* Cuaderno 21, folio 301, pregunta 26.

<sup>29</sup> De hecho, sería igualmente reprochable el acuerdo aunque uno de sus participantes decidiera incumplirlo y pagar un precio diferente al convenido.

**5.4.4. Los precios de los memorandos determinan los precios de transacción**

En cuarto lugar, el apoderado de NACIONAL afirma que *"la SIC fundamenta su tesis de existencia de un elemento consciente en unos documentos que no contienen el precio del producto sino simplemente una referencia"*. Adicionalmente insiste en que los valores que aparecen en los memorandos no son precios ya que según la definición de los códigos civil y de comercio el precio es *"el dinero que el comprador da por la cosa vendida"*.

Como se explicó en la Resolución 4946 de 2009, la identidad existente en los siete memorandos de fijación de precio demostró el ánimo de NACIONAL y LUKER de actuar en forma coordinada y armónica en el mercado. También quedó claro en la citada resolución que, a juicio de la SIC, los memorandos tenían el objetivo de disciplinar el comportamiento de las dos empresas en el mercado. Según se acreditó, los parámetros fijados en los memorandos determinaron, de forma global, el comportamiento del precio de compra de cacao corriente durante el periodo comprendido entre enero de 2005 y febrero de 2006<sup>30</sup>. Para la SIC era claro que aunque el precio de los memorandos no era el de transacción de cada operación individualizada, sí lo determinaba.

En todo caso, los parámetros establecidos en los memorandos son una expresión de la voluntad de NACIONAL y LUKER para actuar de forma coordinada y armónica, limitando la competencia en la adquisición del cacao corriente. Así las cosas, el elemento consciente de la conducta se refiere a la intención de las dos empresas de establecer un parámetro común que determinara el comportamiento de los precios reales de transacción; intención que se manifestó en los memorandos de fijación de precio. Un mecanismo que disciplina el comportamiento del precio de compra, mediante la definición de unos parámetros comunes para NACIONAL y LUKER, impide la determinación de un precio competitivo y por tal razón configura una conducta que limita la competencia en el mercado.

Resulta equivocado afirmar que la SIC ha fundamentado su tesis en unos documentos que no contienen los precios del producto ya que la conciencia de la conducta, tal y como se explicó en la Resolución 4946 de 2009, se refiere a la coincidencia absoluta en los parámetros de fijación del precio de compra de cacao corriente. Para la SIC ha sido claro que los precios efectivos en cada transacción se fijaron con fundamento en los memorandos y que los memorandos son producto de una conducta anticompetitiva. Por un lado, el acuerdo de fijación de precios no es menos censurable si se hace sobre precios base, precios de referencia o sobre el precio final. Adicionalmente, lo que se sanciona como anticompetitivo no es la existencia de los memorandos; estos constituyen la prueba de una práctica contraria a la competencia.

<sup>30</sup> Para sustentar esta afirmación, en la Resolución 4946 de 2009 la Superintendencia *"calculó el error cuadrático medio entre cada uno de los precios de compra reportados por las empresas investigadas y dos referentes: el precio internacional y el precio consignado en los memorandos. Para el caso de NACIONAL se encontró que el error cuadrático medio entre el precio promedio mensual de compra y el precio internacional es 15,50 veces el error cuadrático asociado al precio promedio mensual y el precio consignado en los memorandos. Para el caso de LUKER dicha contrastación de errores cuadráticos medios muestra que asciende a 13,99 veces. Así, el ejercicio presenta evidencia tendiente a afirmar que el precio de venta que fijan los compradores de cacao responde de una manera significativamente mayor al precio expuesto en los memorandos que al precio internacional"*.

Finalmente, es necesario reiterar<sup>31</sup> 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 SIC quedaría limitada únicamente a aquellos acuerdos de fijación de precio que ocurrieran en mercados de compraventa de bienes.

No sobra señalar, en gracia de discusión, que en el recurso de reposición de NACIONAL se sostiene que *"CNCH mantuvo casi todo el periodo objeto de investigación, precios por encima del precio de paridad del precio internacional"* (subraya fuera del texto), graficando los precios consignados en los memorandos y no el precio promedio de todas las transacciones de compra mes a mes. Esto sugiere que el apoderado consideró la misma idea de precio que esta Superintendencia.

#### **5.4.5. La correlación existente entre los precios pagados por NACIONAL y LUKER no desvirtúa la existencia de un acuerdo anticompetitivo**

El apoderado de LUKER sostiene que *"dado que los precios pagados por las empresas toman como referencia el precio internacional del cacao y otros factores intrínsecos del mercado colombiano, resulta obvio que exista una relación más estrecha entre los precios pagados por las empresas que entre estos y el precio internacional"*. Al respecto es importante aclarar que el análisis tanto de correlación como de error cuadrático medio permitió concluir que los precios de las empresas variaron conforme al patrón fijado en los memorandos, más que al precio internacional.

En este sentido, en la Resolución 4946 de 2009 se estableció que *"se reafirma el hecho de que el precio internacional y el precio fijado en los memorandos son significativamente distintos y por tal razón el Despacho desestima el argumento que justifica la fijación de precios consignados en los memorandos como un mecanismo tendiente exclusivamente a equiparar el precio de compra de cacao a nivel nacional con el precio internacional"*.

Lo que realmente demuestra que existió conciencia en la fijación de precios fueron las decisiones coordinadas y armónicas de las dos empresas para fijar (i) en un mismo día, (ii) el mismo parámetro de precio, (iii) para diferentes modalidades de compra de cacao (cuatro), (iv) adquirido en distintas plazas. En la Resolución 4946 de 2009 la SIC estimó que la única explicación posible de esta coincidencia era la existencia de un acuerdo; conclusión que se mantiene dado que ninguna de las explicaciones de los apoderados resulta ser compatible con la evidencia que reposa en el expediente.

#### **5.5. Las alegadas acciones contrarias al interés de las empresas no demuestran la inexistencia de un acuerdo**

El apoderado de NACIONAL presenta en el recurso de reposición a la Resolución 4946 argumentos que, a su juicio, desvirtúan la existencia de un acuerdo para la fijación de precios. Este Despacho procede a responderlos en su orden, no sin antes recordar que la conducta de paralelismo consciente requiere de dos elementos, el

<sup>31</sup> Ver página 47 de la Resolución 4946 de 2009.

paralelismo y el elemento consciente, y que una vez demostrada su existencia las diferentes actuaciones de las empresas que no justifiquen dicha conducta, por loables que sean, no afectan el contenido de la investigación.

#### **5.5.1. Relación entre precios de compra de materia prima y precios de venta de producto final. Las utilidades de LUKER**

Según el apoderado de NACIONAL, el hecho de que las utilidades operacionales de LUKER hayan presentado un descenso significativo frente a las obtenidas en el ejercicio inmediatamente anterior es un hecho indicador de que el acuerdo endilgado a las empresas las perjudicó en vez de beneficiarlas. En sus propias palabras: *"Es bastante extraño que se llegue a un acuerdo de compra de materias primas en el que uno de los partícipes del mismo tiene un resultado semejante"*.

Es importante aclarar que la SIC se pronunció frente a un acuerdo para la fijación de precios de compra de cacao, como materia prima, el cual no necesariamente tiene implicaciones sobre el precio del producto final o las utilidades de las partes. Asegurar la compra de materia prima a un precio determinado no tiene una relación directa con el precio de venta del producto final. Las empresas tienen estructuras de costos diferentes y manejan políticas de comercialización disímiles que hacen posible que el precio de los productos finales tienda a la baja. De hecho, el estudio de Fedesarrollo titulado "Características y funcionamiento del mercado de cacao y sus derivados en Colombia" afirmó, frente al mercado de productos finales, que las estrategias de reducción de precios hacen parte de las prácticas comerciales de estas empresas, incluso afectando sus utilidades.

Los resultados de una empresa obedecen a múltiples factores tales como ventas, costos, pago de dividendos, inversiones en planta y equipo, contingencias, causas cambiarias, entre otros. Empresas como las investigadas cuentan con un amplio catálogo de productos y áreas de negocio que pueden influir positiva o negativamente en los resultados globales de la compañía. En este sentido, la aseveración general según la cual la simple ausencia o disminución de utilidades operacionales es un indicativo de ausencia de acuerdo no resulta aceptable para el Despacho.

No obstante lo anterior y en aras de entender la manifestación del apoderado, se revisó nuevamente el expediente encontrando evidencia contraria a la referida afirmación. Por ejemplo, en reunión de Junta Directiva de LUKER de 27 de octubre de 2005, Acta 266 del Libro de Actas, dentro del capítulo "INFORMES DE VENTAS Y ESTADOS FINANCIEROS A SEPTIEMBRE DE 2005" se indica:

*"En cuanto al mercado de chocolates, con base en la pregunta de (...) [se] manifiesta que el margen bruto mejoró en \$400 millones de pesos, porcentualmente pasa del 42.5% al 34%, sin embargo, esto no es sostenible, pues es el principio del revolcón del mercado. Agrega el Dr. (...) que parte del impacto de los precios del chocolate se verá en los estados financieros del mes de Octubre. Las ventas de chocolate amargo durante el mes de octubre van muy bajas. Destaca que el mercado de los amargos decrece en parte por el ataque de los polvos.*

(...)

*El Dr. (...) manifiesta que el cacao ha aportado buen margen a la compañía y seguirá teniendo futuro (...)*

*El Dr. (...) informa que el cacao el año anterior dio un 45% de margen bruto y este mes obtuvo uno del 37%, destacando que productos de consumo con ese margen bruto son muy buenos.*

*(...)*

*En los productos propios el cacao está dando Nopat del 5; el café no lo da pero va por buen camino (...)<sup>32</sup>.*

Resulta entonces llamativo el impacto positivo que vio la administración del margen obtenido en los negocios relacionados con el cacao, en contravía de lo percibido por el apoderado de NACIONAL.

Adicionalmente, siguiendo con lo expresado en líneas precedentes, debe tenerse en consideración que los derivados del cacao no son los únicos productos a partir de los cuales LUKER genera pérdidas o utilidades. En efecto, LUKER compite en el mercado con productos de aseo (detergentes, limpiadores, jabón en barra, blanqueadores), cereales, jugos y pulpas de frutas, aceites y margarinas, atún, sardinas, congelados y productos de aseo personal, entre otros, además de las bebidas de cacao y chocolates. Quiere lo anterior significar que en todo caso, así se aceptara la tesis de NACIONAL de que un acuerdo de precios debe indefectiblemente traducirse en utilidades para las empresas participantes en el mismo, en el caso concreto de LUKER existen muchas otras áreas de negocio que tienen la capacidad de impactar en la generación de utilidades o pérdidas de la compañía.

Finalmente, no sobra reiterar que la suscripción de un acuerdo para la compra de materias primas no es necesariamente una garantía para asegurar mejores rendimientos o ganancias de los participantes; si bien el acuerdo limita la competencia en detrimento de los agricultores y el mercado en general, no puede afirmarse que es un mecanismo para garantizar mayores ganancias a los participantes en el resultado final del ejercicio, sino asegurar el suministro permanente del insumo necesario para su proceso productivo a un precio menor que el de competencia.

#### **5.5.2. Las importaciones de cacao realizadas por NACIONAL**

Según el apoderado de NACIONAL, el hecho de que esta empresa *"haya debido realizar importaciones de materia prima, a precios en algunos casos superiores a los que existían en Colombia y que la otra parte del supuesto acuerdo no hubiese tenido que incurrir en ese mayor costo y trámites administrativos, indica precisamente todo lo contrario a una práctica colusiva"*.

Al respecto debe señalarse que diferencias en los costos en los que incurren las empresas participantes de un acuerdo no pueden ser entendidas como evidencia de prácticas competitivas o prueba suficiente para desvirtuar la existencia del acuerdo; hay otros factores que se deben considerar y que resultan ser determinantes para establecer en qué costos se incurrirá, como el tamaño de las empresas, los inventarios disponibles y el portafolio de productos que cada una ofrece, entre otros.

---

<sup>32</sup> Cuaderno 15, Folio 56

La Resolución 4946 de 2009 se pronunció sobre el paralelismo en los precios de compra de cacao corriente y la existencia del elemento consciente en ese comportamiento. La antijuridicidad del acuerdo no depende de que haya consistido en un mecanismo orquestado para igualar costos, o en una garantía para asegurar que ninguno de los participantes pudiera verse en la necesidad de incrementarlos. De hecho, las empresas tendrían suficientes incentivos para celebrar un acuerdo a través del cual, por ejemplo, se asegurara que los precios de cacao se mantuvieran –como sucedió la mayoría del periodo investigado–, en un nivel inferior al que se transó en las bolsas internacionales; esto aseguraría que ambas empresas podrían adquirir materia prima a un menor precio que el de importación.

Lo descrito constituiría un incentivo suficiente que nada tiene que ver con la simetría de las funciones de costos de las empresas. El que una empresa haya tenido mayores costos de importación que la otra no constituye evidencia suficiente de la alegada "irracionalidad" del acuerdo. Para la autoridad de competencia no dejan de ser reprochables los acuerdos que, al final de cuentas, no dan buenos resultados a los infractores.

### **5.5.3. La relación entre los precios nacionales e internacionales y las exportaciones de cacao en grano**

La negociación del cacao a precios similares a los precios internacionales, pese a las dificultades del mercado para la exportación, no desmiente la existencia de un acuerdo; este es un comportamiento propio de los *commodities*.

El apoderado de NACIONAL alega que "(...) CNCH mantuvo casi todo el periodo objeto de investigación, precios por encima del precio de paridad del precio internacional" y lo sustenta con el gráfico titulado "Seguimiento al precio internacional del cacao en pesos", presentado en el recurso de reposición, y en el cual aparece que el precio pagado por NACIONAL fue constante durante el periodo junio de 2005 a enero de 2006. Por el contrario, como se observa en el Gráfico 9 de la resolución de sanción, construido con base en las cifras reportadas por las investigadas<sup>33</sup>, el precio internacional solo fue menor al pagado por las empresas en noviembre de 2005 y en los demás meses del periodo de investigación se ubicó por encima de los precios pagados. Es importante señalar que en el gráfico presentado por el apoderado en el recurso de reposición no se especifica fuente y por lo tanto no ofrece elementos objetivos que permitan siquiera considerarlo.

Es oportuno resaltar que pese a que el precio de paridad es el empleado como referencia para determinar el precio de compra, este no es el precio real que deberían pagar las empresas si quisieran adquirir el cacao en mercados internacionales, pues en este caso deben incurrir en costos de bodegas, seguros y fletes entre otros.

El apoderado de NACIONAL sostiene que el bajo nivel de exportaciones (0,23% de la producción nacional) durante el periodo de investigación es evidencia de los buenos precios ofrecidos por las empresas y que estos son un incentivo negativo para los

<sup>33</sup> NACIONAL: cuaderno 1, folio 75; cuaderno 5, folio 4; cuaderno 5, folio 368. LUKER: cuaderno 1, folio 14; cuaderno 11, folio 10. TRM: <http://www.banrep.gov.co/>. Precio internacional: <http://www.icco.org/statistics/monthly.aspx>.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

exportadores colombianos, quienes recibirían menores precios de comercializar el producto en el mercado internacional. En su opinión, el hecho de que la mayor parte del cacao producido en Colombia (98,77% en 2005 y 98,56% en 2006) fuera adquirido por compañías colombianas es un indicador de que el precio pagado en el mercado nacional fue atractivo para los acopiadores y productores, situación que califica de extraña en un mercado en el que "en teoría" existe un acuerdo de precios. Al respecto este Despacho se aparta del calificativo de "equitativos" dado por los apoderados sobre los precios pagados en el mercado interno, insistiendo que estos deben ser producto de un proceso competitivo de formación de precios y no el resultado de un acuerdo.

Ahora bien, aun cuando se pudiera considerar al precio como "atractivo", cabe resaltar que esta no es la única variable a tener en cuenta por parte de los exportadores. Algunos otros factores que deben ser considerados son: las características del cultivo de cacao, su edad, los requisitos exigidos por parte de la industria procesadora de otros países, los costos de transporte y la baja capacidad exportadora de los agricultores colombianos.

Con referencia a esos factores que toma en consideración el exportador, cabe recordar algunas generalidades del sector. El conjunto de agricultores del producto se ha caracterizado por estar compuesto por pequeñas unidades productivas, con una extensión de cultivo que en promedio es de 3,3 hectáreas, "en donde el cacao generalmente está asociado con otros cultivos, principalmente, con frutales y maderables"<sup>34</sup>. La mano de obra que se emplea en el cultivo es principalmente familiar y la tecnología empleada es baja en la medida en que no llevan a cabo labores de fertilización, riego, drenaje y siembras (renovaciones) en un 99% de las fincas. Los cultivadores de cacao son pequeños productores y no grandes negociantes.

En cuanto al caso concreto de la capacidad exportadora de los cultivadores de cacao, encuentra el Despacho bastante ilustrativa la declaración del señor Francisco Javier Gómez, Gerente de Producción de LUKER, quien en diligencia de testimonio rendida el día 25 de abril de 2007, afirmó que:

*"En la mayoría de los sitios donde se produce cacao en Colombia hay agentes compradores, comúnmente llamados intermediarios que compran el cacao al agricultor y nos lo entregan a nosotros, a través de las agencias de compra, ubicadas como les dije en las ciudades anteriores. **Realmente como la producción de cacao es minifundio en Colombia, muy pocos agricultores están en capacidad de llegar directamente hasta una planta productora nuestra, porque la logística es demasiado costosa, y básicamente es el flete**"* (subraya y negrilla fuera del texto).

Por otra parte, como lo reconoce el apoderado de NACIONAL, ambas compañías tienen diferentes estrategias de fidelización de los agricultores y acopiadores, como anticipos, contratos y pólizas de riesgo, lo que implica que no solo el precio motiva a estos agentes a negociar el cacao en el mercado nacional.

<sup>34</sup> Ibidem. En el mismo sentido: Fedesarrollo. "Características y Funcionamiento del Mercado de Cacao y sus Derivados en Colombia". Agosto de 2007.

Conforme con lo anterior, encuentra el Despacho que la ausencia de exportaciones significativas de cacao obedece a otros factores que no necesariamente son precios nacionales "equitativos", como los denomina el apoderado. En todo caso, se reitera que lo que resulta reprochable en la conducta de NACIONAL y LUKER es que los precios hayan sido fijados artificialmente y no por las condiciones del mercado.

#### **5.5.4. Sobre la diferencia en los costos de materia prima asumidos por las investigadas**

El apoderado de NACIONAL arguye que "[d]e acuerdo con los archivos de compras de CNCH y LUKER, CNCH canceló en promedio \$24 pesos más que aquel pagado por LUKER, lo cual implica que [CNCH] pagó \$526,107,389 más por la materia prima de aquello que le hubiese costado si hubiera pagado lo que pagó su competidor". Así, argumenta que sería un absurdo la celebración de un acuerdo para la fijación de precios. Este argumento fue analizado en la Resolución 4946 de 2009 en los siguientes términos:

*"(...) en rigor, cualquier diferencia en precios, por pequeña que sea, define las decisiones de venta de todo agente económico racional, (iii) de acuerdo con el numeral anterior, podría afirmarse que en todo mercado hay competencia a menos que haya identidad en los precios de las firmas que participen en este, y (iv) sería absurdo que la Superintendencia, en consecuencia, solo pudiera acreditar un acuerdo para la fijación de precios en el caso que todos los precios de transacción de las firmas investigadas fueran iguales".*

Diferencias en los precios pagados al productor no desvirtúan la existencia de un acuerdo de "precios de referencia" para la compra de cacao. En Colombia el mercado de cacao es deficitario, lo que debería generar mayores niveles de competencia. El acuerdo reprochado por la SIC hace referencia a la limitación que se impone al existir una concertación para la fijación de precios máximos.

Este Despacho reitera, entonces, que la diferencia en niveles no desvirtúa la existencia de paralelismo. Sin embargo, en gracia de discusión, el resultado de los cálculos realizados por esta entidad con base en los archivos de compra que obran en el expediente<sup>35</sup>, muestra que, en promedio a nivel nacional LUKER pagó tan solo \$2,05 más por kilo de cacao corriente que NACIONAL en el periodo investigado.

#### **5.6. Intervención del Estado. El comportamiento observado en los precios como consecuencia del ASCCCA**

Dentro de las explicaciones de las investigadas sobre el comportamiento de los precios de compra de cacao corriente, se hizo referencia al ASCCCA y su carácter de decisión de gobierno como razón y justificación del paralelismo observado.

##### **5.6.1. El paralelismo en los precios de compra y los compromisos del ASCCCA**

Los compromisos adquiridos por los firmantes del ASCCCA tienen como propósito último mejorar la competitividad de todos los eslabones de la cadena, tanto en el

<sup>35</sup> NACIONAL: cuaderno 1, folio 75; cuaderno 5, folios 4 y 368. LUKER: cuaderno 1, folio 14; cuaderno 11, folio 10.

mercado internacional como nacional y no la regulación de precios de compra de cacao, como bien es reconocido tanto por los apoderados de las empresas sancionadas como por la SIC en la Resolución 4249 de 2009.

A pesar de esto, los apoderados en el escrito de descargos se refieren al compromiso de *"determinar mecanismos para equiparar precios internos a niveles internacionales y estructurales"*, como la explicación del paralelismo de precios observado durante la investigación. Así, el apoderado de LUKER manifestó: *"que las empresas tengan unos precios de compra de cacao acordes con los precios internacionales, hace que existan tendencias similares y por supuesto armonía en los movimientos de los precios"*.

Es preciso señalar que esta Superintendencia probó que hay un mayor grado de asociación entre los precios domésticos y los establecidos en los memorandos que entre los precios pagados por las empresas y el precio internacional. La SIC no cuestiona que el precio internacional sea un referente para la determinación del precio de compra nacional ni a ello le atribuye un efecto anticompetitivo. Lo que en la presente investigación se determinó censurable fue que a través de un acuerdo las empresas se hayan abstenido de competir en el mercado de compra de cacao corriente.

El apoderado de LUKER afirmó en los descargos a la apertura de investigación:

*"El cacao es un commodity y por tanto su precio lo determinan los precios internacionales"*.

De igual forma el informe de Fedesarrollo asevera, para el periodo 1990 a 2006, que *"la trayectoria de los precios hace evidente que el precio domestico sigue la tendencia del precio internacional"*<sup>36</sup>. Esto deja ver que la correspondencia de los precios del cacao pagados por la industria nacional con los precios internacionales es una conducta propia del tipo de mercado y no es producto exclusivamente de los compromisos adquiridos en el marco del ASCCCA, que fue firmado en 2001.

Por su parte el apoderado de NACIONAL se refirió a la conclusión del Despacho en donde se demostró una mayor correlación entre el precio pagado por las empresas y el establecido en los memorandos, en comparación con la correlación entre precio internacional y el precio pagado por las empresas, afirmando que era innecesario un análisis matemático para este tipo de conclusión pues *"que los precios a los cuales adquieren dos compañías materias primas en un país sean más similares entre ellos que aquellos a los que se negocia dicha materia prima en el exterior es normal"*. Dicha afirmación parece desconocer los argumentos antes planteados por los apoderados, en donde se señaló al precio internacional y a los compromisos del ASCCCA como los mayores determinantes del precio interno, y se entendería entonces que son las condiciones del mercado nacional las que determinan el precio de compra de cacao corriente.

---

<sup>36</sup> Cuaderno 22, folio 39.

**5.6.2. El ASCCCA no es limitante de la competencia**

Como se advirtió en la resolución que puso fin a la actuación administrativa, suscribir el ASCCCA y acatar sus compromisos no impide de ninguna manera la competencia; la existencia de un referente común no implica ni justifica el comportamiento anticompetitivo entre competidores, por lo tanto, no es acertado entender un acuerdo de cadena, en pro de la competitividad, como un limitante a esta o a la competencia. Al suscribir el acuerdo y acatar sus compromisos no se anula el espacio para la competencia y de esta forma cabe aplicar la facultad para vigilar y sancionar a quien dentro del acuerdo incurra en una acción anticompetitiva, facultad que le ha sido otorgada a esta Superintendencia.

En este mismo sentido el apoderado de NACIONAL solicita “[q]ue se precise el artículo sexto de la parte resolutive de la Resolución 4946 de 2009, indicando si las empresas deben abstenerse de seguir dando cumplimiento a los compromisos asumidos en virtud del Acuerdo Sectorial de Competitividad de la Cadena de Cacao y su Agroindustria, si puede seguir acudiendo a las reuniones del Consejo Nacional Cacaotero y si deben cerrar el establecimiento de compras conjuntas en el municipio de Tumaco”.

Frente a dicha petición la SIC reafirma lo dicho en la citada resolución ya que el artículo sexto hace referencia a la infracción, entendida esta como el paralelismo consciente, práctica contraria a la libre competencia. Tanto los compromisos asumidos en virtud del ASCCCA, las reuniones del Consejo Nacional Cacaotero, como las compras conjuntas en Tumaco, son prácticas legítimas que se dan en el desarrollo de la cadena de cacao y que, como se ha demostrado a lo largo de la investigación, no tienen como objetivo la fijación de precios y no son el escenario de la concertación para el evidenciado comportamiento de los precios. De hecho, el MADR ha sido claro al expresar que el ASCCCA no era un escenario de fijación de precios.

En el acta de la Reunión del Consejo Nacional Cacaotero, celebrada el 19 de mayo de 2006, se expresa lo siguiente:

*“La posición del gobierno nacional y concretamente del Señor Ministro de Agricultura es que el gobierno no fija precios de los productos agrícolas, explica el Ministro que fijar precios genera corrupción y politiquería, por el contrario las señales del mercado que tengan en cuenta el precio internacional y los costos de importación de cacao son los factores que deben determinar el precio interno<sup>37</sup>.”*

Por consiguiente, este Despacho considera innecesario precisar el artículo sexto, como lo solicitan los apoderados, pues no hace referencia a ninguna de las actividades señaladas por ellos. Reiteramos que la decisión que en esta resolución se revisa no se construyó sobre la base de la existencia del ASCCCA, ni del puesto de compra conjunta en Tumaco; se basa en la acreditación de un acuerdo anticompetitivo.

<sup>37</sup> Cuaderno 9, folios 315 a 318. En el expediente también existen otras pruebas que aclaran la posición del MADR respecto del ASCCCA. Por ejemplo: el testimonio de la Directora de Cadenas Productivas, el Acuerdo Regional de Competitividad de la Cadena del Cacao y su Agroindustria en el Departamento de Antioquia y el Testimonio de Manuel Roberto Sánchez Rojas, funcionario de la Dirección de Cadenas Productivas del MADR.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

### 5.6.3. El ASCCCA como acto administrativo

La Resolución 4946 de 2009 se refirió al Acuerdo Sectorial de la Cadena de Cacao y su Agroindustria (ASCCCA) como un acto administrativo, entendido este como una manifestación de voluntad emitida por la administración pública. Entonces, señala el apoderado de NACIONAL, sería incoherente que la resolución fuera contraria a dicha disposición y en consecuencia contraria al principio constitucional de confianza legítima.

Es entonces importante resaltar que esta Superintendencia no ha calificado la participación en el ASCCCA como contrario a derecho ni a las normas de competencia. Por el contrario, este Despacho fue enfático al afirmar que es no solo posible, sino deseable, que las empresas sancionadas participen del ASCCCA como una estrategia que le permita a los productos agrícolas y pecuarios ser competitivos en los mercados internacionales y nacionales.

### 5.7. La alegada ausencia de proporcionalidad de la sanción

Según los apoderados la sanción impuesta por la SIC carece de proporcionalidad con los hechos investigados y probados en el proceso. Fundamentan su inconformidad con base en los siguientes argumentos:

- a) La SIC sancionó a NACIONAL y LUKER por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, en la Resolución 4946 de 2009 no se demuestra cómo los hechos investigados constituyen una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Así las cosas, NACIONAL y LUKER habrían infringido solamente una disposición.

A juicio del apoderado de NACIONAL:

*"[...] Si un acuerdo, acto o práctica se encuentra descrito dentro de las normas de libre competencia como restrictiva, no puede al mismo tiempo infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.*

*La infracción de dicha disposición supone que el o los investigados realizaron un acuerdo, acto o práctica diferente a una de aquellas descritas por los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.*

*En parte alguna de la Resolución de apertura de la investigación o de la Resolución No. 4946 de 2009 se indicó cuál era el hecho diferente al supuesto acuerdo de precios de compra de cacao en virtud del cual las investigadas habrían infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, razón por la cual resulta evidente que las investigadas no realizaron una conducta distinta que pudiese considerarse una infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959*

En el mismo sentido, el apoderado de LUKER afirmó que:

*"Según la Superintendencia, las sanciones impuestas son por la violación del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. No obstante, no se encuentra una distinción de las mencionadas conductas en ninguno de los actos administrativos expedidos por la entidad. Tampoco, como ya se expresó anteriormente, se mostró de qué forma las empresas infringieron el artículo 1º de una manera independiente a la forma como se infringió artículo 47 mencionado".*

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

El Despacho considera que los apoderados de NACIONAL y LUKER plantean fundamentalmente la misma cuestión; a saber, que la aplicación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 supone que los investigados no hayan realizado ninguna de las conductas definidas en el Decreto 2153 de 1992. Según ambos apoderados, esta situación implica que la sanción impuesta en la Resolución 4946 de 2009 fue desproporcionada ya que las empresas, eventualmente, solo habrían infringido una disposición y no las dos.

Al respecto es importante aclarar que esta autoridad de competencia ha interpretado la disposición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como una cláusula general de protección de la competencia. Según lo establecido en esta norma, están prohibidas "[...] toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos". La norma es clara en señalar que cualquier práctica que limite la libre competencia está prohibida. Además, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 define un conjunto de acuerdos como contrarios a la libre competencia. Es decir, el Decreto 2153 de 1992 determina algunas acciones que, en concreto, limitan la libre competencia y en consecuencia también constituyen una infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En el mismo sentido, la doctrina ha interpretado que el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al igual que el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, "[...] contiene una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de la competencia [...] (subrayado fuera del texto)"<sup>38</sup>. En consecuencia, dado que los acuerdos a los que hace referencia el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 son conductas contrarias a la libre competencia, implican una infracción del régimen general.

<sup>38</sup> Por ejemplo, en este sentido también se ha afirmado que "[e]n relación con los aspectos sustanciales relativos al derecho de la competencia, el decreto hace referencia a la Ley 155 de 1959, aunque la modifica en algunas partes como se verá adelante. De todas maneras debe considerarse que el decreto contiene el régimen general del derecho de la competencia en Colombia". Posteriormente se aclara que por ejemplo "[e]l artículo 46 contiene una prohibición genérica contra todas las conductas restrictivas de la competencia, que reitera la prohibición contenida en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 [...] (subrayado fuera del texto)". Miranda Londoño, Alfonso. "El régimen general de la libre competencia: Características principales". En CEDEC III, Pontificia Universidad Javeriana, 1999. Bogotá. Pág. 45.

En el caso de los acuerdos o convenios anticompetitivos, el doctor Miranda Londoño ha afirmado que la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 "[...] se encuentra reafirmada de manera general por el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, de conformidad con el cual, en los términos de la Ley 155 de 1959, se encuentran prohibidas las conductas que afectan la libre competencia en los mercados". Posteriormente se aclara que "[e]s importante tener en cuenta que tanto la prohibición del artículo 1º de la Ley 155 de 1959, como la contenida en el artículo 46 del decreto 2153 de 1992, cobijan los acuerdos horizontales al igual que los verticales" (subrayado fuera del texto). Miranda Londoño, Alfonso. "Los acuerdos anticompetitivos de repartición de mercados". En CEDEC III, Pontificia Universidad Javeriana, 1999. Bogotá. Págs. 52-53 45.

En el caso de las conductas discriminatorias, el doctor Miranda Londoño ha escrito que "pueden ser aplicados tanto en forma concertada por medio de los acuerdos anticompetitivos que prohíben el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el artículo 47 del decreto 2153 de 1992". De este fragmento también se concluye que este tipo de conductas se encuentra prohibida por la disposición general y por el Decreto 2153 de 1992. Miranda Londoño, Alfonso. "Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado". En CEDEC – Seminarios 5, Pontificia Universidad Javeriana, 2002. Bogotá. Pág. 64.

Así las cosas, la SIC considera que las conductas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 suponen una violación de la disposición general de la Ley 155 de 1959. Luego, la norma general no tiene un carácter residual. Es decir, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 abarca las conductas del Decreto 2153 de 1992 y cualquier otra que, aunque no haga parte de ese Decreto, termine afectando la dinámica competitiva del mercado. Lo anterior implica que si la autoridad de competencia concluye que una conducta es anticompetitiva, al menos se estaría violando la disposición general.

Ahora bien, el Despacho debe aclarar que la sanción impuesta en la Resolución 4946 de 2009 está sustentada en la afectación que generó el acuerdo anticompetitivo al mercado de compra de cacao corriente a nivel nacional y no en el número de normas infringidas. Por lo tanto, la cuantía de la sanción no depende de la cantidad de normas vulneradas sino del efecto negativo que tuvieron las acciones de las empresas sobre el mercado.

- b) No se demostró que la conducta por la cual se sanciona haya ocasionado una afectación al mercado específico. Adicionalmente, el precio pagado a los agricultores está dentro de "los parámetros de la economía mundial", siendo este precisamente uno de los objetivos de ASCCCA.

Contrario a lo afirmado por los recurrentes, la Resolución de sanción sí precisó el efecto negativo en el mercado producido por el acuerdo de precios censurado en la presente investigación. En efecto, dice la Resolución 4946 de 2009 que *"esta conducta es especialmente negativa para el mercado, pues afecta de forma importante un sector de la economía en el que se negocian anualmente más de treinta mil toneladas de cacao<sup>(103)</sup>, de las cuales NACIONAL y LUKER adquirieron más del 80%<sup>(104)</sup> en la totalidad de las regiones en que dicha materia prima se cultiva. Los hechos probados en la investigación dan cuenta de un acuerdo continuado a lo largo de catorce meses y tendiente a evitar competir vía precio por las cantidades de cacao disponible en el mercado nacional, logrando de esta manera que los precios pagados por dicha materia prima correspondieran a un precio artificial, producto del acuerdo y no a la libre competencia<sup>39</sup>.*

Durante el periodo investigado las compañías NACIONAL y LUKER adquirieron en el mercado nacional un total de 35.028.025 kilos de cacao corriente, correspondiéndole a NACIONAL un volumen de compra de 19.659.102 kilos de cacao y a LUKER de 15.368.922 kilos de cacao. NACIONAL y LUKER pagaron por sus compras de cacao en el mercado nacional \$68.368.277.562 y \$53.479.849.313 respectivamente, para un total pagado por ambas compañías de \$121.848.126.875 durante el periodo investigado.

Así las cosas, el hecho de que el precio de compra de cacao en el mercado no hubiere correspondido al libre juego de la oferta y la demanda y, en consecuencia, fuere fijado artificialmente en el marco de un acuerdo anticompetitivo por las partes, constituye justificación para imponer la sanción consignada en la resolución impugnada.

<sup>39</sup> Resolución 4946 de 2009, p. 61.

En conclusión, disiente el Despacho con la afirmación de los apoderados según la cual no está demostrado el efecto negativo en el mercado.

- c) Los agricultores nacionales no tienen capacidad de negociación.

Argumenta el apoderado de NACIONAL que resulta "curiosa" la afirmación del Despacho de que "los agricultores tienen poca o nula capacidad de negociación", toda vez que en su concepto "existe una correlación bastante alta entre el precio interno del cacao y el precio internacional". Al respecto, es importante mencionar que el grado de correlación entre el precio nacional y el precio internacional no constituye evidencia del supuesto poder de negociación de los agricultores.

Ahora bien, quedó claramente demostrado en el expediente que la fijación de los precios de compra de cacao en el mercado nacional obedeció al acuerdo de precios de los investigados más que a cualquier otra circunstancia. También quedó demostrado que el precio internacional puede funcionar como una variable importante que las partes involucradas en la comercialización del cacao tienen en consideración al momento de fijar el precio nacional de compra de cacao. Sin embargo, esta circunstancia en sí misma considerada no constituye una prueba de la capacidad de negociación de los agricultores, tal y como lo plantea el apoderado de NACIONAL.

Para el Despacho, las pruebas que obran en el expediente demuestran la inmensa capacidad de compra y superioridad contractual de las empresas investigadas en el mercado de compra de cacao. El hecho de que NACIONAL y LUKER adquieran más del 80% del total de la producción nacional de cacao corriente, es un claro indicador de poder de compra en dicho mercado. Adicionalmente existen declaraciones de empleados de ambas empresas en las que se establece que NACIONAL y LUKER determinan un precio fijo al que van a comprarle el cacao a los acopiadores, lo que a su vez determina el precio que van a recibir los productores<sup>40</sup>. Así las cosas, los agricultores se limitan a aceptar o rechazar los términos que son fijados por las empresas y transmitidos por los acopiadores.

Sumado a lo anterior, debe tenerse en consideración las particulares características del negocio del cacao antes mencionadas con el fin de responder el argumento bajo estudio. El hecho de que el conjunto de agricultores esté compuesto por pequeñas unidades productivas, de tipo familiar con bajos niveles de desarrollo tecnológico y que sea un cultivo utilizado como sustitución de cultivos ilícitos caracteriza a los cultivadores de cacao como pequeños productores y no grandes negociantes.

En este sentido, el argumento según el cual los agricultores de cacao tienen capacidad de negociación frente a las investigadas se rechaza por el Despacho.

<sup>40</sup> En este sentido pueden citarse las respuestas a las preguntas 3 y 25 en el testimonio del señor Francisco Javier Gómez (Cuaderno 21, Folio 297 y 301) y la respuesta a la pregunta 79 en el testimonio del señor Juan Fernando Valenzuela (Cuaderno 25, Folio 116).

- d) El Gobierno nacional jugó un papel importante a través del ASCCCA. Según el apoderado de LUKER *"el supuesto paralelismo proviene del seguimiento de los acuerdos suscritos en los que el Gobierno nacional también participó"*.

Ha quedado claramente demostrado durante la presente investigación que la existencia del ASCCCA en nada afecta el deber que tienen las empresas investigadas de cumplir las normas de protección de la competencia. Dicho de otra forma, resulta inaceptable para el Despacho interpretar el ASCCCA como una insinuación, patrocinio o influencia del Gobierno Nacional a las empresas para que estas actuaran absteniéndose de competir. Se reitera, las partes estaban –y lo siguen estando – en capacidad de cumplir los acuerdos adquiridos en virtud del ASCCCA sin incurrir en prácticas anticompetitivas.

- e) La multa resulta excesiva ya que la investigación se abrió para establecer si NACIONAL y LUKER desarrollaron acciones anticompetitivas en dos mercados y la SIC solamente sancionó por lo ocurrido en uno de ellos. Luego, la sanción se refiere a la mitad de los hechos investigados.

El Despacho manifiesta que no puede, bajo ningún punto de vista, admitir la particular interpretación de los recurrentes en este punto. En efecto, los numerales 15 y 16 del Decreto 2153 de 1992 en ningún aparte siquiera sugieren que la sanción se impone en función al número de conductas investigadas sobre conductas efectivamente sancionadas. Para el Despacho, las normas citadas imponen topes máximos que operan sin perjuicio del número de conductas investigadas.

En este punto, no puede dejar de llamar la atención que el apoderado de NACIONAL haya recogido textualmente del escrito del apoderado de LUKER los argumentos relacionados con el cargo referido a la proporcionalidad de la sanción. A partir de la página 19 en el escrito de LUKER y de la página 37 de NACIONAL, el texto no presenta diferencia alguna de forma o de fondo; es así como ambos apoderados hacen alusión a la proporcionalidad de la sanción refiriéndose a las reglas del derecho penal, la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias T-015 de 1994 y C-564 de 2002 de la Corte Constitucional que tratan sobre el principio de proporcionalidad de actos administrativos y las Resoluciones 28515 de 2004 y 15917 de 2003 proferidas por la SIC, en el mismo orden y exactamente en los mismos términos. Resulta al menos extraño que los apoderados de ambos competidores se copien textualmente sin siquiera incluir la respectiva cita.

#### **5.8. Responsabilidad del representante legal**

A juicio del apoderado de LUKER, las conclusiones de la SIC sobre la responsabilidad del señor Guillermo Ponce de León Sarasti se sustentan en *"(...) una única pieza probatoria que a todas luces es insuficiente para sancionar (...)"*. Según lo afirmó el apoderado:

7 *"(...) el elemento conciente [sic] constituido por los memorandos internos a los que se ha hecho referencia en el presente escrito, es el eje sobre el cual gira la decisión sancionatoria de la SIC. De tal suerte que, para lograr sancionar al señor Ponce de León Sarasti debió haberse demostrado de manera diáfana el nexos causal entre la*

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*elaboración de dichos memorandos y su actuación como representante legal, lo cual no se hizo.*

(...)

*En este caso, la SIC presupone que al fijar directrices para la compra de cacao en grano, el representante legal de Casa Luker aceptó y toleró la conducta anticompetitiva acusada.*

(...)

*[N]o se encuentra lógica en la forma como fue analizada la situación del señor Ponce de León Sarasti, cuando se está imponiendo una multa a partir de la interpretación de la palabra "directrices" para todas y cada una de las actividades ejercidas por la misma.*

*No existe prueba alguna directa o indirecta que demuestre la relación causal entre las instrucciones dadas por el señor Ponce de León Sarasti, con la elaboración de los memorandos como prueba del elemento consciente en la investigación. Así como tampoco existe soporte probatorio para que pueda afirmarse que el mencionado representante legal, haya tolerado la conducta por la cual se sanciona".*

En la Resolución 4946 de 2009, este Despacho estimó que el señor Ponce de León Sarasti, "(...) al tener a su cargo la política de fijación de precios, aceptó y toleró el acuerdo de fijación de precios en la compra de cacao durante el periodo de investigación. Si bien otra dependencia es la que finalmente fijaba el precio, como lo afirma en su declaración el señor Francisco Javier Gómez, Gerente de Producción, debe tenerse en cuenta que dicho precio se fijaba con base en los parámetros y directrices que establecía previamente la Gerencia General de LUKER".

La conclusión a la que llega el Despacho no solo se desprende de la declaración de parte de Guillermo Ponce de León Sarasti, sino también del testimonio del señor Francisco Javier Gómez. Durante la diligencia practicada el día 25 de abril de 2007, el testigo afirmó que mantenía informado al gerente de la compañía de sus decisiones en materia de precios de compra, bien hablando directamente con él o mediante la presentación de informes de materia prima. En concreto, el testigo señaló que:

*Pregunta 3: "Esa determinación la toma usted de manera unilateral o la consulta con algunos otros funcionarios, en caso afirmativo quiénes serían esas personas.*

*Respuesta: Dentro de la compañía, yo, a ver, yo hago el análisis matemático y el análisis de mercado, que se requiere para saber el precio de mercado, la decisión la tomo yo, realmente, y en algún momento determinado, yo hablo con el gerente de la compañía, para decirle, oiga voy a hacer esto. Más que, como una consulta, es como un informe al resto de la compañía para que sepa que estoy haciendo. Pero realmente yo fijo el precio del cacao" (subrayado fuera del texto).*

(...)

*Pregunta 5: "Nos hablaba usted, que permanentemente le está informando al interior de la compañía, entonces qué tipo de informes rinde usted y a que órgano dentro de la compañía CASA LUKER".*

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

*Respuesta: "A ver, yo tengo un informe semanal de materia prima, en el cual estoy reportando la compra que se hizo de cacao por agencia. Ya con tema de precios y esas cosas los resúmenes de compra se presentan en comités, que se hacen periódicamente de materia primas en el cual nos muestra cuánto compró, cuál fue el precio de compra del cacao"<sup>41</sup> (subrayado fuera del texto).*

En consecuencia, si existe evidencia que demuestra que aunque el señor Ponce de León Sarasti no ejecutaba la política de compra de cacao corriente de LUKER, ni tampoco expedía los citados memorandos, si estaba continuamente informado de las acciones de la persona encargada de tomar estas decisiones.

Según lo anterior, el Despacho estima que la responsabilidad del señor Ponce de León Sarasti no está sustentada en una única prueba. Además, la sanción no está basada en una interpretación de la palabra "directrices", sino en el hecho de que el Gerente de LUKER definió la política de precios y estuvo constantemente informado de la forma en que se ejecutaba, lo que supone que al menos toleró la conducta. En consecuencia, el Despacho confirma lo resuelto en el artículo cuarto y quinto de la Resolución 4946 de 2009.

**SEXTO.** Que frente a la solicitud de pruebas de los apoderados de las empresas sancionadas, la SIC procede a pronunciarse así:

#### **6.1. Pruebas solicitadas**

##### **6.1.1. Pruebas solicitadas por el apoderado de NACIONAL y por el apoderado de LUKER**

Los recurrentes solicitaron el testimonio del señor Andrés Felipe Arias, quien ocupó el cargo de Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural. Según ellos, el testimonio resultaba necesario para aclarar la forma en la que el Ministerio entendió y aplicó los compromisos que tanto las empresas investigadas, como el Gobierno Nacional, adquirieron en virtud del ASCCCA.

El artículo 56 del Código Contencioso Administrativo señala, con respecto a la oportunidad de aporte de pruebas en los recursos, que "[l]os recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio. El Despacho considera que existe evidencia que ilustra de forma suficiente este tema, por lo que no estima necesario decretarla de oficio.

##### **6.1.2. Pruebas solicitadas por el apoderado de LUKER**

El apoderado de LUKER solicita que se decrete el testimonio del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Andrés Fernández Acosta. Esta prueba tiene el mismo objetivo que el testimonio del señor Andrés Felipe Arias; a saber, que se aclare la forma en que el Ministerio entiende y aplica los compromisos asumidos por los

<sup>41</sup> Cuaderno 21, folios 297 - 298.

Por la cual se resuelve un recurso.

Radicación No. 06-025839

diferentes agentes que participaron en el ASCCCA. Por lo tanto, el Despacho tampoco considera necesario decretarla de oficio.

### 6.1.3. Pruebas solicitadas por el apoderado de NACIONAL

Finalmente, el apoderado de NACIONAL solicita que se tenga como prueba la copia de los memorandos de NACIONAL con el respectivo reporte de fax que muestra el momento exacto en el que supuestamente fue enviado cada memorando. El Despacho tampoco considerará esta prueba de forma oficiosa por las razones expuestas en el numeral 5.4.1.

### 6.2. Conclusión

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Despacho decide no considerar de oficio las pruebas solicitadas por los apoderados de NACIONAL y LUKER en el recurso de reposición contra la Resolución 4946 de 2009.

### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO:** Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la Resolución No. 4946 de 2 de febrero de 2009.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores Alfonso Miranda Londoño, apoderado especial de COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y de SOL BEATRIZ ARANGO MESA, y Germán Bacca Medina, apoderado de SUCESORES DE JESÚS RESTREPO Y CIA S.A. – CASA LUKER y de GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI, entregándoles copia del mismo e informándoles que contra este acto no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C., a los **16 OCT 2009**

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Radicación No. 06-025839

RESOLUCIÓN NÚMERO 52202 DE 2009

Hoja No. 52

Por la cual se resuelve un recurso.

16 OCT 2009

Radicación No. 06-025839

**NOTIFIQUESE:**

Doctor

**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

Apoderado de

COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A. y

SOL BEATRIZ ARANGO MESA

Calle 72 No. 6 - 30, Oficina Piso 12

Fax 3104715

Ciudad

Doctor

**GERMÁN BACCA MEDINA**

Apoderado de

SUCESORES DE JESÚS RESTREPO Y CÍA S.A. – CASA LUKER S.A. y

GUILLERMO EDUARDO PONCE DE LEÓN SARASTI

Carrera 9 No. 74 - 08 Oficina 305

Ciudad