



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011

Radicación: 08-38436

21 JUN 2011

Por la cual se imponen unas sanciones

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 3523 de 2009, 1687 de 2010,
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 7580 del 12 de febrero de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el "Delegado") ordenó abrir investigación en contra de la Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar - PROCAÑA (en adelante PROCAÑA) y la Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda -AZUCARI, (en adelante AZUCARI) a fin de determinar si actuaron en contravención de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963, y por el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si los señores Martha Cecilia Betancourt, Representante Legal de Procaña; Guido Mauricio López Ochoa, Presidente de la Junta Directiva de Procaña; José Vicente Irurita Rivera miembro de la Junta Directiva de Procaña; Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de Azucari y Amparo Cadena Duque Representante Legal de Azucari, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

La resolución de apertura de investigación fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, en la existencia de ciertos indicios que daban cuenta de la posible influenciación de ambos gremios en la voluntad de los cañicultores afiliados para que no aceptaran remuneraciones por el insumo, inferiores al porcentaje sugerido por PROCAÑA y AZUCARI¹.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No 63629 de fecha 19 de noviembre de 2010 y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado ordenó practicar parte de las pruebas solicitadas y tener como tales otras de las aportadas por los investigados. Igualmente, en dicho acto se decretaron pruebas de oficio y se rechazaron algunas de las solicitadas por los Apoderados.

La Resolución arriba señalada fue recurrida por el Apoderado especial de PROCAÑA y de los señores Martha Cecilia Betancourt, Guido Mauricio López Ochoa y José Vicente Irurita

¹ Resolución No. 7580 del 12 de febrero de 2010.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Rivera recurso que fue resuelto a través de la Resolución No. 5118 del 3 de febrero de 2011², confirmando en todas sus partes el acto administrativo atacado.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, el "Delegado" presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el "Superintendente") el Informe de Investigación correspondiente debidamente motivado³, en el cual recomendó:

"... sancionar a las personas naturales y jurídicas investigadas en la presente actuación administrativa al haberse verificado que, conforme a la imputación jurídica realizada en la Resolución No. 7580 del 12 de febrero de 2010, son responsables de infringir, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. De la misma manera, esta Delegatura recomienda al señor Superintendente no sancionar a las personas naturales y jurídicas investigadas en la presente actuación administrativa al haberse verificado que, conforme a la imputación jurídica realizada en la Resolución No. 7580 del 12 de febrero de 2010, no son responsables de infringir, el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

"Además, esta Delegatura recomienda al Señor Superintendente instruir a la Asociación PROCAÑA y a la Asociación AZUCARI y sus representantes legales, abstenerse de iniciar procesos de negociación colectiva con el fin de obtener condiciones uniformes en contratos de compraventa de caña de azúcar, cualquiera sea su fin".

CUARTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, se dio traslado a los investigados del Informe Motivado, quienes presentaron sus escritos con las observaciones al mismo⁴, cuyos resúmenes se incluyen a continuación:

4.1 Procaña- Guido M. López O., Martha C. Betancourt M. y José Vicente Irurita R.

a) Violación derecho de defensa

En las observaciones al informe motivado se manifiesta que las agremiaciones por su naturaleza tienen el deber constitucional de velar por la defensa de los intereses legítimos de sus afiliados y que en desarrollo de esta función, tienen el deber de asesorar económica y jurídicamente a los mismos. Por tanto, considera que la actuación adelantada por sus representados se enmarca en el ejercicio legítimo de sus funciones, dada su naturaleza gremial.

Igualmente, afirma que PROCAÑA y los demás investigados actuaron en legítima defensa de sus afiliados, teniendo en cuenta la conducta de los ingenios y su situación de preeminencia dentro de la industria de la caña de azúcar y la actuación de sus representados correspondió a la necesidad de proteger intereses legítimos de sus afiliados frente a la situación dominante y a la conducta ilegal de los ingenios azucareros, la cual fue objeto de sanciones por parte de esta Superintendencia.

² Documento obrante en el Cuaderno Público No. 21, folios 5554-5561.

³ Radicados con los números 08-038436-00253-0001 y 08-038436-00254-0001, el 15 de abril de 2011.

⁴ Obrantes entre folios 18832 y 18908 del cuaderno público No. 68.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 3

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En este mismo aparte, señala la violación del derecho de defensa de sus representados, toda vez que la Delegatura rechazó de plano pruebas que a juicio del apoderado son indispensables para su defensa, como las siguientes:

- El contexto del mercado de venta de caña para la producción de alcohol carburante y sus características oligopsónicas y la falta de dinámica competitiva en mismo.
- La conducta de los ingenios, en particular lo relacionado con la imposición unilateral y concertada de precios iguales y la asimetría de los contratos con los ingenios, lo que determinaba la inexistencia de negociación de los precios de la caña para producir alcohol carburante. Circunstancias estas que impedían que los investigados se encontraran en una situación que objetivamente les permitiera realizar actos tendientes a limitar la competencia.
- La metodología de remuneración propuesta por los cañicultores a través de PROCAÑA.
- Los compradores no tienen incentivos para celebrar acuerdos de cadena o de comercialización y la necesidad de intervención del Estado.

b) Desequilibrio probatorio.

En las observaciones al informe motivado se afirma que en la presente actuación no hubo equilibrio probatorio, toda vez que la Delegatura rechazó la mayoría de las pruebas solicitadas por los investigados. El apoderado manifiesta que de las 31 pruebas documentales solicitadas sólo se decretaron 11, se rechazaron todos los testimonios solicitados (6), así como la solicitud de oficiar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Por otra parte, señala que se decretaron de oficio los testimonios de todos los quejosos y que al definir el objeto de dichas prueba la Superintendencia prejuzga. También manifiesta que sólo se decretaron las pruebas en las que se basa la recomendación de sanción (interrogatorios a los investigados y visitas a las asociaciones) y que en el interrogatorio al Presidente de Junta Directiva de Procaña se da por probado que dicha asociación diseñó e implementó una estrategia en relación con los contratos entre ingenios y cañicultores.

c) Ausencia de Valoración de pruebas

El Apoderado manifiesta que la Superintendencia no valoró las pruebas de los hechos que fundamentan la defensa de sus poderdantes, vulnerándose el principio de imparcialidad previsto en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y que el poder especial otorgado al Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA era "para tratar de lograr concertadamente con los ingenios y con la intervención o mediación del MADR, que se adoptara una metodología para retribuir al cultivador la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de alcohol carburante o etanol.

En relación con esta irregularidad, el Apoderado manifiesta que no se distingue entre PROCAÑA y AZUCARI, cuestiona la utilización de estadísticas de ASOCAÑA, reitera que la metodología de remuneración propuesta no tiene como objetivo determinar precios únicos sino que está basada en calidad.

En relación con los poderes, se afirma que los mismos no tenían como objeto la negociación colectiva del precio de la caña de azúcar utilizada para la producción de

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

alcohol carburante, sino la de nombrar un vocero que representara los intereses de los cañicultores con el fin de adelantar conversaciones y establecer por consenso metodologías para determinar el pago de la caña utilizada para la producción de alcohol carburante.

d) Atipicidad de la conducta

En relación con la atipicidad de la conducta, el Apoderado argumenta que las actuaciones de Procaña y los demás investigados *bajo ningún aspecto pueden configurar una infracción a las normas sobre competencia:*

"no se enmarcan dentro de los supuestos de hecho de la norma sancionatoria imputada".

"A continuación se demostrará como: i) no puede hablarse de convenio. ii) de considerarse que lo hubo, un convenio para la negociación colectiva per se no puede considerarse anticompetitivo, ii)(sic) en ningún caso dicho supuesto convenio, como se ha reiterado, fue para la fijación de un precios y iii) en todo caso, los agremiados de PROCAÑA que firmaron el poder representaban menos del 20% del mercado de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante."

Se manifiesta la inexistencia de convenio y que en todo caso no era para fijación de precios, sino para negociarlo con los ingenios, que la negociación no tenía propósitos ni efectos anticompetitivos sino la defensa de los intereses de sus afiliados, en ejercicio de su función gremial y que la negociación colectiva no puede considerarse per se anticompetitiva, esto implicaría negar el derecho de asociación.

También afirma el apoderado que sus representados no pretendían hacer una negociación colectiva en torno al pago de la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de alcohol carburante o etanol y que los poderes otorgados al Presidente de la Junta Directiva de Procaña eran individuales y que los mismos tenían un objeto diferente que fue descrito de la siguiente manera:

"tratar de lograr, concertadamente con los ingenios y con la intervención o mediación del MADR, que se adoptara una metodología para retribuir al cultivador la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de alcohol carburante o etanol, que tuviera fundamentalmente en cuenta la calidad de la caña, metodología que no llevaría a la fijación de un precio único, como es el que hoy existe en el mercado, fijado unilateralmente y concertadamente por los ingenios, sino un precio para cada proveedor que dependiera de la calidad de la caña que cultivara y suministrara o proporcionara al ingenio".

Por lo anterior, el Apoderado consideró que no se cumple el elemento de plurilateralidad exigido por la norma presuntamente vulnerada.

e) La metodología Propuesta por PROCAÑA para retribuir a los cultivadores la caña que los ingenios destinan a la producción de etanol.

El Apoderado manifiesta que en los estudios "Pago de Caña en la Agroindustria Sucroalcoholera de Brasil", elaborado por el señor Antonio Carlos Fernandez y "Una Mirada desde el campo a la agroindustria de la caña de azúcar en Colombia de Procaña"

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 5

"Por la cual se imponen unas sanciones"

rechazados por la Superintendencia por considerarlos notoriamente impertinentes, se explicaba la metodología propuesta por PROCAÑA.

Sobre la misma, se señala que el propósito de la propuesta era establecer un nuevo sistema de pago para la caña de azúcar, único, mensurable, homologado, automático y aceptado por las partes, con beneficios mutuos, que estimule a producir la mayor cantidad de Azúcares Reductores Totales (ATR) por hectárea, por mes, transformada y transportada de la forma más eficiente.

f) La participación de PROCAÑA no representa el 21% del área cultivada de caña

El Apoderado de PROCAÑA afirma que el informe motivado parte de la base, sin prueba alguna, de que los agremiados de PROCAÑA que firmaron el poder representaban un porcentaje significativo de competidores superior al 20% del mercado de venta de caña de azúcar, porcentaje que se calcula considerando el área total de caña sembrada, sin distinguir entre la caña que se suministraba a los ingenios que no producen etanol y los que sí lo producen. Manifiesta que era pertinente examinar cuáles poderdantes proveían de caña a los ingenios productores de etanol y restarle los correspondientes a contratos celebrados con Ingenios no sucroalcoholeros. En este sentido, afirma que la participación de mercado de Procaña es de sólo el 16.3%.

4.2 AZUCARI, Amparo Cadena Duque y Germán Durán Carvajal

4.2.1 Observaciones de tipo procedimental

a) Error en el término del traslado del informe motivado – Violación al debido proceso

Manifiesta el Apoderado que se violó su derecho al debido proceso en tanto el Informe Motivado fue entregado el 6 de abril de 2011 y no el 1 de abril. Al respecto afirmó:

*"el traslado del informe motivado que determina si existió o no alguna infracción al régimen de prácticas restrictivas de competencia, presenta un error grave en el vencimiento del término otorgado para presentar observaciones, toda vez que dicho informe **fue notificado y entregado para su análisis y estudio el día 6 de abril de 2011** y no el 1 de abril como el señor superintendente delegado lo está asumiendo, contraviniendo de esta manera lo establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.*

En ese sentido la honorable corporación ha sido reiterativa en determinar que la notificación se: entiende realizada desde el momento en que las partes tienen la oportunidad de conocer el acto administrativo y no desde el momento de la introducción al correo (cuando la notificación se realiza por este medio), ..."

"En consecuencia de lo anterior y al establecer el superintendente delegado como fecha de vencimiento para presentar observaciones al informe motivado el día 15 de abril, es claro que el término otorgado va en contravía de lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto el cómputo de los diez (10) días del traslado fue desde el 1 de abril (fecha en la cual se introdujo al correo el informe motivado) y no desde el 6 de abril (fecha en la cual se recibió el acto administrativo), violando de esta manera el derecho al debido proceso".

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 6

"Por la cual se imponen unas sanciones"

b) Falta de motivación en la negación de garantías - violación al debido proceso

El Apoderado manifiesta que *"la decisión de no motivar el acto administrativo que declaró insuficiente las garantías, pese a la solicitud posterior de motivación, constituye una violación al derecho al debido proceso administrativo"*.

En este sentido se señala en las observaciones al informe motivado lo siguiente:

"A la fecha de presentación de este memorial, desconozco la razones por las cuales el señor Superintendente de Industria y Comercio decidió negar las garantías ofrecidas por mis poderdantes con el fin de terminar anticipadamente la investigación que estaba adelantando esa entidad por presuntas prácticas restrictivas a la competencia, pese a que posteriormente no sólo se le solicitó que motivara el acto administrativo por medio del cual tomó dicha decisión (esto con el fin de conocer las razones por las cuales consideraba insuficientes las garantías) sino que se concediera los recursos de la vía gubernativa con el fin de poder controvertir tal decisión."

"La posición asumida por la Superintendencia de Industria y Comercio en cabeza del señor superintendente, con relación al ofrecimiento de garantías y la posterior solicitud de motivación del acto administrativo que las declaró insuficientes, contraviene los principios fundamentales del debido proceso administrativo".

c) Aplicación indebida del artículo 57 del C.C.A. en los interrogatorios de parte

El Apoderado considera que la Superintendencia violó el debido proceso de sus representados al abstenerse de aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil a la práctica de los interrogatorios de parte decretados de oficio, toda vez que los investigados residían fuera de Bogotá y en su lugar aplicar el artículo 57 del Código Contencioso Administrativo que se refiere a pruebas en los recursos de la vía gubernativa.

Sobre la aplicación de esta disposición, se manifiesta:

"desconozco las razones por las cuales la Superintendencia no distribuyó entre todos los interesados, los gastos que ocasionó la práctica de dicha prueba, como lo ordena el segundo inciso del artículo 57 del Código Contencioso Administrativo."

"Con esta actuación de la Superintendencia, mis poderdantes soportaron totalmente los gastos de la prueba decretada de oficio cuya carga le correspondía a la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta decisión que a mi juicio no solamente fue injusta e inequitativa sino que violó el debido proceso y adicionalmente fue contraria a los principios constitucionales de la descentralización y desconcentración administrativa".

4.2.1 Observaciones de tipo sustancial

a) Inexistencia de individualización de la responsabilidad de los investigados frente a las conductas materia de investigación

El Apoderado manifiesta que en ninguna parte del informe se hizo análisis de manera individualizada la responsabilidad de Procaña, Azucarí y las personas naturales investigadas. En efecto, afirmó:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

*"la individualización de los hechos y posterior relación de las pruebas que conllevaron a concluir que las personas naturales **GERMÁN DURÁN CARVAJAL** y **AMPARO CADENA DUQUE** infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992"*

*"En todo el informe, el señor superintendente delegado se refiere a **PROCAÑA, AZUCARI, MARTHA CECILIA BETANCOURT, GUIDO MAURICIO LOPEZ** y **JOSE VICENTE IRURITA**, pero en ningún momento establece la responsabilidad que como personas naturales tienen los señores **GERMAN DURAN CARVAJAL** y **AMPARO CADENA DUQUE**, y mucho menos relaciona las pruebas que así lo demuestren, lo cual llevaría a concluir a priori que no se logró demostrar la responsabilidad de **GERMAN DURAN CARVAJAL** y **AMPARO CADENA DUQUE** en las conductas investigadas, imposibilitando e impidiendo así que el Superintendente de Industria y Comercio determine sanción alguna para los mismos.*

*Cualquier posible sanción que se le imponga a los señores **GERMAN DURAN CARVAJA** y **AMPARO CADENA DUQUE** derivada del informe motivado, no guardaría correlación alguna con el mismo y por lo tanto iría en contra de los principios procesales administrativos".*

Por lo anterior, solicitó exonerar de responsabilidad a los señores Germán Durán Carvajal y Amparo Cadena Duque.

- b) Legitimación de AZUCARI frente al Ingenio Risaralda - Individualización de su conducta

El Apoderado afirma que AZUCARI estaba legitimada para actuar frente al **INGENIO RISARALDA**, lo cual se acredita con las pruebas aportadas en los interrogatorios de los señores **GERMÁN DURAN CARVAJAL** y **AMPARO CADENA DUQUE** y que *"se logró demostrar que en los contratos aportados a la investigación (los cuales algunos de ellos se encuentran aún vigentes) existe una cláusula que permite a **AZUCARI** tener la representación de sus agremiados con el fin de dirimir cualquier controversia relacionada con la aplicación de los contrato de compra de caña, permitiendo concluir que **AZUCARI** actuó de buena fe frente al quejoso".*

Señala que desconoce las razones por las cuales los interrogatorios de sus poderdantes no fueron transcritos como lo ordena el ordenamiento procesal, lo que genera una posible violación al derecho de defensa.

También manifiesta que el Informe Motivado no permite establecer con claridad cuál fue la participación de AZUCARI en la conducta investigada en tanto las afirmaciones que involucran a esta asociación están fundamentadas en pruebas recaudadas en contra de otros investigados.

- c) Participación de AZUCARI en el mercado

Inicialmente se indica que AZUCARI solo agrupa a 110 cañicultores que representan aproximadamente 3.918 hectáreas de área sembrada de caña que corresponden al 1.86% del total de área sembrada nacional, y que dicha participación lleva a concluir que *"Azucari como gremio no tiene la más mínima posibilidad de definir o influenciar las condiciones de comercialización de la caña."*

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 8

"Por la cual se imponen unas sanciones"

También se señala que el área cultivada en Risaralda, para la fecha de los hechos objeto de investigación, era aproximadamente de 14.000 hectáreas, por tanto es totalmente errada la afirmación efectuada en el informe motivado de acuerdo con la cual el área cultivada en este departamento es de 45.000 hectáreas.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 7 del Decreto 1687 de 2010, el 14 de junio de 2011 se escuchó al Consejo Asesor que recomendó al Superintendente sancionar a los investigados.

Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

5.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010 señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, en concordancia con los numerales 10, 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 1687 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, de 1992 la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

5.2. Hechos investigados

De conformidad con la Resolución No. 7580 del 12 de febrero de 2010, los hechos que originaron la apertura de la investigación fueron las estrategias de negociación conjunta promovidas y adelantadas por PROCAÑA y AZUCARI entre sus cañicultores afiliados, tendientes a intervenir en el proceso de determinación del precio y las condiciones de remuneración de la caña de azúcar usada por los ingenios en el proceso de producción de alcohol carburante.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 33141 DE 2011 Hoja N° 9

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Tal estrategia implicaba la solicitud por parte de PROCAÑA y AZUCARI a sus cañicultores afiliados del otorgamiento de poderes a una persona específica, con el fin de representarlos y negociar colectivamente algunas condiciones de sus contratos y presionar la modificación, particularmente, del precio de la caña utilizada por los ingenios en el proceso de producción de alcohol carburante y así lograr el establecimiento de términos contractuales que más favorables.

Igualmente es objeto de la presente actuación, investigar la participación de los señores José Vicente Irurita, Martha Cecilia Betancourt y el señor Guido Mauricio López Ochoa, como directivos de PROCAÑA, y de Germán Durán Carvajal y Amparo Cadena Duque como directivos de AZUCARI, en la implementación y desarrollo de la estrategia anterior.

Los anteriores hechos fueron denunciados en quejas interpuestas contra la Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar - PROCAÑA y la Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda - AZUCARI por parte de algunos ingenios productores de alcohol carburante⁵, por el Sindicato de Trabajadores de la Industria del Dulce (en adelante "SINTRAIDUBAR"), seccional Balboa Risaralda del Ingenio Risaralda y cooperativas de trabajo asociado de sector⁶.

A continuación se resumen algunas de las afirmaciones realizadas por los quejosos:

El Apoderado de MAYAGÜEZ S.A., manifestó que PROCAÑA y sus directivos "[...] propiciaron la realización de acuerdos entre cultivadores para negociar en grupo las condiciones de sus contratos y presionar de manera indebida la modificación de las condiciones que venían negociando hasta el presente en forma unilateral"⁷, para lo cual, adelantaron actividades tendientes a unir a los cultivadores de caña con el objetivo de realizar negociaciones colectivas, lo que se constituye como conducta anticompetitiva en contra de los ingenios.

El Apoderado también señaló que "[...] los cultivadores han adelantado actividades coordinadas que deberían ser investigadas por la SIC y hay pruebas y reconocimiento expreso de su parte en el sentido de que son ellos quienes se han cartelizado"⁸.

Por su parte, el Apoderado del INGENIO DEL CAUCA S.A., afirmó que a partir de enero del año 2004, PROCAÑA y sus afiliados "[...] realizaron las primeras ofertas en bloque, destinadas a los ingenios, con el fin de promover un acuerdo colectivo, en torno al pago de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante"⁹.

El Apoderado del INGENIO PROVIDENCIA S.A., manifestó que PROCAÑA adelantó una campaña para cartelizar a los cultivadores de caña con el fin de que la negociación de los contratos se hiciera de manera colectiva. En particular, el Apoderado aclaró que "[...] [m]ás de 400 cañicultores han otorgado poder al señor José Vicente Irurita, presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA, con el fin de que sea él quien negocie y defina los nuevos términos de los contratos, logrando fórmulas de pago uniformes para todos los

⁵ Ingenio San Carlos S.A., Ingenio del Cauca S.A., Ingenio Providencia S.A., Ingenio Risaralda S.A., Mayagüez S.A., Ingenio Carmelita S.A., Ingenio Central Castilla S.A., E Ingenio Riopaila S.A. y Carlos Sarmiento L. & Cia.

⁶ Cooperativa Progreseemos, Cooperativas de Trabajo Asociado de corte de caña del Ingenio Risaralda, la Cooperativa de Trabajo Asociado Cootraviterbo C.T.A., la Cooperativa de Trabajo Asociado Matecaña C.T.A., y de PROCAÑA-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO.

⁷ Cuaderno 1 folio 8

⁸ Cuaderno 1 folio 9.

⁹ Cuaderno 1 folio 160

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 10

"Por la cual se imponen unas sanciones"

proveedores de caña [...]”¹⁰. Igualmente afirmó que PROCAÑA ha “[...] convocado a los agricultores a actuar de manera mancomunada en contra de los ingenios azucareros del Valle del Cauca”¹¹.

En el mismo sentido, el Apoderado de CARLOS SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SAN CARLOS S.A., afirmó que PROCAÑA “[...] ha diseñado y está implementando un plan de cartelización de los cañicultores con el fin de que la negociación de los contratos se haga de manera colectiva. Más de 400 cultivadores de caña han otorgado poder al señor José Vicente Irurita, Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA, con el fin de que sea él quien negocie y defina los nuevos términos de los contratos, logrando fórmulas de pago uniformes para todos los proveedores de caña, posición que claramente contradice los principios rectores de nuestra legislación sobre la libre y sana competencia [...]”¹² (subrayado fuera de texto).

El Apoderado del INGENIO CARMELITA S.A. manifestó que se ha presentado una colusión de los cañicultores frente a los ingenios por cuanto los productores de caña han sido exhortados por PROCAÑA para que “[...] no actúen "dispersos" frente a los ingenios, con miras a **"negociar colectivamente"** los precios o la forma de pago de la caña destinada a la producción”¹³ (subrayado y negrilla original).

Este Apoderado también afirmó que “[...] **los propietarios de la tierra cañicultores han adelantado -ellos sí concertadamente- un conjunto de acciones deliberadamente concebidas para que el conjunto de los ingenios pague al conjunto de los propietarios de tierra cañicultores una mayor cantidad de azúcar por tonelada de caña**”, con el fin de que “[...] **los cañicultores obtengan como fruto de esa negociación colectiva de orden gremial una paga mayor y uniforme por caña de azúcar por ellos producida**”¹⁴ (negrilla original).

El Apoderado del INGENIO RISARALDA S.A., manifestó que los cañicultores han promovido negociaciones en bloque a través de AZUCARI y de PROCAÑA con la finalidad de “[...] llegar a un acuerdo acerca del pago de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol”¹⁵.

Además, afirmó que algunos proveedores de caña del Ingenio Risaralda, a través de PROCAÑA y de AZUCARI y con la “[...] **anuencia y promoción**”¹⁶ de los miembros de la juntas directivas y sus gerentes, promovieron la realización de un acuerdo colusorio en el sector azucarero. Este acuerdo tenía por objeto fijar el precio de venta del azúcar.

El Apoderado del INGENIO CENTRAL CASTILLA S.A., e INGENIO RIOPAILA S.A., afirmó que PROCAÑA en desarrollo de sus actividades gremiales convocó a los “[...] **agricultores a actuar de manera mancomunada en contra de los ingenios azucareros del Valle del Cauca**”¹⁷.

En la queja presentada por el Presidente y por el Vicepresidente de SINTRAIDUBAR y el Gerente de la Cooperativa Progresems, se afirmó que algunos proveedores de caña del

¹⁰ Cuaderno 2 folio 317

¹¹ Cuaderno 2 folio 317

¹² Cuaderno 2 folio 445

¹³ Cuaderno 2 folio 463.

¹⁴ Cuaderno 2 folio 463.

¹⁵ Cuaderno 2 folio 476.

¹⁶ Cuaderno 2 folio 479.

¹⁷ Cuaderno 2 folio 441.

Ingenio Risaralda S.A., "[...] se han confabulado en un cartel con las asociaciones gremiales que los agrupan AZUCARI (Asociación de Cañicultores de Risaralda) y PROCAÑA (Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar): para imponer las condiciones de venta de la caña de azúcar que utiliza el ingenio"¹⁸.

Igualmente manifestaron que "[...] los cultivadores, respaldados por AZUCARI y PROCAÑA, quieren negarse a celebrar y firmar contratos de suministro con el Ingenio, hasta tanto no se fije una posición unificada por parte de esos gremios en relación con el pago de la caña de azúcar"¹⁹.

Por último, la apoderada de SINTRAIDUBAR, la Cooperativa de Trabajo Asociado Cootraviterbo C.T.A., la Cooperativa Progreseemos, la Cooperativa de Trabajo Asociado Matecaña C.T.A., y de PROCAÑA-COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, afirmó que PROCAÑA y AZUCARI, así como sus directivos y sus afiliados, han promovido y realizado acuerdos restrictivos de la competencia tendientes a la fijación del precio de la caña destinada a la producción de alcohol carburante²⁰.

En particular, la Apoderada manifestó que:

*"PROCAÑA y AZUCARI, sus representantes legales, directores y administradores iniciaron una campaña entre los cultivadores de caña para que éstos no aceptaran las condiciones de pago propuestas por el Ingenio Risaralda en el marco de negociaciones bilaterales con cada cañicultor. Dicha campaña tuvo por propósito estimular la agrupación de los cañicultores con el objeto de fijar en bloque el precio de la caña destinada a la fabricación de alcohol carburante, buscando eliminar las negociaciones bilaterales entre el Ingenio y el cañicultor y en consecuencia el comportamiento de la oferta y demanda en la determinación de las condiciones de venta de la caña y el precio de la misma"*²¹.

También afirmó que existió presión desde el punto de vista económico "[...] para forzar ilegalmente un acuerdo de precios de la caña destinada a la producción de alcohol, equivalente al 50% de participación, conducta claramente violatoria del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992". Lo cual en concepto de la Apoderada evidencia "[...] una típica colusión para fijación de precios, de un abuso de poder de negociación, basado en el poder económico de quienes detentan la propiedad de bienes únicos (tierras), por su localización, y además, bienes determinantes y esenciales en la producción de azúcar o alcohol carburante"²².

5.3 Normas Presuntamente violadas

En el presente caso, de acuerdo con la resolución que ordenó la apertura de la investigación, se examina la presunta infracción a las siguientes normas:

5.3.1. Prohibición general

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: "Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento,

¹⁸ Cuaderno 3 folio 640.

¹⁹ Cuaderno 3 folio 640.

²⁰ Cuaderno 4 folios 877 y 878.

²¹ Cuaderno 4 folio 881.

²² Cuaderno 4 folio 891.

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~33141~~ **33141** DE 2011 Hoja N°. 12

"Por la cual se imponen unas sanciones"

distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

5.3.2. Actos de influenciación

De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992:

"Artículo 48. Actos Contrarios a la Libre Competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos.

[...]

2. *Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios".*

5.4. SUJETOS INVESTIGADOS

5.4.1 Personas jurídicas

- Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar - PROCAÑA

Asociación con domicilio en Cali que tiene como objeto: *"El desarrollo, protección y satisfacción de los intereses de los asociados, bien individualmente o en conjunto, relacionados siempre con el sector rural y especialmente, de la caña de azúcar".*

- Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda – AZUCARI

Asociación que agremia a los cañicultores de Risaralda, cuyo objeto es: *"1. Llevar la representación de los cañicultores y/o dirimir con el ingenio comprador las controversias que se suscitar en entre las partes como consecuencia de la aplicación de las cláusulas de los contratos. 2. Servir como grupo de apoyo a todas las actividades relacionadas con el cultivo de caña. 3. Concertar con el ingenio todas aquellas acciones que impliquen un beneficio mutuo y las que se estipulen en los contratos. 4. El motivar a todos los cañicultores del ingenio Risaralda a que lidere propuestas para crear alternativas de cambio en beneficio de nuestra industria azucarera. 5. Todas las actividades tendientes a mejorar el negocio de caña de azúcar para beneficio de todos sus asociados, estos pueden ser de tipo informativo, técnico, económico, jurídico".*

5.4.2 Personas naturales

- Martha Cecilia Betancourt: Representante Legal de PROCAÑA.
- Guido Mauricio López Ochoa: Presidente Junta Directiva de PROCAÑA.
- José Vicente Irurita Rivera: Miembro Junta Directiva de PROCAÑA.
- German Durán Carvajal: Presidente Junta Directiva de AZUCARI
- Amparo Cadena Duque: Representante Legal de AZUCARI

5.5. Mercado afectado

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Para analizar las conductas que se reprochan en la presente investigación, a continuación se identifica el mercado afectado, lo cual permite establecer el ámbito en el cual se realizan las mismas y los bienes y servicios respecto de los cuales recae la presunta restricción de la competencia.

El punto de partida, en este caso, lo constituyen los productos señalados como afectados de acuerdo con los indicios que dieron origen a la investigación y las pruebas recaudadas dentro de la misma, los cuales corresponden a presuntas conductas tendientes a restringir la competencia en el mercado de la caña de azúcar destinada para la producción de alcohol carburante, para lo cual se tomará el análisis de la industria de la caña de azúcar presentado en el informe motivado.

5.5.1 La industria de la caña de azúcar

La industria de la caña de azúcar está conformada principalmente por los proveedores y cultivadores (cañicultores) de este producto, así como por los compradores (ingenios) del mismo, quienes se encargan del procesamiento de esta materia prima destinada a la producción de azúcar y alcohol carburante. Estos agentes intervinientes en la industria, se encuentran ubicados en el valle geográfico del río Cauca, que comprende principalmente el sur del departamento de Risaralda hasta el sur del departamento del Valle del Cauca.

La actividad económica que desarrolla este sector, tiene un fuerte impacto sobre la población situada en el territorio donde se forma esta industria, debido a la generación de 7.000 empleos directos y más de 27.000 empleos indirectos²³ que vinculan la parte agrícola, es decir la siembra de la caña. En relación con la parte industrial, la formación de empleo aumenta de manera considerable a 30.000 ocupaciones directas y más de 150.000 indirectas, beneficiando a un gran número de pobladores de estos territorios. Básicamente, la actividad agrícola suscribe alrededor de 1.700 contratos sobre 2.170 predios, dada la capacidad de producción que tienen los ingenios sobre 14 fábricas azucareras y 5 fábricas alcoholeras capaces de procesar 77.194 toneladas por día²⁴.

Es también relevante resaltar que dentro de la industria existen diferentes asociaciones capaces de configurar, bajo el derecho constitucional de libre asociación, el impulso del sector, incentivando la investigación y el desarrollo técnico del cultivo de la caña de azúcar como sucede en CENICAÑA y TECNICAÑA a quienes les corresponde a modo de aporte voluntario el 0.65%²⁵ de la producción de azúcar del país. Existen además asociaciones que agrupan y reflejan los intereses de los proveedores de caña de azúcar, como, PROCANA a nivel nacional, AZUCARI como asociación de proveedores del ingenio Risaralda y ASOCAÑA en su calidad de ente que agremia a los cultivadores de caña de azúcar colombiana, conformada principalmente por ingenios²⁶.

Diagrama 1.

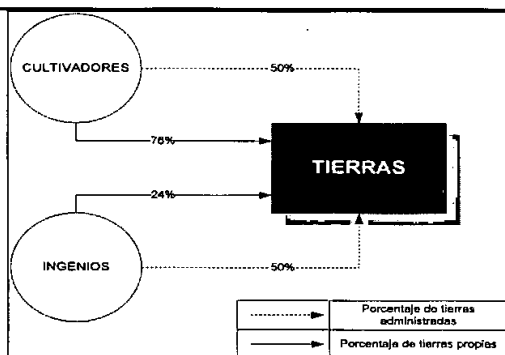
²³ Presentación Procaña, aportada al expediente, folio 3394 cuaderno No 14

²⁴ Cuaderno 14, Folios 3394 a 3395.

²⁵ Cuaderno 14, Folio 3399.

²⁶ Presentación Procaña, aportada al expediente, cuaderno No 14, folio 3396

"Por la cual se imponen unas sanciones"



Fuente: Cuaderno 14, Folios 3404 a 3405.

Esta composición gremial cuenta con la activa participación de los agentes que conforman el sector de la caña de azúcar, partiendo de la base de que la totalidad de los ingenios actores en el mercado (13) están adscritos a ASOCAÑA, al menos 110 proveedores de caña en Risaralda, están adscritos a AZUCARI y 350 proveedores de caña, están adscritos a PROCAÑA²⁷. En efecto, el área de tierra sembrada con caña de azúcar comprende un total de 210.284 hectáreas, de las cuales, en términos porcentuales, el 76% pertenece a los proveedores de caña y el 24% a los ingenios²⁸. No obstante, la administración de la tierra no guarda esta misma relación, debido a que el 50% de la misma es cultivada por los cañicultores y el 50% restante por los ingenios. En este orden de ideas, los ingenios alquilan 26% del total de la tierra destinada para el cultivo de la caña de azúcar, porcentaje éste que es propiedad de los cañicultores²⁹.

Geográficamente, la producción se concentra en el Valle del Cauca, donde la mitad de estas tierras planas son destinadas en su mayoría al cultivo de esta planta. De 316.344 hectáreas disponibles, 166.659 hectáreas son cultivadas, para un total del 52% de tierra dedicada a la cosecha de la caña de azúcar. En Risaralda la extensión del cultivo asciende a 14.000 aproximadamente³⁰.

Tabla 1. Propiedad de La Tierra, 2009.

| | | |
|--|------------|-----------|
| Productores de Caña de Azúcar | 1.600 | Familias |
| Empleos directos de la parte agrícola | 7.000,00 | Familias |
| Trabajos directos de la parte agrícola | 28.000,00 | Familias |
| Productores de azúcar | 14,00 | Fábricas |
| Productores de Etanol | 5,00 | Fábricas |
| Área sembrada en caña de azúcar en el vale del río Cauca | 210.000,00 | Hectáreas |
| Área en propiedad de los cañicultores (76%) | 159.600,00 | Hectáreas |
| Área en propiedad de los ingenios (24%) | 50.400,00 | Hectáreas |
| Área cultivada directamente por los cañicultores (50%) | 105.000,00 | Hectáreas |
| Área cultivada directamente por los ingenios (50%) | 105.000,00 | Hectáreas |

Fuente: Presentación PROCAÑA 2009¹

Como se ha señalado anteriormente, el desarrollo de la actividad agroindustrial tiene un alto impacto socio-económico, puesto que sólo el sector de los cañicultores representa en el PIB agrícola del departamento del Valle del Cauca el 29% y del PIB nacional el 2.8%³¹. Lo anterior es verificable por el nivel de realización del sector, que tuvo la facilidad de

²⁷ Cuaderno 14, Folio 3398.

²⁸ Cuaderno 14, Folio 3404.

²⁹ Cuaderno 14, Folio 3405.

³⁰ Cuaderno 14, Folio 3403.

³¹ Visible a folio 4864, Cuaderno Reservado 6.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 15

“Por la cual se imponen unas sanciones”

destinar la producción de este cultivo no solo a la fabricación de productos tradicionales como azúcar, miel, abonos y otros productos, sino que permitió el desarrollo de la industria de etanol generando empleo, expansión del sector, aumento de la producción y la productividad de la caña, impactando positivamente la economía de los hogares y de la región que dependen en gran medida de esta actividad.

Tabla 2. Producción Estimada, 2009

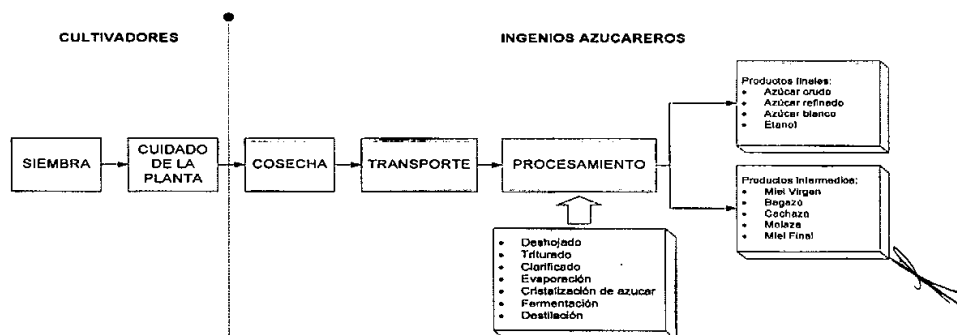
| | | |
|---------------------------------------|-------------|-----------|
| Caña de azúcar cosechada anualmente | 20.000.000 | Toneladas |
| Azúcar producido anualmente | 2.100.000 | Toneladas |
| Caña de azúcar cosechada por hectárea | 118 | Toneladas |
| Azúcar producido por tonelada de caña | 116 | Kilos |
| Edad de cosecha de caña | 14 | Meses |
| Etanol producido anualmente | 297.000.000 | Litros |
| Caña de azúcar para etanol anual | 3.712.500 | Toneladas |
| Promedio anual de área para etanol | 31.642 | Hectáreas |
| Etanol producido por tonelada de caña | 80 | Litros |

Fuente: Presentación PROCAÑA 2009³²

De acuerdo con la información que muestra la Tabla 2, se requiere destinar 31.642 hectáreas de caña de azúcar para producir 297.000.000 de litros de etanol. Para obtener estos niveles de producción se destinan en total 31.642 hectáreas que equivalen al 15% del total del número de hectáreas destinadas a producir caña de azúcar en el país.

El desarrollo productivo ha sido posible en parte a factores geográficos, como la ubicación de la zona de producción, la cual propicia un crecimiento adecuado de la caña de azúcar que permite tener cortes de buena calidad, viéndose éstos reflejados en el rendimiento y calidad del producto extraído durante la etapa de procesamiento. Un factor adicional es la inversión en infraestructura, el desarrollo en investigación, adopción de nueva tecnología y el encadenamiento de un proceso productivo consistente con cada una de las etapas previas al producto final.

Diagrama 2.



Fuente: Cuaderno 14, Folio 3410

³² Visible a folio 3426, Cuaderno 14.

Conforme con el diagrama arriba expuesto, se puede observar el desarrollo del proceso de siembra, cosecha y procesamiento de la caña de azúcar, que finalmente es destinada a la obtención de productos finales e intermedios de la misma.

Se entiende como productos finales la obtención de etanol y azúcar en diferentes niveles de procesamiento. En este orden de ideas, estaríamos analizando la compra de caña de azúcar al propietario de la tierra, destinada por los ingenios a la producción de etanol como el eje central del mercado afectado.

5.5.2 Conclusión

Para el caso en particular, el mercado sobre el cual se presume una afectación, resulta ser el conformado en la compra de caña de azúcar por parte de los Ingenios a los cañicultores, la cual es destinada al procesamiento y producción final de alcohol carburante. La extensión destinada a la producción de etanol equivale al 15% del área dedicada a la producción de caña de azúcar en el país.

5.6 Las conductas anticompetitivas investigadas

Frente a las conductas violatorias del régimen de Protección de la Competencia imputadas mediante Resolución de apertura No 7580 del 12 de febrero de 2010, en contra de las personas jurídicas y naturales anteriormente mencionadas, este Despacho procederá a evaluarlas independientemente con el fin de determinar la existencia de las mismas y la participación e imputabilidad de las conductas de los investigados a la luz del régimen de protección de la competencia.

Teniendo en cuenta la naturaleza gremial de las personas jurídicas investigadas, previo al estudio de cada imputación, es importante señalar que esta clase de entidades están sometidas al cumplimiento de las normas de protección y defensa de la competencia.

5.6.1 Los gremios como sujetos pasivos de las normas de protección y defensa de la competencia

La Constitución Nacional en el artículo 38 consagra como derecho fundamental el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad. Sin embargo, el mismo no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites razonables cuando se trate de proteger intereses constitucionalmente valiosos. En este sentido debe tenerse en cuenta que la misma carta en el artículo 333, establece que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. Sobre la naturaleza de la libre competencia, la Corte Constitucional ha manifestado:

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 17

"Por la cual se imponen unas sanciones"

evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado (artículo 333 de la Constitución Política).

"En nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios"³³.

"Se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades. Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado"³⁴.

Ahora bien, cuando el derecho de asociación tiene contenido económico y se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. En este sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha manifestado:

"Cuando el derecho de asociación gira en torno a proyectos económicos y se ejerce con propósitos lucrativos, su reconocimiento se enmarca en el derecho de libertad de empresa, esto es, en el artículo 333 de la Constitución Política. Esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común; prohíbe que para su ejercicio se exijan permisos previos y requisitos sin autorización de la ley; concibe la libre competencia como un derecho que supone responsabilidades; afirma la función social que tiene la empresa; le impone al Estado el deber de impedir la obstrucción de la libertad económica y evitar el abuso de la posición dominante y, finalmente, sujeta el ejercicio de ese derecho a los límites que imponga la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación."³⁵

En este sentido se encuentra que la Ley 1340 de 2009 establece de manera expresa, que las normas de protección de la competencia serán aplicables a todo aquel que desarrolle una actividad económica y a aquel que sin realizar una actividad económica afecte o pueda

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-815 de 2001, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-792 de 2002, (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 18

"Por la cual se imponen unas sanciones"

afectar ese desarrollo de la misma, independientemente de su forma o naturaleza jurídica³⁶.

Al respecto, es importante resaltar que la representación que las asociaciones de naturaleza gremial, profesional o de comerciantes y en general toda clase de asociación, realiza de los intereses de sus asociados es considerada como un interés legítimo e incluso deseable a la luz del derecho de la competencia, en tanto, dicha colaboración puede llevar a mejoras en la equidad, la eficiencia, la ecología y la efectividad de la actividad productiva de los asociados, de la misma asociación.

No obstante, algunas de las actividades desarrolladas por esta clase de asociaciones pueden restringir la libre competencia, vulnerar los intereses de los consumidores o de los demás agentes económicos. Por tanto, dichas entidades deben abstenerse de adoptar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009.

Cabe señalar que esta Superintendencia ha adelantado actuaciones en contra de asociaciones de naturaleza gremial, por considerar que actividades desempeñadas por este tipo de personas jurídicas pueden encuadrarse dentro de las prohibiciones de la normatividad vigente en materia de competencia en la medida que las mismas tiendan a limitar o restringir la libre competencia en un mercado³⁷. En efecto, esta Entidad ha señalado:

"Bajo este derrotero, debemos precisar que la "actividad económica" como tal, puede desarrollarse de manera organizada, bajo el amparo de una empresa o adoptando la fisonomía y naturaleza de otras personas jurídicas como asociaciones y cooperativas; empero es posible también, en palabras de la propia Corte, que una persona natural pueda ejecutar este tipo de actividades sin que sea de manera organizada. De modo que la actividad económica será libre y podrá desarrollarse por cualquier persona en tanto se mantenga bajo los límites del bien común, independientemente de si busca un ánimo lucrativo o no.

En esa medida, limitar el ejercicio de actividades económicas solamente a las empresas comporta sin lugar a dudas una restricción que la misma Constitución no ha previsto. En consecuencia, nada se opone a que una entidad sin ánimo de lucro pueda llevar a cabo actividades de naturaleza económica, cosa distinta que no pueda hacer un reparto de sus utilidades, pero el derecho como tal de realizar una actividad económica, recuérdese que por mandato constitucional lo tiene toda persona."³⁸

Así, como se señaló en el Informe Motivado, la actuación de las asociaciones o gremios debe ser respetuosa de los límites que establece el derecho de la competencia y, en consecuencia, deben abstenerse de convertirse en centros de decisión colectiva para sus

³⁶ Ley 1340 de 2009, artículo 2: "Adiciónase el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico".

³⁷ Ver Resoluciones No. 10713 de 2002 y 29302 de 2000.

³⁸ Resolución No. 25420 de 2002 confirmada por la 35523 de 2002.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

asociados. En este sentido podrían considerarse como restrictivas de la competencia actuaciones de las asociaciones encaminadas a determinar la publicidad, los estándares técnicos, compartir información que por su naturaleza debería ser reservada entre competidores o determinar las condiciones contractuales que deben tener los asociados. Sobre este último punto se han pronunciado las autoridades europeas:

"El Consejo valora que según los HP 36, 37, 38, 39, 43, 45, 46, 47, y 51, desde AEDE se trabajó también para elaborar un marco contractual para estandarizar ciertas políticas comerciales, con la intención de que éste fuese aplicado en los contratos a firmar individualmente entre cada editor y cada empresa de press clipping. AEDE por tanto es responsable tanto de haber participado en el diseño para la unificación de las condiciones comerciales que debían regir en los contratos a firmar entre editores y empresas de press clipping, como de haber difundido entre sus asociados el resultado de dicho diseño. (...)

De nuevo, la actuación colectiva sustituyó a la iniciativa individual que sustenta las bases de una leal competencia entre los agentes en un mismo mercado. Consecuentemente el Consejo coincide con la propuesta de la Dirección de Investigación en que AEDE es responsable de una conducta contraria al artículo 1 de la LDC al haber actuado con el objeto de unificar las condiciones de oferta al mercado que sus miembros debían captar clientes en base a sus mejores ofertas comerciales. Se ha renunciado a competir en precios, en su lugar se ha definido un producto estándar, se han establecido unos rangos de tarificación en función de unos rangos de calidad determinados por los propios oferentes, y se ha impedido que la demanda, en un proceso competitivo, jugase su papel en la determinación final de los precios, en función de las distintas ofertas recibidas."³⁹

Adicionalmente, y como también lo indicó la Delegatura, las asociaciones deben ser particularmente cuidadosas frente al tema de precios de sus afiliados. Al respecto, deben abstenerse de decidir, recomendar o sugerir a sus asociados cualquier tipo de precio, lista de precios, lista de descuentos o promociones permitidas a sus asociados, en razón a que dichos actos pueden llegar a considerarse como acuerdos o actos restrictivos de la competencia⁴⁰.

5.6.2 Violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

En el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, (modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963) se establece que:

"ARTÍCULO 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

³⁹ Comisión Nacional de la Competencia de España RESOLUCIÓN (EXPTE. 2761/07 ASOCIACION EDITORES DIARIOS ESPAÑOLES.

⁴⁰ Resolución No 25420 de 2002, confirmada por la Resolución No 35523 de 2002 y Resolución No 8027 de 2002.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

La citada disposición, en primer lugar, prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. En segundo lugar y tercer lugar, en consonancia con la prohibición anterior, proscribire *en general*, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

El sistema de libre competencia se traduce en garantía a la libertad de entrada y salida a los mercados, la libertad para que cada vendedor ofrezca el precio que de forma independiente defina con base en su estructura de costos y las condiciones del mercado, que ofrezca las calidades y cantidades de productos que desee, y que los consumidores elijan libremente qué comprar. Bajo estas condiciones, los precios de mercado reflejan niveles de equilibrio entre oferta y demanda y asignan con eficiencia los recursos disponibles.

Estas condiciones del sistema de libre competencia son benéficas porque contribuyen a un mejor desarrollo de la economía y tutelan de manera efectiva los intereses de los productores, de los consumidores y del Estado mismo.

Para el presente caso, a partir de la evidencia recaudada en la averiguación preliminar, se ordenó abrir investigación para establecer si los comportamientos desplegados por las investigadas habrían tenido como fin limitar la dinámica competitiva del mercado constituyéndose en el desarrollo de una práctica, procedimiento o sistema tendiente a afectar la libre competencia.

Frente a este supuesto del artículo 1 citado, es importante señalar que de acuerdo con el tenor de la norma, para que una práctica sea considerada restrictiva de la competencia debe tender a limitar la libre competencia, sin que sea requisito que efectivamente se produzca dicha limitación.

Conforme con los hechos y evidencia que obra en el expediente se procede a establecer si la práctica desarrollada por los investigados, por virtud de la cual se solicitaron poderes a los cañicultores para la negociación colectiva con los ingenios de los precios de la caña de azúcar utilizada para la producción de alcohol carburante y la participación en un porcentaje del alcohol que se produzca por tonelada⁴¹, se constituye en una práctica procedimiento o sistema tendiente a afectar la libre competencia.

5.6.2.1 Conducta de los investigados

Los hechos que originaron la apertura de la investigación fueron las actividades promovidas y adelantadas por PROCAÑA y AZUCARI entre sus cañicultores afiliados, tendientes a realizar una negociación conjunta con los ingenios para determinar el precio y las condiciones de remuneración de la caña de azúcar usada por los ingenios en el proceso de producción de alcohol carburante.

Dichas actividades implicaron la definición por parte de PROCAÑA y AZUCARI de unas estrategias de negociación colectiva que implicaron la determinación de una metodología para establecer el precio y la solicitud a sus cañicultores afiliados del otorgamiento de poderes al señor JOSE VICENTE IRURITA, con el fin de que los representara ante los ingenios y negociara algunas condiciones de sus contratos. El objetivo era obtener el

⁴¹ Véase folios 2946-2950, Cuaderno Reservado 4.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 21

"Por la cual se imponen unas sanciones"

mayor número de poderes con el fin de alcanzar poder de negociación y presionar la modificación, particularmente, de la remuneración de la caña utilizada por los ingenios en el proceso de producción de alcohol carburante y así lograr el establecimiento de términos contractuales que más favorables para los cañicultores.

Las pruebas que obran en el expediente y que se refieren a continuación, acreditan la estrategia de negociación conjunta propuesta y ejecutada por PROCAÑA y AZUCARI con la participación de las personas naturales investigadas. Estrategia cuya concepción y desarrollo se inicia en los años 2005 y se concreta y desarrolla en los años siguientes y al menos hasta el año 2008 como se evidencia a continuación:

En el acta de la XXXIII Asamblea Nacional de Afiliados de PROCAÑA, efectuada el 1 de junio de 2006 suscrita por el señor Guido Mauricio López, Presidente de la Asamblea y la señora Martha Cecilia Betancourt como Secretaria de la misma, en el punto de proposiciones y asuntos varios, el señor José Vicente Irurita Presidente de la Junta Directiva presentó como propuesta:

"En la pasada asamblea extraordinaria nos comprometimos a presentarles una estrategia de negociación colectiva para definir la forma de pago de la caña que se destina para alcohol carburante. Y como tal aquí se las tenemos.

El objetivo es que la negociación debe ser colectiva y enmarcada por parámetros tales como la participación del proveedor en un porcentaje del alcohol que se produzca de una tonelada de caña, éste porcentaje debe ser similar al que actualmente existe para la caña que se destina a producir azúcar, ninguno de los actores debe resultar con desmejoras en sus condiciones y la mayoría debe beneficiarse.

Estrategia.

- Los proveedores de caña firman un documento (poder- se anexa formato) donde otorgan el poder amplio y suficiente a la persona o entidad seleccionada para avanzar en la negociación y solicitan que el gobierno sea el facilitador del proceso.
- Una vez firmados los poderes se debe proceder a notificar al Ministro de Agricultura, a fin que se sirvan aprobar el procedimiento y nombrar su representante.
- Debe crearse una comisión compuesta por los presidentes y/o gerentes de por lo menos 4 ingenios con capacidad de tomar decisiones.
- Los miembros de esta comisión deben firmar un acuerdo o documento compromisorio donde están estipuladas las condiciones de las conversaciones, el plazo y la obligación de cumplimiento.
- El negociador nombrado por los proveedores de caña deberá actuar ceñido a las directrices entregadas en documento escrito, y deberá consultar aquellos aspectos no contenidos o que excedan los límites del documento.
- Si al finalizar el período que en consenso se ha definido como máximo, no se ha logrado un acuerdo, entonces se debe constituir un tribunal de arbitramento y/o

"Por la cual se imponen unas sanciones"

*de amigables componedores conformado por 3 miembros nombrado por las partes incluyendo uno del gobierno*⁴² (subrayado fuera de texto).

En el punto de "DIRECTRICES PARA EL NEGOCIADOR" manifestó el señor Irurita:

[...]

*"5- Lograr que los industriales fijen el pago de la caña que se destine a la producción del alcohol carburante, en un porcentaje de litros de alcohol por cada tonelada de caña, partiendo del 50%"*⁴³.

La propuesta fue "[...] aprobada por la Asamblea de manera unánime"⁴⁴.

Adicionalmente, al acta se anexó el modelo de Poder Especial de los cañicultores debían otorgar a nombre de José Vicente Irurita, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 16.610.910 expedida en Cali, algunos de cuyos apartes se transcriben a continuación:

"Yo [...] identificado con cédula [...] obrando en mi propio nombre mediante el presente escrito le manifiesto que confiero poder especial al Señor JOSÉ VICENTE IRURITA, identificado con cédula 16.610.910 expedida en Cali, para que, en mi nombre y representación adelante las negociaciones con los ingenios, tendientes a determinar el pago de la caña que se destine a la producción de alcohol carburante, el cual una vez establecido hará parte integral del contrato firmado con el ingenio hasta su vencimiento.

*El Señor JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA queda expresamente autorizado para adelantar las conversaciones y firmar los documentos pertinentes a la formalización de la metodología que se establezca por consenso entre las partes"*⁴⁵.

De la misma forma, el discurso pronunciado por el señor José Vicente Irurita Rivera en calidad de Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA, durante la XXXIII Asamblea Nacional celebrada el 1 de junio de 2006, en el salón Ritz del Hotel Dann Carlton en la ciudad de Cali, conviene citar los siguientes apartes:

"Ya en la pasada asamblea planteé que ese camino es la negociación colectiva para acordar la forma de pago de la caña destinada a la producción de alcohol carburante. Es claro que al lograrlo, sentaremos las bases para negociar el contrato de venta de caña a los ingenios.

[...]

Los acuerdos que se obtengan deben abarcar a todo el gremio de cultivadores. [...] Quienes tienen contratos vigentes con la industria azucarera, se pueden acoger al nuevo acuerdo. Es la única manera de garantizar que éste sea colectivo.

*Al lograrlo, se habrá sentado un precedente para una negociación colectiva global*⁴⁶ (subrayado fuera de texto).

⁴² Cuaderno 11 folio 2590

⁴³ Cuaderno 11 folio 2591

⁴⁴ Cuaderno 11 folio 2591

⁴⁵ Cuaderno 11 folio 2591

⁴⁶ Cuaderno 11 folio 2596.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En esa misma asamblea, el señor José Vicente Irurita, afirmó:

"La negociación colectiva sobre el pago de la caña para alcohol carburante es un proyecto para hacer realidad cuanto antes"⁴⁷ (subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, en la edición número 74 de junio de 2006 de la revista de PROCAÑA, la señora Martha Cecilia Betancourt Morales, Presidenta Ejecutiva de PROCAÑA, en el artículo denominado "Encuentros sobre Etanol" manifestó:

"NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Durante la asamblea extraordinaria en el Dann Carlton, PROCAÑA se comprometió a presentar una estrategia de negociación colectiva para definir la forma de pago de la caña que se destina a alcohol carburante"⁴⁸ (subrayado fuera de texto).

El 15 de junio de 2006, la señora Martha Cecilia Betancourt Morales, Presidenta Ejecutiva de PROCAÑA, informó a los cañicultores asociados respecto de la negociación colectiva de alcohol carburante, mediante correo electrónico enviado por la secretaria de PROCAÑA (secretaria00@telesat.com.co). Del texto del correo se destaca lo siguiente:

"En la pasada asamblea extraordinaria realizada el 27 de abril de 2006 en el Hotel Intercontinental, nos comprometimos a presentarles una estrategia de negociación colectiva para definir la forma de pago de la caña que se destina para alcohol carburante. Adjuntamos las instrucciones propuestas"⁴⁹ (subrayado fuera de texto).

Posteriormente, en la comunicación de septiembre 26 de 2006, suscrita por la señora Martha Cecilia Betancourt Morales, Presidenta Ejecutiva de PROCAÑA, y dirigida al señor Luis Fernando Londoño Capurro, Presidente de ASOCAÑA, se informaba que en la XXXIII Asamblea General anual de afiliados de PROCAÑA realizada el 1 de junio de 2006:

"[...] [e]l Presidente de nuestra Junta Directiva, doctor José Vicente Irurita, recibió 400 poderes especiales por parte de igual número de cañicultores, que representan más de 35.000 hectáreas distribuidas en todo el Valle geográfico del Río Cauca, para representarlos, concertar y firmar los documentos pertinentes relacionados con el precio y el método de cálculo del valor de la caña que se destine a la producción de alcohol carburante"⁵⁰ (subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, en las comunicaciones remitidas por José Vicente Irurita en febrero de 2007 al señor Gonzalo Ortiz Aristizábal, quien en esa fecha era Gerente General del Ingenio Cauca S.A. y Gerente general del Ingenio Providencia S.A., al señor Adolfo León Vélez, Gerente General del Ingenio Manuelita S.A., al señor Cesar Augusto Arango Isaza, Gerente General del Ingenio Risaralda S.A. y al señor Mauricio Irigorri Rizo, Gerente de Mayaguez S.A., se les informaba que:

"Los Proveedores de caña que anexo en relación adjunta, me otorgaron poder especial para representarlos y establecer la metodología de pago de la caña que se destine a la producción de alcohol carburante"⁵¹ (subrayado fuera de texto).

⁴⁷ Cuaderno 11 folio 2590

⁴⁸ Cuaderno 1 folio 98

⁴⁹ Cuaderno 1 folio 235

⁵⁰ Cuaderno 3 folio 609

⁵¹ Cuaderno 10 folios 2467 a 2478

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 24

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Respecto del número de productores que hacían parte de esta estrategia de negociación conjunta y el número de hectáreas que representan, la señora Martha Cecilia Betancourt Morales, Presidenta Ejecutiva de PROCAÑA, manifestó en la XXXIV Asamblea Nacional de Afiliados de PROCAÑA celebrada el 30 de mayo de 2007, que:

"Poderes al presidente de la junta directiva de PROCAÑA para negociar contratos: [...] Cerca de 470 productores de caña han firmado y representan 45 mil hectáreas del total del área sembrada en caña que hay en Colombia"⁵² (subrayado fuera de texto).

En la misma Asamblea, el señor José Vicente Irurita como Presidente de la Junta Directiva afirmó que:

"Cada vez que usamos la expresión batalla legal, asumimos implícitamente que se relaciona sólo con las diferencias que mantenemos con los ingenios. Sin embargo, dentro del gremio hay que librar otras batallas.

*La principal es reconocer que la forma contractual es obsoleta. Y por lo mismo, perjudicial a nuestros intereses. Es necesario propiciar el cambio. Entre otras cosas, porque se pasó del pacto de caballeros a la imposición de cláusulas. **La única manera de contrarrestarlo es con la negociación colectiva**"⁵³ (negrilla original).*

Por otra parte, en la comunicación de septiembre de 2007 de Martha Cecilia Betancourt, Presidenta Ejecutiva de PROCAÑA, y que fue dirigida a Beatriz Eugenia Martínez Garrido, productora de caña, se afirma que:

"Me permito reiterar nuestra invitación para que nos acompañe en las reuniones por grupos de ingenios, en las cuales hemos venido estudiando los contratos detalladamente y lo más importante es que por iniciativa de los cañicultores hemos propuesto un CONTRATO MODELO PARA SER NEGOCIADO EN GRUPO, garantizando así una mayor fortaleza frente a los ingenios [...] Es muy importante que usted se una al grupo de proveedores que quieren hacer negociación en grupo, estaremos invitándola a las reuniones de Castilla, Cauca y Mayagüez que están en la zona de influencia de su predio"⁵⁴ (subrayado fuera de texto).

Posteriormente, en abril 1 de 2008 el señor Guido Mauricio López Ochoa, como Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA, y el señor Carlos H. Azcarate, como Vicepresidente, enviaron una comunicación al Gerente de Riopaila - Castilla S.A., en la cual agradecen al señor Bernardo Quintero por haber:

"[...] atendido la invitación a dialogar con nosotros para que pudiera recibir de primera mano, nuestras preocupaciones con respecto a algunos temas que, como usted sabe, incomodan a los proveedores de caña de algunos ingenios" informando que:

"En la reunión explicamos cuál es la fórmula de pago propuesta por PROCAÑA para los agricultores que no han aceptado aún del negocio del etanol: Nuestro gremio considera que podemos entrar en el negocio de etanol mediante la firma de un

⁵² Cuaderno 11 folio 2606

⁵³ Cuaderno 11 folio 2616

⁵⁴ Cuaderno 10 folio 2390

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 25

"Por la cual se imponen unas sanciones"

nuevo contrato, en el cual el ingenio pague un % de etanol que se obtenga de la caña destinada para tal fin, liquidado al precio fijado por el Gobierno Nacional mediante resolución, puesto en la planta.

Proponemos que debe pagarse un porcentaje igual al que se paga por el azúcar⁵⁵ (subrayado y negrilla original).

Por su parte, en el informe de marzo de 2007 que presentó la Junta Directiva y la Gerencia de AZUCARI a la Asamblea General, suscrito por el señor Germán Durán Carvajal como presidente de la Junta Directiva y por la señora Amparo Cadena Duque, como Gerente, se afirmó que:

"La negociación de los contratos en bloque es la única herramienta que se vislumbra ante la agresión del Ingenio, y AZUCARI está dispuesto a aplicarla tan pronto ustedes así lo decidan.

[...]

El día 22 de Junio de 2006, dentro de una brillante exposición, el Doctor José Vicente Iruita Rivera se ofreció muy amablemente a representar a los Cañicultores para adelantar negociaciones con los ingenios dirigidas a buscar un precio justo para la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante [...] La respuesta de nuestros afiliados fue sorprendente. 91 de ellos firmaron el poder, junto con más de 400 firmados por los Cañicultores del Valle del Cauca, que representan a propietarios de 45.000 hectáreas⁵⁶ (subrayado fuera de texto).

En el acta de la Asamblea General de AZUCARI de marzo 6 de 2007, se menciona en el punto 3:

"3- Se solicita a los honorables Asambleístas su aprobación para que, mediante poder conferido por cada uno de sus afiliados, AZUCARI los represente para negociar la renovación de los contratos de Suministro y Participación ante el Ingenio Risaralda. Esta propuesta es aprobada por unanimidad⁵⁷ (subraya fuera de texto).

Igualmente, en el punto 4 de la misma acta se comenta que:

"4- El Doctor Gonzalo Grajales Carías propone agrupar los dueños de predios que se les termine el contrato en los primeros seis meses del año (Enero-Junio de 2007) para poder negociar en bloque todos los contratos con el Ingenio. Esta propuesta es aprobada por unanimidad⁵⁸ (subrayado fuera de texto).

La estrategia de negociación conjunta continuó durante el año 2007, tal y como lo demuestra el acta de la Junta Directiva No 5 de AZUCARI, de mayo 10 de 2007. En esta acta se manifiesta que:

"Discutido el asunto del poder que debe diligenciar cada Cañicultor que quiera ser representado por Azucar cuando se presente renovación de contrato con el Ingenio Risaralda, se acuerda que el apoderado no puede ser miembro de esta Junta y ojalá

⁵⁵ Cuaderno 10 folios 2480 a 2483

⁵⁶ Cuaderno 8 folio 2007

⁵⁷ Cuaderno 8 folio 1997

⁵⁸ Cuaderno 8 folio 1997

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 26

"Por la cual se imponen unas sanciones"

*no se trate tampoco de un abogado sino de un tercero con capacidad comprobada de negociación. El Doctor Bernal se ofrece para investigar acerca de la persona que pueda encargarse de esta labor*⁵⁹ (subrayado fuera de texto).

En el informe presentado por la Junta Directiva y la Gerencia de AZUCARI, a la Asamblea General Ordinaria el 22 de abril de 2008, el señor Germán Durán Carvajal, Presidente de la Junta Directiva, y la señora Amparo Cadena Duque, Gerente, manifestaron que:

"PODERES CONFERIDOS A AZUCARI PARA NEGOCIAR CONTRATOS: Los honorables assembleístas reunidos durante la sesión del año anterior aprobaron por unanimidad que AZUCARI los representara para negociar renovación de los contratos de Suministro y Participación ante el Ingenio Risaralda".

Con el fin de dar cumplimiento a ese mandato la Junta Directiva de AZUCARI redactó un poder especial con facultad de sustitución, que pudiera ser entregado a una persona experta en el negocio de la caña con capacidad comprobada de negociación"

Afirmando que: "La Junta Directiva de AZUCARI sigue firme en el propósito de representar a sus cañicultores cuando ellos así lo decidan"⁶⁰ (subrayado fuera de texto).

Asimismo, obra en el expediente la publicación de la convocatoria abierta realizada por AZUCARI y PROCAÑA a todos los agricultores del centro y norte del Valle del Cauca a una jornada informativa a realizarse en Pereira el 16 de julio de 2008 en la cual: "Se analizarán los efectos económicos de las propuestas de contratos para comprar caña, enviadas por los ingenios Riopaila y Risaralda a los agricultores de cultivos semestrales y a los ganaderos de esa región, a quienes invitan a informarse debidamente sobre este tema".

En relación con la anterior reunión, obra en el expediente copia de la comunicación del 3 de julio de 2008, en la cual el señor Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI solicita al señor Guido Mauricio López Ochoa Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA ayuda y acompañamiento por su conocimiento del tema y la confianza que en sus apreciaciones tienen los afiliados de AZUCARI, en la reunión citada para el 16 de julio de 2008:

"La Junta Directiva de AZUCARI, reunida en el día de ayer, le solicita muy comedidamente que nos acompañe en una reunión con nuestros afiliados, dirigida a explicarles las razones por las cuales deben abstenerse de firmar un otro sí al contrato que tienen suscrito con el Ingenio Risaralda, que pretende legalizar una retribución de 20 litros de alcohol carburante por cada quintal de azúcar crudo sustituido ó el 66.8% de los litros de alcohol total a 99.5% v/v de grado alcohólico que se obtenga por quintal".

Ahora bien, respecto de los efectos generados con las anteriores actuaciones se tiene, conforme con las pruebas obrantes en el expediente, que los ingenios -principales potenciales afectados de la conducta de las asociaciones y sus asociados- no se vieron afectados por el acuerdo. Así se puede apreciar en lo manifestado en el testimonio

⁵⁹ Cuaderno 9 folio 2124

⁶⁰ Cuaderno 8 folios 1813 y 1814

"Por la cual se imponen unas sanciones"

realizado al Presidente del Sindicato de Trabajadores de la Industria del Dulce Mayoritario⁶¹ SINTRAIDUBAR, el señor ALBERTO LLERAS VELARDE AGUIRRE, puso de presente lo siguiente:

"Pregunta: ¿Usted sabe si en algún momento se presentaron inconvenientes en el suministro de materia prima para el ingenio?"

"Respuesta: No, no se presentaron inconvenientes en el suministro de materia prima, pero sí se ha creado ya algo psicológico en todos los trabajadores. Porque de hecho en esa área es la única fuente de empleo grande que tenemos.

"¿Pero nunca han suspendido la entrega de materia prima?"

Pues el ingenio, no puedo decir que el ingenio ha parado su producción, porque no tiene materia prima, no." (Texto resaltado por la Delegatura)

Igualmente, el señor CARLOS HUMBERTO BLANDON SALDAÑA⁶² en calidad de Gerente Financiero Administrativo y Representante Legal Suplente del Ingenio Risaralda S.A., manifestó a esta Delegatura, luego de habersele preguntado si la producción de etanol se había visto afectada por la intención de los cañicultores de no aceptar el ofrecimiento hecho por parte del Ingenio Risaralda, lo siguiente:

"...No, nosotros de todas maneras proveímos el etanol, nosotros teníamos claro y jurídicamente que nuestros contratos nos permitían hacer eso".

Adicionalmente, tal como se evidencia en el acervo probatorio de la investigación administrativa, la conducta tendiente a limitar la libre competencia, esto es la negociación colectiva de los precios de la caña de azúcar utilizada para la producción de alcohol carburante no llegó a buen término, y se quedó en un mero plan. En efecto, el acuerdo planteado por PROCAÑA y AZUCARI, no fue aceptado por parte de los ingenios, tal y como lo expresa el señor JUAN JOSE LULLE SUAREZ⁶³, en calidad de Representante legal del Ingenio del Cauca S.A., en el testimonio efectuado ante el despacho:

"Pregunta: ¿Cual fue la posición que el ingenio asumió en relación con esta propuesta del Dr. José Vicente o con esta estrategia o dinámica planteada por José Vicente Iruñita y por PROCAÑA Y AZUCARI?"

"Respuesta: Nosotros básicamente pensábamos que la negociación debía continuar siendo bilateral, y ahí había detrás un... digamos un hecho económico que es este: en el caso de Colombia la cosecha de la caña la asumen los ingenios, lo más generalizado en todos los países azucareros es que la cosecha la hacen los cañicultores y les ponen la caña a los ingenios en la báscula. El caso de Colombia es distinto los ingenios compran en la mata.

Entonces eso ha derivado a que en términos reales la caña colombiana, en términos de lo que realmente acaba participando el ingenio al cañicultor, sea la caña mejor pagada del mundo, usted hace la cuenta de cuanta, de cuanta, hablemos de azúcar, (hombre) de una tonelada de azúcar se obtienen x kilos, de una tonelada de caña se obtienen x kilos de azúcar y le hace la cuenta de que el ingenio colombiano está

⁶¹ Carpeta 20, Folio. 5362.

⁶² Carpeta 21, Folio 5175.

⁶³ Cuaderno 20, Folio. 5352.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 28

"Por la cual se imponen unas sanciones"

*asumiendo el costo de la cosecha, lo que acaba pagando el ingenio colombiano un promedio porque todos los contratos son diferentes, pero sacando un promedio, eso es mucho más que lo que le participa un ingenio en el Brasil, México, Guatemala en la india, o en donde sea, en Australia en cualquier parte, la proporción de lo que paga Colombia es mucho más alto de otra parte del mundo. En el caso del alcohol se iban a reemplazar los mercados de menor retribución o de menores precios por el alcohol que era un mejor negocio, ahí lo que iba a haber era que el precio iba a incrementarse, pero la participación seguía siendo la misma, x que ya era la participación en términos reales más alta del mundo, y aquí lo que se pretendía era que se mejorara el precio y sino que se mejorara todavía más la participación, y entonces ante ese hecho, **nosotros ante este hecho dijimos obviamente que no. Y no adelantamos ninguna negociación**, salvo las reuniones que promovió antes de iniciarse el programa de alcohol carburante que promovió el ministerio de agricultura salvo eso no hubo ninguna otra reunión, **porque nosotros no admitimos entrar a ninguna negociación**, básicamente eso fue lo que paso, esa fue la actitud digamos que tomo la empresa" (Negrilla resaltada por la Delegatura).*

De igual manera, esta negativa a negociar con PROCANA, fue manifestada por el presidente del Ingenio Riopaila Castilla, en carta⁶⁴ del 15 de diciembre de 2008, al doctor Guido Mauricio López, presidente de la Junta Directiva de PROCANA y Martha Cecilia Betancourt M., presidenta ejecutiva de PROCANA, en la cual puso de presente:

"[R]especto al sistema de pago de la caña, queremos recordar que este es un tema bilateral proveedor - cliente, donde existe competencia entre compradores y la debe existir entre vendedores, razón por la cual desde ahora comentamos que no participaremos en ninguna reunión donde se trate este tema en forma colectiva, como empresa seguiremos negociación de forma individual con cada uno de nuestro proveedores de caña actuales y potenciales".

Un argumento adicional que desvirtúa el efecto que pudo tener un acuerdo tendiente a generar una restricción anticompetitiva en el mercado de la caña de azúcar, según la explicación del segundo supuesto de hecho del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, es el desarrollo que tenían desde un principio los contratos de compra de caña. En términos más precisos, el señor CARLOS HUMBERTO BLANDON SALDAÑA⁶⁵ en calidad de Gerente Financiero Administrativo y Representante Legal Suplente del Ingenio Risaralda S.A., manifestó en testimonio rendido ante esta Delegatura, lo siguiente:

"PREGUNTA: ¿Conoce usted señor Blandón si como consecuencia de la posición del Ingenio frente a la propuesta de José Vicente Irurita los cañicultores se rehusaron a firmar o renovar los contratos?"

"Respuesta: Vale un poco distinguir o aclarar el tema o precisarlo, en qué términos. Digámosle que los contratos ya estaban firmados, los contratos de caña. El Ingenio Risaralda como iba a producir alcohol, que empezó en Marzo del 2006, tiene una cláusula que nos dicen nuestros abogados, nos facultaba para nosotros sustituir el azúcar crudo de exportación que era la de peor precio por otro producto de mejor precio, de mayor valor agregado que es el alcohol carburante, (...) el ingenio puede ir a cualquier mercado sustituto de las exportaciones que busque un mejor precio para los proveedores cañicultores..."

⁶⁴ Carpeta 16, Folio 3845.

⁶⁵ Carpeta 21, Folio 5175.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

(...)

"... hay mucha gente que todavía no ha firmado, entonces nosotros de eso lo que hacemos es seguir el espíritu del contrato, se liquida como un azúcar crudo como si se exportara, pero como no va a la exportación pues por honorario (si) no cobrábamos los fletes a Buenaventura ni los gastos de exportación que es un mejor precio todavía, ese es básicamente la precisión, no es la firma del contrato sino el ofrecimiento de cómo se debería pagar esa azúcar sustitutiva que se iba a utilizar en la planta de alcohol". (Negrita resaltada por la Delegatura)

Es necesario precisar que si bien de lo manifestado en los testimonios se puede establecer que en virtud de la conducta investigada no se generó una disminución o afectación en la producción, resulta pertinente mostrar, con datos del sector, cual fue la producción total de etanol para estos años y plantear si, los 490 poderes otorgados al señor José Vicente Iurrita que representaban en la negociación alrededor de 45.000 hectáreas sembradas de caña de azúcar, pudieron llegar a tener un efecto negativo en la producción de etanol de no firmarse el acuerdo propuesto por PROCAÑA y AZUCARI.

Así, de las 45.000 hectáreas pertenecientes a los cañicultores agremiados a PROCAÑA y AZUCARI representaban el 21,42% del área total de caña sembrada (210.284 Hectáreas)⁶⁶, es decir que el área restante se encontraba en propiedad de los Ingenios y de los cañicultores que no necesariamente se encontraban agremiados a PROCAÑA y AZUCARI o que desistieron de firmar estos poderes para la negociación.

En consonancia con lo anterior, el apoderado de PROCAÑA afirma que los cañicultores carecen del poder para definir o, inclusive, influenciar las condiciones de comercialización de la caña. Esta situación, dice, ha sido corroborada por entidades del gobierno, incluyendo la Superintendencia de Industria y Comercio, que en la resolución de apertura de esta investigación afirmó que los ingenios constituyen el 99,7% de la demanda de caña de azúcar, por lo que los cañicultores no tienen más alternativas para ofrecer su producto.

En el mismo sentido, se manifiesta el Ministerio de Agricultura en el estudio denominado "Diagnóstico de Mercado Agropecuario", en el cual se indica que en la cadena del azúcar hay una concentración del lado de la demanda, y que la oferta es dispersa, y actúa de forma individual o a través de agremiaciones que no tienen poder de negociación frente a la industria.

El Apoderado argumenta que la misma naturaleza de la caña impone una demanda concentrada, ya que una vez cortada empieza a perder sacarosa, por lo que no es viable exportarla o comercializarla más allá de un perímetro geográfico delimitado. Dadas estas características, considera que:

"El mercado del cultivo, producción y comercialización de la caña para su uso en la producción del azúcar y de etanol es oligopsónico; en él se presenta una dependencia directa y necesaria de los cultivadores en relación con los ingenios, a quienes tienen que vender su producto dado el hecho de que son sus únicos compradores, y sin que su carácter de proveedores únicos permita o haya sido usado para imponerle precios de venta a los ingenios. Ocurre todo lo contrario"⁶⁷.

⁶⁶ Cuaderno 14, Folio 3405.

⁶⁷ Cuaderno Público No. 12, folio 2881.

Encuentra como ejemplos de la falta de poder de negociación de los cañicultores que los ingenios cada vez más trasladan costos que antes asumían, y el fracaso de PROCANA en su intento de negociar con los ingenios una metodología para definir la forma de remuneración de la caña.

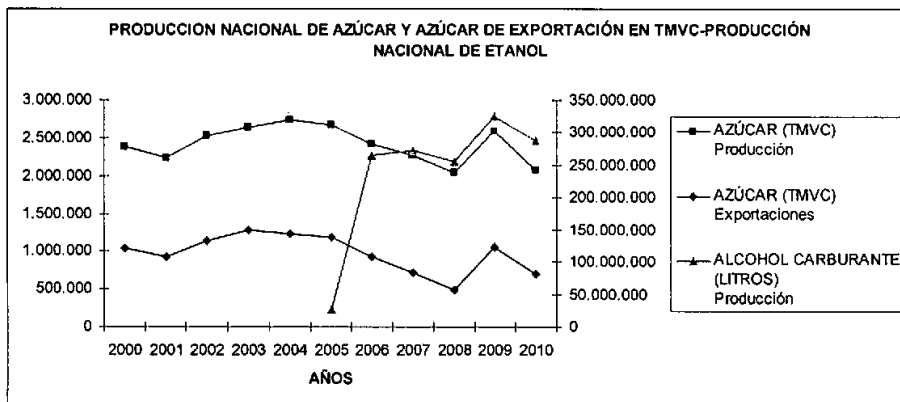
Dada la falta de poder de mercado, afirma la defensa, se sobreentiende la incapacidad para determinar precios en el mercado, diciendo que:

"[S]e entiende como criterio de poder de mercado la capacidad para determinar los precios en éste. Según ha quedado comprobado por la SIC, en el mercado de producción de caña de azúcar no existen condiciones de competencia en lo que atañe a la formación del precio de compra de la caña para azúcar y para alcohol carburante, debido a la existencia de acuerdos anticompetitivos entre los ingenios para la fijación de dicho precio de manera concertada y no como consecuencia de la competencia por el producto que constituye su materia prima"⁶⁸.

Ahora bien, en razón a que el poder de negociación de lo cañicultores solo se vería reflejado en el efecto de la negociación de los contratos, y, aún cuando ya existe evidencia que indica que la negociación colectiva de los cañicultores no fue idónea para atender su fin, en tanto la evidencia testimonial indica que los ingenios continuaron con los contratos vigentes y no modificaron sus términos, se procede a establecer si hubo algún cambio en las condiciones del mercado derivadas de la acción de los cañicultores, la cual permitirá confirmar la tendencia, idoneidad o el efecto de la negociación colectiva para restringir la libre competencia.

Así, en la Gráfica 1 se muestra el comportamiento de la producción total de azúcar⁶⁹, volumen de azúcar destinado a la exportación y la producción total de etanol para el período comprendido entre los años 2000-2010.

Gráfico 1. Producción de Azúcar y de Azúcar de Exportación en TM/C y Producción Nacional Etanol



Fuente: ASOCAÑA, Estadísticas Sector Azucarero Colombiano

⁶⁸ Cuaderno Público No. 12, folio 2904.

⁶⁹ Medido en Toneladas métricas en su equivalente a volumen de azúcar crudo.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 31

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Conforme con los datos, vale la pena destacar que el volumen de azúcar para la exportación sigue el mismo comportamiento que la producción total de azúcar. No obstante, este no es un efecto exclusivo para este bien, pues el etanol que entró a ser producido en el año 2005 y que mostró un importante incremento en la producción del biocombustible para el siguiente año, al pasar de una producción de 27.033.896 litros de etanol a 265.688.843 litros al final del 2006, también se vio afectado por la disminución en la producción de azúcar, al adoptar el mismo comportamiento descendente entre los años 2007 y 2008 y un posterior ascenso entre 2008 y 2009 consolidando una producción de 324.563.229 litros de etanol⁷⁰. Así resulta relevante analizar, cuáles pudieron ser los posibles factores que influyeron en la disminución, o, ascenso en la producción total de azúcar que finalmente tuvo una incidencia en el comportamiento del etanol y del azúcar de exportación, por ser determinante para la producción y comercialización de ambos bienes.

El descenso pronunciado que empieza a tener la producción de azúcar desde el año 2005 hasta el año 2009 obedece a factores diferentes a la limitación deliberada de la producción de caña. Un primer factor es la entrada en producción de etanol (2005), que generó una reducción en la producción de azúcar del 0.9%⁷¹ respecto del año inmediatamente anterior (2004), al pasar de 2.739.986 TMVC a 2.715.206 TNMVC. Entre el año 2006 y 2007 la proporción de área sembrada seguía creciendo al aumentar en un 2.5% la zona cultivada de caña, al pasar de 198 mil hectáreas en 2006 a 203 mil en 2007⁷², no obstante, hubo una reducción en la producción de azúcar, esto debido a que, si bien aumentó el área sembrada, la producción de caña molida descendió principalmente por la afectación de factores climáticos, reduciendo así la producción total de azúcar; en una menor medida y cada vez con menor incidencia la producción de etanol tuvo también un impacto en la caída de la producción de azúcar para ese año.

El último factor que aparentemente influye en el descenso de la producción de azúcar, fue el bloqueo realizado por cerca de 1.500 corteros de caña, lo cual implicó un aumento en el tiempo de la cosecha, de 12.5 meses a 13.1, lo que ocasionó dejar de producir cerca de 263 mil toneladas de azúcar y 39 millones de litros de alcohol⁷³. Esta situación sería diferente en 2009 y precisamente el bloqueo del año anterior habría de generar un alto inventario para este año, lo cual, unido a un clima favorable (bajas precipitaciones), inversión y mayor rendimiento agrícola, termino por incrementar en 23% la caña molida con respecto al año anterior (2008). Entre 2009 y 2010 la producción de azúcar habría de descender nuevamente, debido a un hecho notorio alrededor del país que se había presentado en años anteriores, el fuerte invierno. Básicamente las fuertes precipitaciones generaban dificultades en los terrenos, ocasionando que la materia extraña se incrementara en el momento de corte y alza de la mata, disminuyendo así su productividad y eficiencia, impactando en ese sentido la producción de azúcar y de etanol.

En las diferentes consideraciones planteadas anteriormente, el impacto sobre la producción de etanol tanto en su disminución como en su aumento, se debieron a factores externos ya contemplados, que en ningún momento, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, establecen una vinculación directa con el posible efecto que habría podido tener la estrategia de negociación en bloque y el otorgamiento de los 490 poderes al señor

⁷⁰ ASOCAÑA, Estadísticas Sector Azucarero Colombiano.

⁷¹ ASOCAÑA, <http://www.asocana.org/modules/documentos/secciones.aspx?tipo=3&valor=255> . 16 de Marzo de 2011.

⁷² ASOCAÑA, <http://www.asocana.org/modules/documentos/secciones.aspx?tipo=3&valor=252> . 16 de Marzo de 2011.

⁷³ ASOCAÑA, <http://www.asocana.org/modules/documentos/secciones.aspx?tipo=3&valor=254> . 16 de Marzo de 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 32

"Por la cual se imponen unas sanciones"

José Vicente Irurita para negociar el pago en litros de la caña destinada a este nuevo proceso de producción.

Lo anterior implica que la producción de etanol tuvo en una primera etapa, un incremento importante por las expectativas de ser un nuevo mercado y el compromiso de mantener una oferta determinada ante la demanda interna del biocombustible, pero que por ser un producto que se vale de la molienda de caña y de la producción de azúcar por rendimiento, para obtener etanol como producto final, está sujeto en buena medida al comportamiento de la producción de caña. Es decir, los factores que posteriormente incidieron en el descenso de su producción no obedecen a la estrategia de negociación promovida por PROCAÑA y AZUCARI ya sea porque muchos de los contratos se encontraban firmados, o porque aún firmados, la producción de etanol nunca paró debido a la uniformidad de los contratos en las condiciones de sustitución de productos de mejor precio.

Aún cuando efectivamente descendió la producción, las causas se remitieron a factores climáticos (altas precipitaciones) o bloqueos por parte de los corteros, que no determinaron un cese a la producción del biocombustible, compensado en gran medida por el incremento en la inversión del sector que se venía dando desde que comenzó la producción en 2005, así como mejoras de eficiencia y productividad que lograron garantizar la estabilidad del sector.

5.6.2.2 Las explicaciones presentadas por las empresas investigadas

Este Despacho procede a evaluar las explicaciones suministradas por los investigados relacionadas con las conductas objeto de la investigación, con el fin de establecer si éstas, a la luz de la evidencia que obra en el expediente, establecen la inexistencia de las conductas o constituyen una justificación del comportamiento descrito. Los argumentos relacionados con los aspectos procesales se examinarán a continuación del análisis de los relacionados con la existencia de las conductas.

a) Explicaciones presentadas por PROCAÑA, Guido Mauricio López, Martha Cecilia Betancourt y José Vicente Irurita

Este Despacho procederá a analizar inicialmente las situaciones y hechos planteados por el apoderado como determinantes de la inexistencia de la conducta de sus representados y posteriormente los relacionados con la violación al debido proceso y derecho de defensa.

i. La actuación de Procaña y los demás investigados es acorde con su naturaleza gremial y responde a sus funciones

El Apoderado en las observaciones al informe motivado, señala que las agremiaciones por su naturaleza tienen el deber constitucional de velar por la defensa de los intereses legítimos de sus afiliados y que en desarrollo de esta función, tienen el deber de asesorar económica y jurídicamente a los mismos. Por tanto, considera que la actuación adelantada por sus representados se enmarca en el ejercicio legítimo de sus funciones, dada su naturaleza gremial.

Al respecto, nos remitimos a lo ya manifestado al analizar la aplicación de las normas de competencia a las agremiaciones, siendo del caso reiterar que, por regla general, la representación y defensa que esta clase de asociaciones realiza de los intereses de sus asociados, es considerada un interés legítimo, incluso a la luz del derecho de la competencia, en tanto, dicha colaboración puede llevar a mejoras en equidad y eficiencia.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 33

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Sin embargo, dicha función debe ser ejercida dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley, debiéndose tener en cuenta que a nivel normativo, la regulación de la libre competencia tiene fundamento constitucional y legal al haber sido incorporada en el artículo 333 de nuestra Constitución política y en las leyes 155 de 1959 y 1340 de 2009 y en el Decreto 2153 de 1992, disposiciones que regulan de manera general esta materia.

Al respecto, cabe reiterar que las condiciones del sistema de libre competencia contribuyen a un mejor desarrollo de la economía y tutelan de manera efectiva los intereses de los productores, de los consumidores y del Estado mismo. En efecto, como resultado del proceso competitivo, los productores pugnarán por reducir sus costos y maximizar sus ganancias (eficiencia productiva), incrementarán la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveerán a los consumidores con precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). Como resultado de este proceso, las empresas eficientes, con precios y calidades que satisfagan a los consumidores, obtendrán las preferencias de éstos permaneciendo en el mercado.

Siendo el precio una de las señales más importantes del mercado, las conductas tendientes a restringir, afectar o coartar la libre formación del mismo, son consideradas por regla general ilegales per se, en la medida que son los comportamientos que tienen mayor potencialidad de afectar el libre funcionamiento de los mercados.

De acuerdo con lo anterior, las asociaciones deben abstenerse de promover, participar, sugerir, recomendar o implementar entre sus asociados cualquier tipo de práctica, sistema o procedimiento tendiente a establecer o determinar directa o indirectamente los precios de sus bienes y servicios, ya sea sugiriendo un precio específico o porcentajes, metodologías de cálculo, descuentos o promociones a sus asociados, en razón a que dichos actos normalmente tienen la idoneidad para afectar la libre formación de los precios⁷⁴.

De igual manera, las asociaciones gremiales en desarrollo de su función no pueden servir de nodos que permitan y faciliten la coordinación o la colusión entre sus miembros⁷⁵, ni recomendar, sugerir o constituirse en elemento facilitador para decidir conjuntamente el contenido de las prestaciones de contratos uniformes, en vista que dichas decisiones, sugerencias o recomendaciones pueden afectar el libre juego de la oferta y la demanda y, por tanto, tender a ser restrictivas de la competencia.

En el presente caso, se observa que la labor desempeñada por PROCAÑA y AZUCARI trascendió la simple labor de asesoría y defensa general de los intereses de sus afiliados y se constituyó en el escenario para promover y ejecutar una estrategia de negociación en bloque, cuya finalidad principal era la determinación de la remuneración de la caña destinada para la producción de alcohol carburante, como se indica en los numerales siguientes.

- ii. PROCAÑA y los demás investigados actuaron en legítima defensa de sus afiliados, teniendo en cuenta la conducta de los ingenios y su situación de preeminencia dentro de la industria de la caña de azúcar

El Apoderado manifiesta que la actuación de sus representados corresponde a la necesidad de proteger intereses legítimos de sus afiliados frente a la situación dominante y

⁷⁴ Resolución No 25420 de 2002, confirmada por la Resolución No 35523 de 2002.

⁷⁵ Resolución No 25420 de 2002, confirmada por la Resolución No 35523 de 2002 y Resolución No 8027 de 2002.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

a la conducta ilegal de los ingenios azucareros, la cual fue objeto de sanciones por parte de esta Superintendencia.

De manera preliminar debe señalarse que de acuerdo con lo establecido en nuestra Constitución Política "*Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*"⁷⁶. Este deber se constituye en unos de los principios y postulados fundamentales del estado de derecho.

Sobre la posibilidad de considerar las actuaciones realizadas por los investigados como legítima defensa de sus derechos e intereses, es importante señalar que la aplicación de esta institución es excepcional, y no procede frente a cualquier violación al ordenamiento jurídico, pues un entendimiento generalizado del derecho de los particulares de violar la ley en defensa de sus intereses, implica desconocer los postulados del estado de derecho y las justificación de la existencia de las autoridades y del Estado mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

*"la Constitución reconoce un derecho a la legítima defensa de los particulares frente a situaciones de peligro que amenacen sus **derechos fundamentales** y que, en algunos casos, se origina en la ineficiencia de las autoridades. Dijo la Corte:*

"En principio y por definición, la protección de la persona es un deber de las autoridades, la justificación de su existencia. El individuo tiene el derecho a exigir que ese deber se cumpla.

"Pero cuando la violencia generalizada, el uso de la fuerza contra el derecho, rebasa la capacidad de las autoridades, el individuo, puesto por los criminales en el riesgo inminente de perder la vida, y habiendo perdido ya, así sea temporalmente, su libertad, tiene el derecho a defenderse: hace uso de los medios a su alcance para proteger su vida y recobrar su libertad, ante la omisión de las autoridades, cualquiera que sea la causa de esa omisión." (Sentencia C-542 de 1993, Magistrado ponente, Jorge Arango Mejía)".

"El Estado de Derecho tiene sus propios mecanismos de conservación, (...). En aras del orden no puede introducirse su antinomia: el desorden. En aras de la paz no puede legitimarse la violencia, porque el fin siempre exige medios proporcionados a él. En el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad como son el estatuto de la oposición, la revocatoria de mandato, el principio de la soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, entre otros, no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad. Los correctivos a las fallas en el manejo del poder político tienen que ser de derecho y no de hecho. La vía de hecho no puede, bajo ningún aspecto, conducir al restablecimiento del orden, no sólo por falta de legitimidad in causa para ello, sino porque siempre es, dentro del Estado de Derecho, un medio inadecuado, desproporcionado y generador de desorden." ⁷⁷

En el presente caso, observa este Despacho que la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, no legitima a los afectados a incurrir en conductas prohibidas por la ley, justificados en la legítima defensa de sus intereses.

⁷⁶ Ver artículo 4 Constitución Política

⁷⁷ Corte Constitucional Sentencia C-572/97.

La violación al régimen de protección de la competencia, legitima la actuación de la autoridad competente para que de acuerdo con su ámbito funcional adopte las medidas pertinentes previstas en el ordenamiento jurídico, como en efecto ocurrió en las Resoluciones No. 6839 y 42411 de 2010 proferidas por esta Superintendencia, en relación con la conducta desarrollada por los ingenios sancionados en el mercado de la caña para producir alcohol carburante.

En este mismo sentido, las personas o agentes económicos afectados por la realización de actos violatorios de las normas de protección de la competencia y las autoridades encargadas de velar por la observancia de dicha reglamentación, disponen de herramientas jurídicas de naturaleza civil, administrativa e inclusive penal en algunos casos, para lograr reprimir dichas conductas, cuya afectación no se circunscribe a los intereses particulares de los competidores, proveedores o consumidores, sino al mercado en general.

De acuerdo con lo anterior, no puede considerarse de recibo el argumento del Apoderado en el que se plantea que la existencia de una restricción a la libre competencia, legitima al particular para desconocer igualmente tales disposiciones, como mecanismo defensivo de sus intereses.

iii. PROCANA no pretendía hacer una negociación colectiva

Afirma el Apoderado que sus representados no pretendían hacer una negociación colectiva en torno al pago de la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de alcohol carburante o etanol, y que los poderes otorgados al Presidente de la Junta Directiva de Procaña eran individuales y que los mismos eran para *"tratar de lograr, concertadamente con los ingenios y con la intervención o mediación del MADR, que se adoptara una metodología para retribuir al cultivador la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de alcohol carburante o etanol, que tuviera fundamentalmente en cuenta la calidad de la caña, metodología que no llevaría a la fijación de un precio único, como es el que hoy existe en el mercado, fijado unilateralmente y concertadamente por los ingenios, sino un precio para cada proveedor que dependiera de la calidad de la caña que cultivara y suministrara o proporcionara al ingenio"*.

En relación con este argumento, es importante señalar que contrario a lo manifestado por el Apoderado, la evidencia que obra en el expediente, permite establecer claramente que la estrategia promovida por PROCANA tenía como objetivo realizar una negociación en bloque por parte de los cañicultores en torno al pago de la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de alcohol carburante o etanol.

Basta con revisar el contenido del acta de la XXXIII Asamblea Nacional de Afiliados de PROCANA, efectuada el 1 de junio de 2006 suscrita por el señor Guido Mauricio López Presidente de la Asamblea y la señora Martha Cecilia Betancourt como Secretaria de la misma, para establecer que en dicha asamblea PROCANA presentó a sus afiliados "una estrategia de negociación colectiva para definir la forma de pago de la caña que se destina para alcohol carburante".

El hecho que dicha negociación estuviera enmarcada "en parámetros tales como la participación del proveedor en un porcentaje del alcohol que se produzca de una tonelada de caña, éste porcentaje debe ser similar al que actualmente existe para la caña que se destina a producir azúcar, ninguno de los actores debe resultar con desmejoras en sus"

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 36

"Por la cual se imponen unas sanciones"

condiciones y la mayoría debe beneficiarse", confirma que tal actuación estaba dirigida a la determinación del precio o remuneración de la caña en este caso, lo cual se reafirma con la directriz señalada al negociador en la cual se señaló: "5- Lograr que los industriales fijen el pago de la caña que se destine a la producción del alcohol carburante, en un porcentaje de litros de alcohol por cada tonelada de caña, partiendo del 50%"⁷⁸.

Nótese como la evidencia reseñada permite establecer que el objetivo era lograr una negociación en bloque tendiente a establecer una metodología uniforme para la determinación del precio o remuneración de la caña que se destine a la producción del alcohol carburante, metodología que si bien podía considerar aspectos relacionados con el rendimiento y calidad de la caña confluía en la aplicación de un porcentaje uniforme y general.

Ahora bien, del contenido de los poderes se observa que el objeto de los mismos no era la designación de un vocero como se afirma en las observaciones y en el testimonio por parte del señor IRURITA, toda vez que PROCANA en su condición de entidad gremial no necesita de esta clase de poderes para llevar la vocería de sus agremiados. El texto de los poderes que obran en el expediente y que corresponden al modelo anexo al acta de la XXXIII Asamblea Nacional de Afiliados de PROCANA, permite afirmar, sin lugar a dudas, que el objeto de los mismos era conferir poder especial al señor JOSE VICENTE IRURITA para que en nombre y representación cada poderdante:

"adelante las negociaciones con los ingenios, tendientes a determinar el pago de la caña que se destine a la producción de alcohol carburante, el cual una vez establecido hará parte integral del contrato firmado con el ingenio hasta su vencimiento.

"El Señor JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA queda expresamente autorizado para adelantar las conversaciones y firmar los documentos pertinentes a la formalización de la metodología que se establezca por consenso entre las partes."

Ahora bien, las declaraciones de los señores GUIDO MAURICIO LOPEZ, JOSÉ VICENTE IRURITA y de la señora MARTHA CECILIA BETANCOURT, coinciden en señalar que el objetivo de la referida estrategia de negociación colectiva no era establecer precios sino solamente determinar por consenso con los ingenios la metodología para la remuneración de la caña. Esta circunstancia, además de estar desvirtuada con la evidencia señalada, tampoco elimina la idoneidad de la estrategia para tender a limitar la libre competencia, comoquiera que, se reitera, la aplicación y negociación de la referida metodología determinaba la aplicación de un porcentaje uniforme y general.

Por tanto, no es cierto que la Superintendencia haya "partido de la premisa de dar por probado que los investigados pretendieron realizar con los ingenios negociaciones colectivas en torno al pago de la caña de azúcar destinada a la producción de etanol". Esta es una circunstancia que se encuentra acreditada en el expediente.

- iv. La metodología Propuesta por PROCANA para retribuir a los cultivadores la caña que los ingenios destinan a la producción de etanol

⁷⁸ Cuaderno 11 folio 2591

RESOLUCIÓN NÚMERO 3314 DE 2011 Hoja N° 37

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Inicialmente, es importante advertir que contrario a lo manifestado por el Apoderado, en el expediente obran los estudios "Pago de Caña en la Agroindustria Sucoalcoholera de Brasil", elaborado por el señor Antonio Carlos Fernández⁷⁹ y "Sistema de Pago para la Caña de Azúcar en Colombia: Una nueva Propuesta Basada en Calidad" del Ministerio de Agricultura y desarrollo Rural⁸⁰.

Revisados los mismos, se observa que en el primero se describe el procedimiento utilizado para el pago de caña en la agroindustria sucoalcoholera en Brasil, plantea los beneficios de que el pago se realice por calidad frente al pago por peso⁸¹ y los criterios de participación en los productos finales y la evolución tecnológica. No obstante, en dicho estudio no se establece como porcentaje de participación el correspondiente al 50% utilizado en la propuesta presentada en la asamblea de PROCAÑA a sus afiliados como punto de partida de negociación. En este estudio, se indica que:

- ✓ *"El productor de caña participa en los ingresos obtenidos con los productos fabricados con la caña entregue (sic) en la misma proporción entre los costos de producción de caña y do (sic) procesamiento de fábrica.*
- ✓ *Esta participación es calculada por entidad oficial de reconocida competencia técnica profesional⁸².*

Ahora bien, en el estudio elaborado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se reconoce la conveniencia de modificar el sistema de pago de la caña actual basado en el azúcar como bien final, hacia uno que incorpore la calidad de la caña y su potencial de convertirse en distintos bienes finales tales como azúcar y etanol⁸³. Adicionalmente, se señala que *"La construcción y aplicación de este nuevo sistema de pago requiere necesariamente de la participación y el consenso de los involucrados, productores e ingenios, y de la creación de una instancia que analice, estudie y actualice los criterios técnicos, la metodología y el procedimiento aplicados para determinar la calidad de la caña y su sistema de pago. Para ello, se sugiere la formación de un Consejo de la Caña, conformado por representantes de Procaña y Asocaña, como miembros principales"*.

No obstante, revisadas las metodologías descritas, observa este Despacho que contrario a lo manifestado por el Apoderado, la metodología definida en la estrategia de negociación conjunta con los ingenios, no correspondía a las planteadas en los estudios mencionados, pues la misma tenía como fundamento mantener el esquema vigente y ajustar la participación en la remuneración de la caña destinada a producir alcohol carburante al 50%. Ahora bien, el hecho de que la aplicación del porcentaje determine la existencia de precios diferentes, no elimina la ilicitud de la conducta, pues para que se tipifique una práctica restrictiva no se requiere como requisito la identidad de los precios, sino la afectación directa o indirecta de su proceso de libre formación.

Cabe mencionar que en el expediente está acreditada⁸⁴ la realización de reuniones sectoriales con participación de representantes del gobierno, en las que se analizó y discutió la referida metodología y que no se logró consenso para su implementación⁸⁵.

⁷⁹ Ver cuaderno 15 folios c15-3491 – c15-3566.

⁸⁰ Ver cuaderno 3 folios c3- 502 a c3- 515).

⁸¹ Ver folio C15-3542.

⁸² Ver folio c15 3544.

⁸³ Ver folio C-3 509

⁸⁴ Ver testimonios de Jose Vicente Iurrita.

⁸⁵ Ver testimonio de Jose Vicente Iurrita.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Precisamente, la falta de consenso para adoptar la metodología referida, fue una de las razones que determinaron la presentación de la estrategia de negociación colectiva a través de las agremiaciones de cañicultores.

v. Atipicidad de la conducta investigada

En las observaciones al informe motivado se argumenta que las conductas de Procaña y los demás investigados

"bajo ningún aspecto pueden configurar una infracción a las normas sobre competencia pues, (...) no se enmarcan dentro de los supuestos de hecho de la norma sancionatoria imputada".

"(...)

"A continuación se demostrará como: i) no puede hablarse de convenio. ii) de considerarse que lo hubo, un convenio para la negociación colectiva per se no puede considerarse anticompetitivo, ii)(sic) en ningún caso dicho supuesto convenio, como se ha reiterado, fue para la fijación de un precios y iii) en todo caso, los agremiados de PROCAÑA que firmaron el poder representaban menos del 20% del mercado de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante."

Para el análisis de este argumento, procede inicialmente advertir que el análisis de tipicidad de la conducta de PROCAÑA y los demás investigados debe realizarse a partir de lo establecido en la norma y no en relación con las consideraciones efectuadas en el Informe Motivado.

En este sentido, como lo reconoce el Apoderado, los supuestos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, son amplios y particularmente el que se está imputando, el cual corresponde a la prohibición de realizar prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. De la lectura del texto legal, se establece que el supuesto previsto por el legislador, no requiere la existencia de un acuerdo o convenio.

Por lo anterior, en el presente caso la discusión sobre la existencia o no de plurilateralidad de voluntades, pierde relevancia, sobre todo cuando no puede desconocerse, de una parte, que PROCAÑA es una persona jurídica diferente de sus agremiados y, de la otra, que la adopción de decisiones por parte de sus órganos colegiados, como la junta directiva y la asamblea general de afiliados reflejan el acuerdo de voluntades de sus miembros.

De acuerdo con lo anterior, para establecer la tipicidad de la conducta lo realmente indispensable es determinar que las actuaciones desarrolladas por Procaña y los demás investigados constituyeron una práctica, sistema o procedimiento tendiente a limitar la libre competencia.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, concretamente la referida en los numerales anteriores, se logra establecer que la estrategia desarrollada por PROCAÑA y los demás investigados descritas en el numeral 5.6.2.1. constituyeron una serie de actuaciones que tenían como finalidad la determinación de la remuneración de la caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante, así como la fijación de manera uniforme de una serie de condiciones contractuales que en otras circunstancias serían fijadas de manera bilateral e independiente por las partes.

Teniendo en cuenta que salvo lo relacionado con la participación de mercado de los agremiados a PROCAÑA, los demás argumentos en los cuales se fundamenta la supuesta atipicidad de la conducta ya fueron analizados en la presente Resolución, nos remitimos a lo manifestado sobre el particular en líneas anteriores.

vi. Participación de mercado de PROCAÑA

El Apoderado de PROCAÑA afirma que el informe motivado parte de la base, sin prueba alguna, de que los agremiados de PROCAÑA que firmaron el poder representaban un porcentaje significativo de competidores superior al 20% del mercado de venta de caña de azúcar, porcentaje que se calcula considerando el área total de caña sembrada, sin distinguir entre la caña que se suministraba a los ingenios que no producen etanol y lo que sí lo producen. Manifiesta, que era pertinente examinar cuáles poderdantes proveían de caña a los ingenios productores de etanol.

De acuerdo con lo anterior, el apoderado manifiesta que los poderes otorgados por sucroalcoholeros representan el 16.3% del área total de caña de los proveedores incluidos los poderes otorgados por los afiliados de Azucari y si se excluyen éstos últimos, PROCAÑA solo representa el 10.59%. A continuación de la anterior argumentación, se incluyen dos tablas con cifras en las que se pretende explicar el origen de los porcentajes de participación antes mencionados.

Al respecto, este Despacho advierte que en ninguna de las cifras presentadas por el Apoderado de PROCAÑA se indica la fuente de tal información, ni el año o periodo al que corresponden, lo que no permite su verificación.

En adición a lo anterior, esta Superintendencia no considera pertinente que para la determinación de la participación de mercado de los afiliados a PROCAÑA se deban excluir los poderdantes que suministraban caña a ingenios que no producen etanol, toda vez que dicha circunstancia no está acreditada en el expediente y, por el contrario, en el mismo obran tanto los poderes como las manifestaciones efectuadas por los directivos de PROCAÑA en las que se afirma que los poderes otorgados corresponden al 45.000 hectáreas. Para este Despacho, el otorgamiento de tales poderes constituye una manifestación de la voluntad del afiliado de establecer negociaciones sobre la remuneración de la caña destinada para tal fin, lo que determina una oferta potencial para este mercado.

Ahora bien, como se muestra a continuación, si se efectúa el análisis considerando solamente el área dedicada a la producción de etanol, con la información que obra en el expediente⁸⁶, se observa que la participación del área dedicada a la producción de etanol es de 31.462 hectáreas que representan el 15% del área total destinada a la producción de caña de azúcar.

Considerando que de las 45.000 hectáreas respecto de las cuales se otorgaron poderes se tiene que aproximadamente 41.500 pertenecen a Procaña y 3.500 a AZUCARI⁽¹⁾. Así entonces, aplicando el mismo porcentaje del 15% como área destinada a la producción de alcohol, los cultivadores agremiados en PROCAÑA y AZUCARI representan aproximadamente 6.225 y 525 hectáreas aproximadamente de dicha área, lo que equivale

⁸⁶ Ver folio 3426 del cuaderno 14.

⁽¹⁾ AZUCARI agrupa aproximadamente a 110 cañicultores los cuales en su totalidad tienen un área sembrada de 3.918 Hectáreas (folio 5738 Cuaderno 22).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

al 19.8% y el 1.66%, respectivamente, porcentajes que en conjunto corresponden al 21.46% del mercado. Participación que no presenta mayores diferencias frente a la definida en el informe motivado de 21.42% a partir del área total sembrada de caña de azúcar y que a juicio de este Despacho, adquiere significatividad para tipificar la idoneidad de la conducta imputada.

b) Explicaciones presentadas por AZUCARI, Germán Durán Carvajal y Amparo Cadena Duque

Al igual que en el caso de PROCAÑA inicialmente se analizarán las situaciones y hechos planteados por el Apoderado como determinantes de la inexistencia de la conducta de sus representados y posteriormente los relacionados con la violación al debido proceso y derecho de defensa.

- i) Inexistencia en la individualización de la responsabilidad de los investigados frente a las conductas materia de investigación

El Apoderado manifiesta que en ninguna parte del Informe no se hizo la individualización de los hechos y de las pruebas que conllevaron a concluir que AZUCARI y los señores Germán Durán Carvajal y Amparo Cadena Duque infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992 y que cualquier posible sanción que se les imponga derivada del Informe Motivado, no guardaría correlación alguna con el mismo y por lo tanto iría en contra de los principios procesales administrativos.

Al respecto, este Despacho manifiesta que en el Informe Motivado la Delegatura efectúa una valoración de las pruebas practicadas en la investigación y presenta una recomendación al Superintendente sobre la existencia de la conducta. No obstante, dicho Informe no constituye la decisión final, la cual corresponde adoptar al Superintendente de Industria y Comercio. Es en esta decisión y a partir de la evidencia que obra en el expediente, que se determina la existencia de la práctica restrictiva imputada y la responsabilidad de cada uno de los investigados.

De acuerdo con lo anterior, en la presente decisión se efectúa el análisis de los hechos, pruebas y explicaciones de cada uno de los investigados y se realiza la individualización de la participación y responsabilidad que en cada caso corresponde, a partir de la evidencia que obra en el expediente, como se observa de manera particular en el considerando quinto de la presente resolución y al establecer la cuantía de la sanción que procede en cada caso.

- ii) Legitimación de AZUCARI frente al Ingenio Risaralda - Individualización de su conducta

Al respecto, afirma el Apoderado que AZUCARI estaba legitimado para actuar frente al INGENIO RISARALDA, lo cual se acredita con los contratos aportados a la investigación en los cuales existe una cláusula que permite a AZUCARI tener la representación de sus agremiados con el fin de dirimir cualquier controversia relacionada con la aplicación de los contratos de compra de caña, permitiendo concluir que AZUCARI actuó de buena fe frente al quejoso.

También manifiesta que *"si logra demostrarse que en este caso AZUCARI tenía la legitimación otorgada por el quejoso INGENIO RISARALDA para dirimir las controversias"*

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 41

"Por la cual se imponen unas sanciones"

que se estaban presentando con ocasión a la compra de caña destinada para la producción de etanol, sin que esta conducta pudiera considerarse tendiente a limitar la libre competencia como lo manifiesta el señor superintendente delegado".

Al respecto, este Despacho manifiesta que la imputación efectuada en la presente investigación, no corresponde al ejercicio de la facultad contenida en los contratos en virtud de la cual se faculta a AZUCARI para tener la representación de sus agremiados con el fin de dirimir cualquier controversia relacionada con la aplicación de los contratos de compra de caña.

Como se manifestó en el numeral 5.6.2.1 las conductas investigadas dan cuenta de la promoción por parte de Azucarí y las personas naturales investigadas, de la estrategia de negociación en bloque definida por PROCANA para determinar la remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, así como otras condiciones contractuales.

Cabe señalar que dicha estrategia implicaba el otorgamiento inicial de poderes al señor JOSE VICENTE IRURITA. Posteriormente, se planteaba la posibilidad del otorgamiento de los poderes a un tercero ajeno a AZUCARI.

Adicionalmente, de la evidencia que obra en el expediente se pudo establecer que más que solucionar una controversia en ejercicio de la facultad contractual AZUCARI participó y promovió entre sus afiliados la estrategia mencionada, al punto que en la comunicación del 3 de julio de 2008, el señor Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI solicita al señor Guido Mauricio López Ochoa Presidente de la Junta Directiva de PROCANA ayuda y acompañamiento "por su conocimiento del tema y la confianza que en sus apreciaciones tienen los afiliados de AZUCARI", en la reunión citada para el 16 de julio de 2008 "dirigida a explicarles las razones por las cuales deben abstenerse de firmar un otro sí al contrato que tienen suscrito con el Ingenio Risaralda".

Por lo anterior, este Despacho no considera de recibo los argumentos planteados en torno a la supuesta legitimidad de AZUCARI. Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que el ejercicio de facultades de representación como las indicadas, debe efectuarse en el marco de la ley y no puede ser entendido como una legitimación para desarrollar actuaciones que puedan tipificarse como restrictivas de la competencia.

iii) Participación de AZUCARI en el mercado

Afirma el Apoderado de AZUCARI que dicha asociación tan solo agrupa a 110 cañicultores que representan aproximadamente 3.918 hectáreas de área sembrada de caña que corresponden al 1.86% del total de área sembrada nacional y que dicha participación lleva a concluir que "*Azucarí como gremio no tiene la más mínima posibilidad de definir o influenciar las condiciones de comercialización de la caña.*"

También se señala que el área cultivada en Risaralda para la fecha de los hechos objeto de investigación era aproximadamente de 14.000 hectáreas, por tanto es totalmente errada la afirmación efectuada en el informe motivado de acuerdo con la cual el área cultivada en este departamento es de 45.000 hectáreas.

En relación con las anteriores observaciones, es preciso señalar que efectivamente el porcentaje de participación en este caso es muy bajo. No obstante, este factor por sí solo no determina la capacidad de definir o influenciar las condiciones de comercialización de la

caña. El mismo debe ser analizado teniendo en cuenta el hecho de la vinculación o adhesión de AZUCARI a la estrategia definida al Interior de PROCAÑA, para negociar en conjunto los precios de la caña de azúcar, en esta medida este porcentaje contribuyó a determinar la significatividad de la conducta. Sin perjuicio de lo anterior, este aspecto es considerado al momento de establecer, de ser procedente, las cuantías de las sanciones.

En relación con la precisión del área sembrada de caña de azúcar que en el Informe Motivado se indicó que correspondía a Risaralda, se aclara que la cifra de 43.625 hectáreas corresponde a las áreas de Cauca y de Risaralda. Ahora bien, teniendo en cuenta la información que obra en el expediente⁸⁷, así como lo manifestado por el Apoderado, se establece que efectivamente el área correspondiente al Departamento de Risaralda corresponde a 14.000 hectáreas. Esta aclaración no afecta la participación de mercado de AZUCARI, pues este dato no fue el utilizado para el cálculo de las participaciones en el Informe Motivado sino el área correspondiente a los poderes, de acuerdo con lo cual la participación de AZUCARI es de 1.66%, el cual es consistente con el dato de 1.86% suministrado por el Apoderado.

5.6.2.3 Conclusión Respecto de la Violación del Artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Conforme con las pruebas visibles en el expediente y analizadas las explicaciones presentadas por los investigados, se puede concluir que:

1. PROCAÑA y AZUCARI desarrollaron y promovieron entre sus afiliados una estrategia de negociación conjunta o en bloque en torno a la remuneración de la caña de azúcar usada en el proceso de producción de alcohol carburante, en cuya promoción y desarrollo participaron el señor José Vicente Irurita, la señora Martha Cecilia Betancourt y el señor Guido Mauricio López Ochoa como directivos de PROCAÑA, el señor Germán Durán Carvajal y la señora Amparo Cadena Duque como directivos de AZUCARI, desde el año 2006 y hasta el año 2008.
2. Dicha práctica, por su objeto, se constituye en una práctica tendiente a limitar la libre competencia, pues resulta en la colaboración indebida entre competidores por intermedio de la agremiación, que, a menos que el mismo se dé entre un porcentaje de competidores no significativo, resulta restrictivo de la competencia. En el presente caso, se demostró en el expediente que los agremiados a PROCAÑA y a AZUCARI que firmaron el acuerdo representaban más del 20% del mercado de venta de caña de azúcar.
3. Dicho mecanismo de negociación no limitó la libre competencia pues no generó, como lo indican las pruebas que obran en el expediente efectos en el mercado.

5.6.3 Violación del numeral 2, artículo 48 del Decreto 2153 de 1992

El numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 establece que:

"Artículo 48. Actos Contrarios a la Libre Competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos.

[...]

⁸⁷ Ver a folio 3407 del cuaderno 14 del expediente.

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios".

El presente artículo establece que es restrictivo de la competencia el acto desarrollado por un (a) sujeto indeterminado, que tenga como fin (b) influenciar (c) a una empresa (d) para que (i) incremente sus precios o (ii) desista de bajar precios. La norma entonces impone que exista un acto de influenciación que lleve al resultado de cambiar la política de precios de una empresa sea subiendo los mismo o bajando dichos precios.

Conforme con la Jurisprudencia el Consejo de Estado⁸⁸, es necesario que concurren los elementos subjetivo (arriba literales a y c) y objetivo que integran la estructura jurídica del acto de influenciación. En este orden de ideas y atendiendo lo manifestado por el alto Tribunal⁸⁹, el elemento subjetivo se refiere a los sujetos activos o pasivos que se encuentran inmersos en la conducta, por lo tanto, el sujeto activo, es quien ejerce el acto de influenciar sobre una empresa determinada, con la intención de poder incidir en su política de precios y el sujeto pasivo, es el destinatario de los actos de influenciación, entendiéndolo como aquel que recibe el mensaje u orden por parte del sujeto activo.

En el presente caso, conforme con la Resolución de Apertura, (a) PROCAÑA y AZUCARI (b) por intermedio de una propuesta de negociación colectiva promovieron acuerdos o negociaciones colectivas o en bloque buscando influenciar (c) a un grupo de agricultores de caña de azúcar (d) para que (i) estos incrementaran los precios de la caña de azúcar utilizada para la producción de alcohol carburante y la participación en un porcentaje del alcohol que se produzca por tonelada cobrados a los Ingenios.

Respecto de dicha imputación, conforme con las pruebas obrantes en el expediente, cabe las siguientes apreciaciones.

5.6.3.1. Respecto de elemento subjetivo

Según el análisis de la norma, el sujeto activo ha de ejercer cierta influencia sobre el sujeto pasivo para que modifique su política de precios a la alza o a la baja.

En relación con este aspecto, el Despacho se aparta de lo manifestado en el Informe Motivado al considerarse que fueron los cañicultores quienes solicitaron a la asociación una medida para contrarrestar y renegociar los contratos con los ingenios y por tanto las asociaciones investigadas no ejercieron actos de influenciación.

En este sentido, debe considerarse que cuando los cañicultores reunidos en asambleas de afiliados de sus respectivas asociación, adoptan decisiones, las mismas corresponden a actuaciones de la persona jurídica y no a las personas naturales individualmente consideradas.

La Superintendencia no desconoce que la iniciativa de explorar mecanismos que permitan mejorar la situación de los cañicultores en torno a la determinación del precio por parte de

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Doctor Marco Antonio Veilla Moreno. Expediente No 2001-01261. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁸⁹ Ibidem.

los ingenios de la caña destinada a producir alcohol carburante surge en principio a partir de las solicitudes e inquietudes planteadas por sus miembros, pero el diseño de la propuesta y el planteamiento particular de la remuneración correspondió a la actividad de PROCAÑA, como se observa en la Actas XXXIII⁹⁰ del 1 de junio de 2006 y XXXIV⁹¹ del 30 de mayo de 2007.

Adicionalmente, observa este Despacho que una vez diseñada la estrategia de negociación conjunta, se realizaron actuaciones tendientes a convencer a los afiliados a acogerse a la misma, con la suscripción de los poderes, y a abstenerse de suscribir o renovar los contratos o a aceptar las fórmulas de remuneración señaladas por los ingenios.

De hecho en la comunicación del 3 de julio de 2008 se observa claramente el interés del directivo de AZUCARI de convencer a sus afiliados de *"abstenerse de firmar un otro sí al contrato que tienen suscrito con el Ingenio Risaralda, que pretende legalizar una retribución de 20 litros de alcohol carburante por cada quintal de azúcar crudo sustituido ó el 66.8% de los litros de alcohol total a 99.5% v/v de grado alcohólico que se obtenga por quintal"*.

5.6.3.2 Respetto de elemento objetivo

Otro factor a tener en cuenta dentro del análisis de la norma en mención y en concordancia con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, es el que se presenta en la incidencia o influenciación que tiene el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, en cuanto a este como destinatario de los mismos actos, al recibir el mensaje u orden por parte del sujeto activo.

Esto quiere decir que por parte del sujeto activo de la conducta debe de presentarse algún grado de constreñimiento o presión para que este efectivamente se lleve a cabo. Dice el Consejo de Estado, respecto de la finalidad de la influenciación, en el desarrollo jurisprudencial de la norma, que su objeto:

*"En efecto la conducta de "influenciar" presupone "incidir", "sugerir", esto es, "insinuar" o "inspirar" una idea, en el parecer de otro sobre el monto del precio que debe cobrarse al público consumidor por un determinado producto, bien sea para aumentarlo o disminuirlo"*⁹².

Por lo tanto, la adecuada interpretación del verbo rector contemplado en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 es que la influencia de un tercero sin determinar su efecto, será suficiente para que se considere tipificada la conducta de influenciación restrictiva de la competencia.

Para efectos del análisis del elemento objetivo del caso en concreto, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, puede establecerse que la incidencia del sujeto activo al pasivo, se presentó no solo con la firma de los poderes por parte de los asociados, sino con las diferentes comunicaciones y reuniones realizadas por las asociaciones en las que se diseñó la estrategia que incluía, como se mencionó anteriormente, la negociación del

⁹⁰ Cuaderno Reservado 4, Folios 2946 a 2952.

⁹¹ Cuaderno Reservado 4, Folio 2953 a 2962.

⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente No 2001-01261. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Pag. 25.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 45

"Por la cual se imponen unas sanciones"

precio a pagar a los cañicultores, partiendo de un mínimo del 50%. Esta circunstancia implica que con la estrategia diseñada por las asociaciones se alteró el libre albedrío de los cañicultores en la definición del precio, elemento necesario para que se presente la conducta, como lo ha señalado la jurisprudencia:

"En cuanto al elemento objetivo que pregona la norma en comento, se precisa, que no es otro, que el ejercicio de la actividad económica desplegada por una empresa, en la que sus actos vayan encaminados a alterar el libre albedrío de otra empresa, respecto del proceso que está dispuesta a asignar a los productos y servicios que ofrece"⁹³.

Así, este Despacho considera que también se presentó la violación del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Es importante señalar que, como lo ha dicho esta Entidad en otras oportunidades⁹⁴, el artículo 1 del Decreto 2153 es la cláusula general del régimen de protección de la competencia, por lo que una actuación que viole alguna de las disposiciones que establecen conductas concretas, también puede vulnerar la cláusula general mencionada, como efectivamente ocurrió en este caso.

5.7. Aspectos Procesales

5.7.1. Argumentos procesales de PROCAÑA

- a) Violación derecho de defensa, desequilibrio probatorio y ausencia de valoración de pruebas

En las observaciones al Informe Motivado se alega la violación del derecho de defensa de sus representados, toda vez que la Delegatura rechazó pruebas que a juicio del Apoderado son indispensables para su defensa, como las siguientes:

- El contexto del mercado de venta de caña para la producción de alcohol carburante y sus características oligopsónicas y la falta de dinámica competitiva en mismo.
- La conducta de los ingenios, en particular lo relacionado con la imposición unilateral y concertada de precios iguales y la asimetría de los contratos con los ingenios, lo que determinaba la inexistencia de negociación de los precios de la caña para producir alcohol carburante. Circunstancias estas que impedían que los investigados se encontraran en una situación que objetivamente les permitiera realizar actos tendientes a limitar la competencia.
- La metodología de remuneración propuesta por los cañicultores a través de PROCAÑA.
- Los compradores no tienen incentivos para celebrar acuerdos de cadena o de comercialización y la necesidad de intervención del Estado.

Asimismo, se afirma que en la presente actuación no hubo equilibrio probatorio, toda vez que la Delegatura rechazó la mayoría de las pruebas solicitadas por los investigados. El Apoderado manifiesta que de las 31 pruebas documentales solicitadas sólo se decretaron

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente No 2001-01261. Recurso de Apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Pag. 25.

⁹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio Resolución No. 6839 de 2010.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 46

"Por la cual se imponen unas sanciones"

11, se rechazaron todos los testimonios solicitados (6), así como la solicitud de oficiar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Por otra parte, señala que se decretaron de oficio los testimonios de todos los quejosos y que al definir el objeto de dichas prueba la Superintendencia prejuzga y que no se valoraron las pruebas de los hechos que fundamentan la defensa de sus poderdantes, vulnerándose el principio de imparcialidad previsto en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, particularmente las relacionadas con el poder especial otorgado al Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA.

Finalmente se manifiesta que no se distingue entre PROCAÑA y AZUCARI, cuestiona la utilización de estadísticas de ASOCAÑA, reitera que la metodología de remuneración propuesta no tiene como objetivo determinar precios únicos sino que está basada en calidad.

Sobre los anteriores argumentos el Despacho considera importante señalar que revisada la actuación adelantada por la Delegatura se observa que en el presente caso se ha dado cumplimiento a las disposiciones que regulan el procedimiento para esta clase de actuaciones, sin que se vislumbre la violación al debido proceso y derecho de defensa de los investigados como se indica a continuación:

Inicialmente, en lo relacionado con el rechazo de pruebas cabe recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, "las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso". De acuerdo con lo anterior, las pruebas que no versen sobre el objeto de la investigación deben rechazarse por impertinentes. Teniendo en cuenta lo manifestado, así como las formalidades señaladas por el mencionado Código proceden las siguientes consideraciones:

- En relación con las solicitud de traslado del expediente correspondiente a la investigación que condujo a la expedición de la Resolución No. 6839 de 2009, se manifiesta que el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil⁹⁵, regula el procedimiento para la prueba traslada y en el presente caso el peticionario se limitó a pedir el traslado de todo el expediente, sin considerar que el objeto y sujetos investigados de dicha actuación difieren de la investigación en curso, lo cual de manera general resulta impertinente.

También debe señalarse que la Superintendencia en la averiguación preliminar había ordenado el traslado de la información relacionada con las conductas analizadas en la presente investigación y que como se indicó en la Resolución 5118 de 2011, en la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el rechazo de pruebas efectuado en la Resolución 63629 de 2010, *"las resoluciones mediante las cuales se decidió el expediente 04-074580 son actos públicos que pueden ser referidos durante este y cualquier otro proceso, sin que su traslado formal sea condición para ello"*.

- En lo relacionado con los estudios rechazados, se observa que se decretaron los correspondientes a la metodología propuesta por Procaña. Con todo, comoquiera

⁹⁵ "Art. 185. Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella".

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 47

"Por la cual se imponen unas sanciones"

que los mismos fueron aportados en copia, este Despacho como lo mencionó al pronunciarse sobre la metodología de remuneración planteada por Procaña en desarrollo de la estrategia de negociación conjunta los evaluó y a partir de su contenido observó su impertinencia, toda vez que si bien se relacionan con procedimientos de remuneración de la caña para la producción de alcohol carburante, no corresponden a la metodología presentada por Procaña a sus agremiados con el objeto de negociarla conjuntamente con los ingenios y, adicionalmente, el estudio brasilero corresponde a un mercado geográficamente diferente con características igualmente disímiles al colombiano.

- Sobre el rechazo de los testimonios, se observa que la actuación de la Delegatura se ajustó a lo previsto en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, disposición que de manera expresa establece que *"Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba"*.
- Respecto del supuesto desequilibrio probatorio por el rechazo de las pruebas, además de lo manifestado sobre la legalidad de las decisiones adoptadas por la Delegatura, cabe aclarar que no es cierto que de las 31 pruebas documentales solicitadas sólo se hayan decretaron 11, toda vez que el apoderado ocho primeras pruebas que corresponden a las actas de las asambleas anuales de Procaña del 2003 al 2009, se decretaron en un solo numeral indicando el período correspondiente y las normas nacionales no requieren de prueba. En cualquier caso el análisis probatorio no puede limitarse a una simple comparación numérica sino que debe tener en cuenta la pertinencia de las pruebas, circunstancia que en este caso fue tenida en cuenta por la Delegatura.

Ahora bien, en lo relacionado con el decreto de las pruebas de oficio, este Despacho no considera que estas decisiones afecten los derechos y garantías procesales de los investigados. Por el contrario, dichas pruebas tienen como finalidad esclarecer los hechos objeto de la investigación.

En efecto, los testimonios decretados por la Delegatura correspondientes a los quejosos, tenía como finalidad que se precisaran los hechos señalados en sus denuncias, siendo del caso resaltar que al decretarse estas pruebas, la Delegatura se limitó a indicar y a hacer referencia a lo manifestado por los quejosos en sus escritos, en los cuales se hace referencia expresa a la estrategia de negociación en bloque promovida por los investigados.

De otra parte, llama la atención de este Despacho que el Apoderado considere violatorio del debido proceso y derecho de defensa de sus representados, decretar de oficio su interrogatorio, toda vez que dicha prueba se constituye en la oportunidad procesal, para que los investigados den su versión de los hechos y se pronuncien sobre las imputación y hechos por los cuales se ordenó la apertura de la investigación.

Tampoco se considera de recibo, la supuesta ausencia de valoración de las pruebas que obran en el expediente. Basta con revisar el informe motivado y la presente resolución para establecer que tanto la Delegatura como este Despacho, han efectuado la valoración en conjunto de la evidencia que obra en el expediente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Aspecto diferente es que el apoderado difiera o no comparta dicha apreciación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 48

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Por todo lo anterior, no se observa violación al debido proceso y derecho de defensa ni el alegado desequilibrio probatorio.

b) Reiteración solicitud de revocatoria del traslado del informe motivado

El Apoderado en escrito separado solicitó la revocatoria del traslado del informe motivado, hasta tanto se produzcan las transcripciones de las declaraciones recibidas utilizando el sistema de grabación magnetofónica, como lo dispone el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, lo cual a juicio del peticionario, constituye una nulidad de la actuación administrativa e impide el ejercicio de los derechos de defensa y debido proceso de sus representados.

Dicha solicitud fue respondida por esta Superintendencia mediante oficio 08 038436 00258 000, del 27 de mayo de 2011, en el cual este Despacho manifestó lo siguiente:

"... [T]eniendo en cuenta lo dispuesto en las Leyes 527 de 1999⁹⁶ y 962 de 2005⁹⁷, en concordancia con lo establecido en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, esta Entidad mediante la Circular Externa 008 del 3 de octubre de 2008⁹⁸, impartió instrucciones sobre el registro de las audiencias que se celebran en la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de facultades administrativas y jurisdiccionales.

De acuerdo con lo anterior, a partir de la vigencia de la citada circular, en las audiencias celebradas en las salas que cuentan con equipos de grabación, se levanta un acta que debe ser suscrita por quienes intervinieron en ella el día de su práctica, de la cual forman parte los discos o CD'S que constituyen el soporte o documento que contiene la memoria de la actuación adelantada en las audiencias.

Ahora bien, la no desgravación de las diligencias no constituye una violación al debido proceso ni al derecho de defensa de los investigados, toda vez que a los mismos se les comunica la fecha y hora de las audiencias, para que si lo consideran pertinente participen en ellas y las actas respectivas que incluye los CD's con la memoria de las actuaciones adelantadas, permiten reproducir fidedignamente el desarrollo de cada diligencia, las cuales se incorporan al expediente que se encuentra a disposición de los investigados para su consulta o solicitud de copias".

Posteriormente, mediante comunicación radicada el 15 de junio del presente año, el apoderado reitera la solicitud de revocatoria, por considerar que la Circular 8 de 2008 expedida por esta Superintendencia es violatoria del artículo 109 del Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente manifiesta que de acuerdo con nuestro ordenamiento legal, las disposiciones de procesales, son de orden público y no pueden ser modificadas o derogadas por la administración con la simple expedición de una circular.

En relación con la insistencia de la solicitud de revocatoria del traslado del informe motivado, efectuada por el Dr. Pinzón, este Despacho reitera lo manifestado en el oficio 08 038436 00258 000, del 27 de mayo de 2011 y advierte que a través de la circular en

⁹⁶ Ver especialmente el artículo 10.

⁹⁷ Ver artículo 6.

⁹⁸ El texto completo de la circular se puede consultar en la página web de la Entidad www.sic.gov.co, pulsando normatividad y posteriormente circulares, enlace: <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=1190&ts=191f8f858acda435ae0daf994e2a72c2>

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 49

"Por la cual se imponen unas sanciones"

comento esta Superintendencia no derogó o modificó el artículo 109 Código de Procedimiento Civil. Esta Entidad en dicho acto administrativo, en ejercicio de sus facultades legales, simplemente impartió instrucciones sobre el cabal cumplimiento de la ley, particularmente de la 962 de 2005, en concordancia con la 527 de 1999 y la 270 de 1996, en relación con el registro de las audiencias que se celebran en esta Entidad en las salas que cuentan con equipos de grabación.

Sobre la utilización de esta clase de medios tecnológicos se debe reiterar que en el artículo 95 de la ley 270 de 1996 "Ley estatutaria de la justicia" el legislador validó expresamente la utilización de la tecnología en la administración de justicia estableciendo lo siguiente:

"TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley".

La Corte Constitución, al evaluar la constitucionalidad de la citada disposición la declaró condicionalmente exequible al considerar:

'Al igual que se señaló para el caso anterior, esta disposición busca que la administración de justicia cuente con la infraestructura técnica y la logística informática necesaria para el recto cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución le asigna. Naturalmente, el uso de los medios que se encuentran a disposición de juzgados, tribunales y corporaciones judiciales exige una utilización adecuada tanto de parte del funcionario como de los particulares que los requieran. Para ello, será indispensable entonces que el reglamento interno de cada corporación o el que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para los demás casos, regule el acceso y uso de los medios en mención y garantice, como lo impone la norma que se revisa, el ejercicio del derecho a la intimidad y a la reserva de los datos personales y confidenciales que por una u otra razón pudiesen ser de conocimiento público (Art. 15 C.P.). Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador⁹⁹.

⁹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-037-96 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Nótese que la Corte Constitucional condiciona la constitucionalidad de la disposición a que "en reglamento interno de cada corporación o el que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para los demás casos, regule el acceso y uso de los medios en mención"¹⁰⁰.

En este mismo orden la Ley 962 de 2005, de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, establece que el fortalecimiento tecnológico es un principio rector de la política de racionalización, estandarización y automatización de trámites, con base en el cual se debe incentivar en la administración pública el uso de medios tecnológicos integrados. Esto, con el fin de articular la actuación de la Administración Pública y de disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados.

Señala igualmente dicha ley, que la sustanciación de las actuaciones así como la expedición de los actos administrativos, tendrán lugar en la forma prevista en las disposiciones vigentes y que para el trámite, notificación y publicación de tales actuaciones y actos, podrán adicionalmente utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

En este sentido la Ley 962 de 2005 dispuso que la utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento.

Para esta Superintendencia como entidad integrante de la administración pública lo dispuesto en la citada Ley 962 de 2005, es de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, se insiste en que la no desgravación de las diligencias no constituye una violación al debido proceso ni al derecho de defensa de los investigados, toda vez que a los mismos se les comunica la fecha y hora de las audiencias, para que si lo consideran pertinente participen en ellas y los CD's que permiten reproducir fidedignamente el desarrollo de cada diligencia, forman parte de las actas respectivas que se incorporan al expediente, todo lo cual queda a disposición de los investigados para su consulta o solicitud de copias.

5.7.3 Argumentos procesales de AZUCARI

- a) Error en el término del traslado del informe motivado – Violación al derecho de defensa

Manifiesta el Apoderado en las observaciones al informe motivado que el traslado del mismo "presenta un error grave en el vencimiento del término otorgado para presentar observaciones, toda vez que dicho informe **fue notificado y entregado para su análisis y estudio el día 6 de abril de 2011** y no el 1 de abril como el señor superintendente delegado lo está asumiendo, contraviniendo de esta manera lo establecido en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-037-96 de 1996, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa,

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 51

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En ese sentido la honorable corporación ha sido reiterativa en determinar que la notificación se: entiende realizada desde el momento en que las partes tienen la oportunidad de conocer el acto administrativo y no desde el momento de la introducción al correo (cuando la notificación se realiza por este medio), ...".

"En consecuencia de lo anterior y al establecer el superintendente delegado como fecha de vencimiento para presentar observaciones al informe motivado el día 15 de abril, es claro que el término otorgado va en contravía de lo dispuesto en el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto el cómputo de los diez (10) días del traslado fue desde el 1 de abril (fecha en la cual se introdujo al correo el informe motivado) y no desde el 6 de abril (fecha en la cual se recibió el acto administrativo), violando de esta manera el derecho al debido proceso".

Al respecto, manifiesta este Despacho que teniendo en cuenta los argumentos planteados en este mismo sentido por el apoderado de PROCAÑA en escrito separado, la Delegatura mediante oficio radicado con el número 08-38436-252-1 del 14 de abril de 2011 prorrogó el término de traslado en nueve días hábiles hasta el 2 de mayo de 2011, circunstancia que saneó la irregularidad planteada en relación con el cómputo del término del traslado inicialmente otorgado.

b) Nulidad por extensión del plazo para presentar observaciones al informe motivado.

En escrito separado, el Apoderado de AZUCARI manifiesta su oposición a la extensión del plazo para presentar observaciones al informe motivado, decisión que considera violatoria del principio de perentoriedad de los términos y oportunidades procesales previsto en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente, afirma que con este procedimiento se privilegia a uno de los investigados para que presente extemporáneamente sus observaciones, sin que se aduzca razón objetiva para otorgar un nuevo plazo y solicita que se tengan por no presentadas las observaciones presentadas con posterioridad al término inicialmente concedido.

Al respecto, la Superintendencia manifiesta que en el presente caso no se configura la nulidad planteada, toda vez que en primer lugar la perentoriedad prevista en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil, sólo se predica de los términos y oportunidades señalados en ese Código. Adicionalmente, en relación con los términos señalados por los jueces en el artículo 119 del mismo código se establece *"Términos señalados por el juez. A falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias, y podrá prorrogarlo por una sola vez, siempre que considere justa la causa invocada y que la solicitud se formule antes del vencimiento"*.

En el presente caso el término para presentar las observaciones al informe motivado no corresponde a un término de una actuación judicial, ni está previsto en el Código de Procedimiento Civil o en otra norma. El mismo es un plazo fijado por el Delegado que podría, en gracia de discusión, asimilarse a los plazos concedidos por los jueces de que trata el artículo 119 del C.P.C., disposición que como se mencionó permite su prórroga.

En todo caso, la prórroga del plazo para presentar observaciones al informe motivado antes que configurar una nulidad, refleja la disposición de esta Superintendencia por garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de todos los investigados, siendo de

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 52

"Por la cual se imponen unas sanciones"

caso señalar que la ampliación del mismo se otorgó y comunicó en la misma oportunidad a todos los investigados.

c) . Falta de motivación en la negación de garantías - violación al debido proceso

El apoderado manifiesta que *"la decisión de no motivar el acto administrativo que declaró insuficiente las garantías, pese a la solicitud posterior de motivación, constituye una violación al derecho al debido proceso administrativo"*.

Frente a este punto, es importante señalar que de conformidad con lo establecido en el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 3523 de 2009, modificado por el 1687 de 2010, corresponde a esta Superintendencia velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, para lo cual está facultada para adelantar investigaciones para establecer las violación de tales disposiciones y sancionar a sus responsables.

De manera particular, en el Decreto 2153 de 1992, artículo 52, adicionado por el párrafo del artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, se consagró la posibilidad de terminar anticipadamente la investigación, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

La clausura o terminación de una investigación por aceptación de garantías, es un mecanismo previsto en la ley el cual tiene como finalidad contribuir al cumplimiento de las finalidades de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas y no sólo constituye una prerrogativa para el investigado, sino que correlativamente es una facultad del Superintendente de Industria y Comercio, quien debe decidir sobre la terminación de esta clase de investigaciones, cuando "a su juicio" el presunto infractor, brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

La determinación de la suficiencia de la garantía ofrecida y la procedencia de la terminación de la investigación son aspectos que la ley deja a "juicio" del Superintendente, razón por la cual en cada caso se debe evaluar si las garantías ofrecidas son suficientes para suspender o modificar la conducta investigada y se adecuan a los fines que persiguen las normas sobre promoción de la competencia.

Las circunstancias anteriormente mencionadas, así como lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, determinan que la decisión de garantías sea una decisión de trámite dentro de la investigación y que, en virtud de tal naturaleza, como lo ha señalado el Consejo de Estado, no resulte aplicable lo establecido en el artículo 36 del C.C.A.¹⁰¹ y, en consecuencia, que no sea necesario exponer de manera expresa las razones que justifican la decisión.

"Esa disposición consagra una facultad discrecional, según la cual el Superintendente de Industria y Comercio puede continuar o no la investigación, según estime que pueden darse garantías suficientes de que los hechos se suspendan o se modifiquen por parte del autor o de los autores de los mismos, bajo la perspectiva de que lo relevante es la efectividad de su función de inspección y

¹⁰¹ "ARTICULO 36. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 53

"Por la cual se imponen unas sanciones"

vigilancia de las actividades económicas bajo su control y, consecuentemente, de los principios de libre competencia y de transparencia del mercado.

(...)

*En cuanto a la desproporción en la no aceptación de las garantías (...), tampoco aparece probada por cuanto **no siendo una decisión que ponga fin a la actuación administrativa, sino de mero trámite, no está sujeta al artículo 36 del C. C. A., toda vez que éste se refiere a decisiones generales y particulares, y que por lo mismo son de carácter definitivo,** (...)*

Sin embargo, aceptando, en gracia de discusión, que le fueran aplicables también a la apreciación del Superintendente de Industria y Comercio sobre las garantías ofrecidas las normas invocadas, no se observa que su decisión de considerarlas insuficientes y continuar la actuación administrativa hasta su finalización haya sido innecesaria, inadecuada al objeto de las mismas y desproporcionada en estricto sentido, en cuanto afectara los intereses de los actores en mayor medida de lo justo respecto de los hechos; más cuando se está ante hechos cumplidos (...)"¹⁰² (se resalta)

El hecho de que frente a la decisión de garantías el Superintendente pueda simplemente dejar plasmada su insuficiencia, también ha sido reconocido por el Consejo de Estado:

*"Con relación al noveno cargo, violación del debido proceso por la desatención de los tres ofrecimientos de garantías hechos por los interesados y de sus intenciones de prestar la que señalara el Superintendente de Industria y Comercio, se debe poner de presente que no es cierta esa desatención, por cuanto, según atrás se precisó, **la administración se pronunció respecto del ofrecimiento de esas garantías, tal como era posible, es decir, con la sola manifestación de que a su juicio las garantías ofrecidas no eran suficientes, pues tratándose de una atribución discrecional y potestativa no estaba obligado a dar razones o motivos de su apreciación, ni la norma lo obligaba a señalar formas, medios o montos para que puedan tomarse como garantías suficientes, según lo solicitaron los actores en las dos comunicaciones siguientes, el ofrecimiento de tales garantías, amén de que por ser un acto de trámite no está sujeto a recurso alguno y se trataba de una conducta consumada, tal como se advirtió anteriormente.**"¹⁰³ (se resalta)*

De acuerdo con lo anterior, no considera este Despacho que el hecho de haber comunicado a los investigados que las garantías presentadas resultaban insuficientes para ordenar el cierre de la investigación sea una circunstancia que haya afectado su derecho al debido proceso y ocasione la nulidad de la presente investigación. En consecuencia, el argumento del Apoderado debe ser desestimado.

d) Aplicación indebida del artículo 57 del C.C.A. en los interrogatorios de parte

El Apoderado considera que la Superintendencia violó el debido proceso de sus representados al abstenerse de aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil a la práctica de los interrogatorios de parte decretados de oficio, toda vez que los

¹⁰² Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 25 de abril de 2002. Radicación No. 7261. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 25 de abril de 2002. Radicación No. 7261. M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

investigados residían fuera de Bogotá y en su lugar aplicar el artículo 57 del Código Contencioso Administrativo que se refiere a pruebas en los recursos de la vía gubernativa.

En relación con el presente argumento, este Despacho reitera que decretar como prueba el interrogatorio a cada investigado, lejos de ser violatorio del debido proceso y de su derecho de defensa dicha diligencia se constituye en la oportunidad procesal, para que den su versión sobre el objeto de la investigación y se pronuncien sobre las imputaciones y hechos por los cuales se ordenó la apertura de la actuación en su contra. Siendo cada investigado el directamente interesado en dicha prueba, para esta Superintendencia en este caso no procede la aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 57 del Código Contencioso, sobre la distribución de los gastos que origine la práctica de los interrogatorios.

La aplicación de dicha disposición se efectuó en cumplimiento de lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el cual establece el procedimiento que debe seguir esta Superintendencia para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, el cual en su inciso final dispone que: "*En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo*".

e) No transcripción de los interrogatorios

El Apoderado de Azucari manifiesta que desconoce las razones por las cuales no se transcribieron los interrogatorios de sus poderdantes, lo cual podría generar una posible violación al derecho de defensa y al debido proceso.

Al respecto, nos remitimos a lo manifestado sobre el particular por este Despacho al analizar la reiteración de la solicitud de revocatoria del traslado al informe efectuada por el apoderado de Procaña en el literal b) del numeral 5.7.1.

5.8. Responsabilidad de las personas naturales investigadas

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992¹⁰⁴, aplicable para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para "*[i]mponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción (...)*".

Es importante recordar que la responsabilidad personal a la que alude el artículo mencionado, emana de un hecho –acción u omisión– del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16, no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto o que lo autoricen.

Bajo esta óptica, corresponde ahora establecer respecto de las personas naturales investigadas, si ejecutaron, toleraron o autorizaron la conducta anticompetitiva investigada, con el fin de determinar su grado de responsabilidad.

¹⁰⁴ Modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece que están sujetas a las sanciones allí contempladas "[...] cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, [...]".

5.8.1. José Vicente Irurita Rivera,

De acuerdo con la información obrante en el expediente, se pudo constatar que el señor IRURITA como miembro y ex presidente de la junta directiva de PROCAÑA¹⁰⁵ participó activamente en el diseño y promoción de la estrategia de negociación conjunta planteada por esta asociación a sus afiliados. De hecho, él fue la persona encargada de realizar dicha negociación en desarrollo de los poderes que le fueron otorgados, los cuales como se indicó anteriormente tenía como finalidad negociar con los ingenios la remuneración de la caña para la producción de alcohol carburante, a partir de las directrices señaladas.

En desarrollo de los mandatos conferidos obran en el expediente copia de las comunicaciones remitidas por José Vicente Irurita en febrero de 2007 al señor Gonzalo Ortiz Aristizábal, quien en esa fecha era Gerente General del Ingenio Cauca S.A. y Gerente general del Ingenio Providencia S.A., al señor Adolfo León Vélez, Gerente General del Ingenio Manuelita S.A., al señor Cesar Augusto Arango Isaza, Gerente General del Ingenio Risaralda S.A. y al señor Mauricio Irigorri Rizo, Gerente de Mayaguez S.A., se les informaba que:

"Los Proveedores de caña que anexo en relación adjunta, me otorgaron poder especial para representarlos y establecer la metodología de pago de la caña que se destine a la producción de alcohol carburante"¹⁰⁶

Así las cosas, este Despacho considera que el señor Irurita ejecutó la conducta cuestionada por esta Entidad y, en consecuencia, debe ser sujeto de la sanción impuesta en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

5.8.2. Guido Mauricio Lopez Ochoa

En lo relacionado con la participación del señor Guido Mauricio Lopez Ochoa, en su condición de presidente de la junta directiva de PROCAÑA¹⁰⁷, participó activamente en el diseño y promoción de la estrategia de negociación conjunta planteada por esta asociación a sus afiliados. Lo anterior, está plenamente acreditado con la participación directa en la presentación de la propuesta en las Asambleas de PROCAÑA. Así como en la comunicación del 3 de julio en la cual AZUCARI lo invita a participar en la convocatoria programada para el 16 de julio de 2008 en Risaralda.

Así las cosas, este Despacho considera que el señor López ejecutó la conducta cuestionada por esta Entidad y, en consecuencia, debe ser sujeto de la sanción impuesta en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

5.8.3. Martha Cecilia Betancourt M. representante legal de PROCAÑA,

Como representante legal de PROCAÑA¹⁰⁸, la señora Martha Cecilia Betancourt participó activamente en el diseño y promoción de la estrategia de negociación conjunta planteada por esta asociación a sus afiliados. Lo anterior, está plenamente acreditado con la participación directa en la presentación de la propuesta en las Asambleas de PROCAÑA.

¹⁰⁵ Cuaderno 4, Folio 999.

¹⁰⁶ Cuaderno 10 folios 2467 a 2478

¹⁰⁷ Cuaderno 4, Folio 999.

¹⁰⁸ Cuaderno 4, Folio 999.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 56

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Así las cosas, este Despacho considera que la señora Betancourt ejecutó la conducta cuestionada por esta Entidad y, en consecuencia, debe ser sujeto de la sanción impuesta en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

5.8.4. Amparo Cadena Duque y German Durán Carvajal

La Señora Amparo Cadena Duque en su condición de representante legal de AZUCARI y el señor German Durán Carvajal como miembro y presidente de la Junta Directiva de AZUCARI¹⁰⁹, participaron directamente en la presentación y promoción de la estrategia de negociación conjunta diseñada por PROCAÑA a los afiliados de AZUCARI. Lo anterior se acredita en la evidencia que obra en el expediente en especial la siguiente:

- Informe de marzo de 2007 que presentó la Junta Directiva y la Gerencia de AZUCARI a la Asamblea General, suscrito por el señor Germán Durán Carvajal como presidente de la Junta Directiva y por la señora Amparo Cadena Duque, como Gerente.
- Acta de la Asamblea General de AZUCARI de marzo 6 de 2007.
- Acta de la Junta Directiva No 5 de AZUCARI, de mayo 10 de 2007.
- En el informe presentado por la Junta Directiva y la Gerencia de AZUCARI, a la Asamblea General Ordinaria el 22 de abril de 2008.
- Comunicación del 3 de julio de 2008 del señor Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI al señor Guido Mauricio López Ochoa Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA.

Así las cosas, este Despacho considera que los señores Cadena y Durán ejecutaron la conducta cuestionada por esta Entidad y, en consecuencia, deben ser sujetos de la sanción impuesta en el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

5.9. Dosificación de las sanciones

En lo que se refiere al monto de las sanciones, es necesario precisar que el Decreto 2153 de 1992 es la norma vigente al momento en el cual se cometió la infracción.

Así, el Decreto 2153 de 1992, debe aplicarse para efectos de la determinación de la sanción administrativa y de su dosificación, pese a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009. Contrario a lo que ocurre con la aplicación del artículo 21 sobre las vicisitudes en el trámite, tema al que ya se hizo referencia en la presente Resolución, los criterios de dosificación no pueden ser considerados como normas procedimentales de aplicación inmediata, sino que van ligados a la aplicación misma de la sanción que en este caso tiene como límites los previstos en el régimen anterior a la promulgación de la ya mencionada Ley.

Sin embargo, lo anterior no significa que los criterios a los cuales se ha hecho referencia no puedan ser considerados como elementos de análisis para la dosificación de las sanciones a imponer en el presente caso, bajo el entendido de que esta Entidad no está obligada a una aplicación integral de los mismos¹¹⁰. Así, para efectos del proceso de

¹⁰⁹ Cuaderno 8, Folio 1779.

¹¹⁰ Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-710 de 2001. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 57

"Por la cual se imponen unas sanciones"

dosificación de la sanción a imponer a las personas naturales y jurídicas involucradas, este Despacho aplicará la metodología que a continuación se expone.

5.9.1. Metodología aplicada

En cuanto al listado de los siete criterios utilizados por el Despacho para determinar el valor de la multa a aplicar, se realiza una clasificación de los mismos. Por una parte, se define como un primer grupo aquellos aspectos que se relacionan directamente con el mercado sobre el cual se realizan las conductas que en la presente Resolución se reprochan; esto es el impacto y la dimensión del mercado. Por otro lado, se agrupan los criterios relacionados con la caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción, tal como el beneficio obtenido por quien o quienes cometen la falta, el grado de participación de los mismos, junto con la cuota de mercado y la conducta procesal.

Adicionalmente, este Despacho incorpora en su análisis el principio de proporcionalidad al momento de determinar la respectiva sanción a imponer a quienes participaron en las conductas que en el presente acto administrativo se reprochan.

De igual manera, debe enfatizarse que a través de la exposición del presente análisis se busca definir un porcentaje que será tomado como referente para imponer sobre la multa máxima posible a cada una de las personas jurídicas que, de acuerdo a esta Superintendencia, han llevado a cabo conductas que afecten la libre competencia.

Tal porcentaje deberá ajustarse al alza o a la baja considerando los elementos atenuantes y/o agravantes que sean del caso tomar como referencia a la hora de dosificar la sanción de los participantes del acuerdo que acá se reprocha. En los párrafos siguientes de esta Resolución, se realizará un breve análisis relacionado con cada uno de los conjuntos de criterios señalados junto con los elementos atenuantes y agravantes.

5.9.1.1. En cuanto al conjunto de criterios relacionados con el mercado

El primer grupo de argumentos que este Despacho considera centrales para efectos de su análisis de dosificación de la sanción asociada a cada una de las personas jurídicas y naturales involucradas en la investigación, corresponde a aquellos elementos que dan cuenta del grado de afectación o impacto que con la conducta reprochable por parte de cada una de las partes fue generada en el mercado.

A este respecto, es importante señalar en el presente caso, que esta Entidad reconoce que la conducta reprochada, tal como se ha ilustrado en secciones anteriores de la presente Resolución, corresponde a la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En cuanto a la dimensión del mercado afectado está acreditado en el expediente que la conducta sancionada no produjo efectos, por tanto no hubo una afectación del mercado.

5.9.1.2. En cuanto a criterios relacionados con el infractor

En lo que tiene que ver con el grado de participación del infractor en el mercado, se reconoce que la naturaleza de la conducta que acá se reprocha tendía a generar una afectación de la competencia, producto de un acuerdo anticompetitivo forjado al interior del mercado. Por su parte, frente a la participación de los afiliados de cada asociación en el mercado, es importante garantizar que, controlando por el resto de criterios, empresas con mayor participación fuesen más fuertemente sancionadas por una conducta violatoria de

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 58

"Por la cual se imponen unas sanciones"

las disposiciones de competencia. En este sentido, la participación de una empresa en el mercado representa para el Despacho un criterio objetivo a considerar en el proceso de la dosificación de la multa a imponer.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor con la conducta sancionada, se reconoce que debe calificarse el monto de beneficio obtenido dentro de la serie de categorías, a las que se le asocian puntos porcentuales de penalización mayores entre mayor sea el nivel de beneficio adicional obtenido por la conducta.

Por último, dentro de los elementos que hacen parte de este segundo conjunto de criterios, se encuentra la conducta procesal del investigado. En términos prácticos, este argumento representa para este Despacho un factor de ajuste de la sanción, que deberá ser neutro de no haber ocurrido evento alguno que pudiese ser catalogado como comportamiento nocivo que haya dilatado o impedido el avance normal en el proceso de investigación, sin perjuicio de que sea tenido como atenuante. En cualquier otro caso, deberá imponerse una penalización adicional.

En conclusión, a partir de la información agrupada en los dos conjuntos ya señalados, este Despacho deberá considerar el alcance que en materia de afectación de la competencia tenga asociada la conducta que acá se reprocha. Para ello considerará como fase inicial de determinación de la sanción el impacto efectivo o potencial a generarse en el mercado y el beneficio efectivo o potencial que pueda percibir cada infractor con la conducta. El siguiente cuadro muestra los valores a considerar para efectos de ubicar la complejidad y afectación de la competencia de la conducta señalada.

Cuadro No. 11
Determinación del nivel inicial de la sanción

| Impacto \ Beneficio | Alto | Medio - Alto | Medio - Bajo | Bajo |
|----------------------------|-------------|---------------------|---------------------|-------------|
| Alto | 66% | 48% | 37% | 25% |
| Medio - Alto | 44% | 34% | 26% | 17% |
| Medio - Bajo | 32% | 20% | 14% | 9% |
| Bajo | 8% | 5% | 3% | 1% |

Elaboración SIC.

Una vez ubicado el porcentaje inicial a considerar para efectos de la sanción de cada una de las personas involucradas, el Despacho realizará los respectivos ajustes, teniendo en cuenta que cualquier modificación deberá respetar el valor máximo (100%) a imponer sobre la conducta generada. De no existir ajuste alguno a aplicar, se considerará el valor inicial como valor definitivo a imputar sobre el máximo valor de la sanción. Para el efecto, los aspectos que deberán considerarse son:

- Si el mercado afectado hace parte de la lista de sectores prioritarios considerados por la SIC, deberá sumar el 20% de los puntos porcentuales asignados como nivel inicial. En caso contrario, mantener el nivel inicial en niveles similares.
- Si la conducta procesal estuvo acorde con el procedimiento aplicado y facilitó el esclarecimiento de los hechos durante la investigación, mantener el nivel inicial, de lo contrario agregar un 10% de los puntos porcentuales asignados en la fase 1.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 59

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- Si la conducta sancionada no es unilateral mantener el nivel inicial, en caso contrario agregar un 10% de los puntos porcentuales asignados en la fase 1 a la empresa involucrada.
- En cuanto a la cuota de mercado de la empresa infractora, en aquellos casos en que la conducta sea unilateral o de la cuota de mercado analizada de manera conjunta en los casos que se sancione un acuerdo, se procederá a aplicar la siguiente regla.
 - o Si la participación del mercado es inferior al 25% se mantendrá el nivel inicial de la sanción.
 - o Si la participación del mercado resulta ser mayor al 25% y menor o igual al 50%, se agregará al nivel inicial de la sanción la quinta parte del mismo.
 - o Si la participación del mercado es mayor al 50% y menor o igual al 75%, se agregará al nivel inicial de la sanción la tercera parte del mismo.
 - o Si la participación del mercado resulta mayor al 75%, se agregará al nivel inicial de la sanción la mitad del mismo.

5.9.1.3. Frente a aquellos elementos agravantes y atenuantes de la sanción

Como ya fue mencionado por este Despacho al momento de analizar aquellos argumentos considerados como agravantes de la conducta sancionada, serán tenidos en cuenta la persistencia de la conducta por parte del infractor, los antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia y la actuación como líder, instigador o promotor de la conducta del investigado. Cada uno de estos tres elementos, denominados como agravantes de la conducta, serán utilizados por esta Superintendencia al momento de realizar el proceso de dosificación de la sanción para cada una de las empresas involucradas.

En cuanto a la persistencia de la conducta infractora, la norma prevé analizar si la conducta es tipificada como conducta continuada a lo largo del tiempo o, por el contrario, si ésta se circunscribe en una determinada fecha. De ocurrir el primer evento, será necesario considerar un factor que incremente la sanción que se prevea imponer.

En cuanto a la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de competencia, al incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia no aceptadas a cabalidad, este Despacho considera importante mencionar que serán tenidas en cuenta el número de estas faltas anteriores como historial que induce a generar un factor amplificador del monto calculado de la sanción.

Importa mencionar que en el tema de antecedentes mencionado, el Despacho considerará no solamente aquellas sanciones impuestas sino también aquellas investigaciones adelantadas en las que el infractor haya estado involucrado y se haya cerrado dicha actuación por parte de esta Entidad por aceptación de ofrecimientos de garantías.

Frente al hecho de que el infractor haya actuado como líder o instigador o en cualquier forma haya sido promotor de la conducta, nuevamente esta Superintendencia entrará a evaluar las motivaciones que llevaron al establecimiento del acuerdo y de ser afirmativa la respuesta amplificará la sanción a través del aumento de puntos porcentuales sobre la sanción calculada.

33141
RESOLUCIÓN NÚMERO _____ DE 2011 Hoja N°. 60

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Finalmente frente al único atenuante señalado como causal de reducción de la sanción, este Despacho considerará al grado de colaboración del infractor con las autoridades para el conocimiento de los hechos y los detalles de la conducta reprochable, y generará una reducción del porcentaje estipulado como determinante de la sanción.

5.9.1.4. Frente a la proporcionalidad de la sanción

En cualquier caso, es importante mencionar que en el proceso de dosificación que realiza este Despacho la suma a exigir a cada una de las partes sancionadas responde a las condiciones características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que acá se reprocha y en ningún caso esta Entidad busca con su decisión ni excluir al investigado del mercado ni fijar una cifra exigua con relación a su responsabilidad de afectación de la competencia.

5.9.2. Caso concreto

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a las empresas infractoras de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

En el caso concreto, para las personas jurídicas se ha establecido que PROCAÑA y AZUCARI trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al establecido un sistema de negociación conjunta del precio de la caña de azúcar destinada a la producción de etanol.

Luego de haber considerado cada uno de los criterios arriba mencionados, este Despacho encontró que las responsabilidades del acuerdo resultan de naturaleza distinta, si se analiza a PROCAÑA y a AZUCARI.

Por una parte, se reconoce que en el caso de la primera fue ésta asociación la que tomó la iniciativa de promover la estrategia de negociación conjunta de sus agremiados que acá se reprocha y que, por su parte, AZUCARI posteriormente la acogió. Así las cosas, para efectos de la dosificación de que trata el presente acápite de esta Resolución será efectuado un trato diferenciado a las dos asociaciones investigadas.

Basado en las anteriores consideraciones y a partir de la metodología arriba reseñada se concluye lo siguiente:

En presente caso se observa que la conducta reprochada no generó un impacto en el mercado por tanto en la tabla de Determinación del Nivel Inicial de la sanción es clasificado como bajo.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N° 61

"Por la cual se imponen unas sanciones"

A su vez, reconoce este Despacho que los beneficios potenciales a obtener por la participación en el acuerdo para las empresas participantes citadas resulta ser igualmente bajos, si se tiene en cuenta que, con la realización de la conducta reprochada se buscaba neutralizar los efectos anticompetitivos derivados del acuerdo de precios cuya existencia fue establecida por esta Superintendencia en las Resoluciones N° 6839 de 2010 y 42411 de 2.010.

Asimismo se debe reconocer que la participación de las investigadas en el número total de hectáreas destinadas a la producción de etanol es baja, especialmente la de AZUCARI (1.7%). La de PROCAÑA es superior pero de un potencial bastante limitado (19.8%). No solo por las bajas cifras que muestran las estadísticas sino también por cuanto sus adversarios disponen de una fuerza competitiva con capacidad para neutralizar los embates de los cañicultores.

En síntesis, este Despacho concluye que los valores iniciales de sanción a cada una de las asociaciones será del 1.1% de la multa máxima.

Ello de acuerdo con el siguiente análisis de los factores planteados en la metodología de dosimetría de las sanciones:

Incidencia en el mercado:

PROCAÑA: 1%
AZUCARI: 1%

Conducta multilateral:

PROCAÑA: $1\% * 1.1 = 1.1$
AZUCARI: $1\% * 1.1 = 1.1$

Por último, al realizar un análisis de aquellos factores agravantes o atenuantes referidos a las personas jurídicas, este Despacho solo encontró en el caso de PROCAÑA como elemento agravante el haber sido el líder o instigador de la conducta.

Este hecho conduce a modificar el indicador calculado de la dosimetría así:

PROCAÑA: $1.1\% * 1.1 = 1.21\%$
AZUCARI: 1.1%

Frente a las diferencias en el nivel de patrimonio entre PROCAÑA y AZUCARI esta Superintendencia considera necesario realizar un último ajuste al valor de la multa a imponer, teniendo en cuenta que PROCAÑA cuenta con un patrimonio de 703 SMMLV de 2008 y que AZUCARI a cuenta con un patrimonio a 2009 de 34 SMMLV.

Así entonces al aplicar el factor de dosimetría de las sanciones calculado para las empresas investigadas se tiene que las multas a aplicar serían las siguientes:

PROCAÑA: $2000 \text{ SMMLV} * 1.21 \text{ SMMLV} * \$535.600 = \$12.961.520.00$
AZUCARÍ: $2000 \text{ SMMLV} * 1.1 \text{ SMMLV} * \$535.600 = \$ 11.783.200.00$

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 62

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Considerando que el 49% del patrimonio de PROCAÑA equivale a 703 SMMLV¹¹¹ se determina que no presenta limitación de carácter patrimonial. Por parte de AZUCARI su patrimonio de 2009 equivale a 17 SMMLV que a pesos de 2011 corresponden a \$9.023.957 y por tanto, la multa máxima a aplicar a esta empresa se ajustará teniendo en cuenta que adicionalmente su participación en el mercado es de tan solo 1.86%.

Por todo lo anterior, este Despacho determina que PROCAÑA será multada con VEINTICUATRO PUNTO DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (24.2 SMMLV lo que equivale a DOCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS MCT (\$12.961.520)). En el caso de AZUCARI la multa a imponer será de SIETE PUNTO CUARENTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (7.4 SMMLV.) lo que equivale a TRES MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.963.440).

5.9.3. Representantes legales

En cuanto a los representantes legales de cada una de las personas jurídicas, responsables de haber autorizado, ejecutado o tolerado el acuerdo anticompetitivo merecedor de reproche, para este Despacho no puede desconocerse que no tienen ante esta Entidad antecedentes frente a la realización de conductas anticompetitivas que puedan considerarse como agravantes de la que actualmente se sanciona. Además, la conducta procesal ejercida por cada uno de ellos respetó las actuaciones realizadas durante la actuación administrativa y se mostró un interés en la búsqueda de soluciones de la problemática emanada del contrato suscrito a través de los diversos acercamientos para lograr un cierre anticipado de la investigación a través de la figura de garantías.

Por lo anterior, este Despacho considera que las sanciones a imponer deben ser proporcionales a las sanciones de las empresas, teniendo en consideración la siguiente tabla:

PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN EN RELACIÓN CON EL PATRIMONIO DE LAS EMPRESAS

| | I | II | I / II % |
|---------|---------------------|-------------------------------|-------------|
| | SANCIÓN EN SMMLV | SANCIÓN MÁXIMA EN SMMLV | |
| PROCAÑA | 24,20 | 2.000 | 1,21% |
| AZUCARI | 7,40 | 2.000 | 0,37% |

Con base en la información de la tabla, la sanción para las personas naturales investigadas es la siguiente:

¹¹¹ Cálculo de la SIC para 2008 con base en información de <http://www.procana.org/revistas/86/2.pdf>. Consulta realizada el 15 de junio de 2.011.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 63

"Por la cual se imponen unas sanciones"

| | EMPRESA INVESTIGADA RELACIONADA | SANCIÓN MÁXIMA EN SMMLV | FACTOR DE PROPORCIONALI DAD DE LA SANCIÓN DE LA EMPRESA RELACIONADA | SANCIÓN EN SMMLV | SMMLV A 2011 | SANCIÓN EN \$ |
|----------------------------|---------------------------------------|-------------------------------|--|---------------------|-----------------|---------------|
| MARTHA CECILIA BETANCOURT | PROCAÑA | 300 | 1,21% | 3,63 | \$ 535.600 | \$ 1.944.228 |
| GUIDO MAURICIO LÓPEZ OCHOA | PROCAÑA | 300 | 1,21% | 3,63 | \$ 535.600 | \$ 1.944.228 |
| JOSÉ VICENTE IRURITA | PROCAÑA | 300 | 1,21% | 3,63 | \$ 535.600 | \$ 1.944.228 |
| GERMÁN DURÁN CARVAJAL | AZUCARI | 300 | 0,37% | 1,11 | \$ 535.600 | \$ 594.516 |
| AMPARO CADENA DUQUE | AZUCARI | 300 | 0,37% | 1,11 | \$ 535.600 | \$ 594.516 |

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES DE CAÑA DE AZÚCAR - PROCAÑA y la ASOCIACIÓN COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISARALDA - AZUCARI, contravinieron lo dispuesto en el artículo 1 de Ley 155 de 1959 y en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer unas sanciones pecuniarias a la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES DE CAÑA DE AZÚCAR - PROCAÑA, identificada con el NIT 890307829-7 por la suma de VEINTICUATRO PUNTO DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (24.2 SMMLV), lo que equivale a DOCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS VEINTE PESOS MCT (\$12.961.520) y a la ASOCIACIÓN COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISARALDA - AZUCARI, identificada con el NIT 800231218-1, por la suma de SIETE PUNTO CUATRO salarios mínimos mensuales legales vigentes (7.4) SMMLV lo que equivale a TRES MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.963.440).

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio - Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 64

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que MARTHA CECILIA BETANCOURT, identificada con la cédula de ciudadanía No. 29.356.449, quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de PROCAÑA, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a MARTHA CECILIA BETANCOURT, en su calidad de representante legal de PROCAÑA para la época de los hechos, por la suma de TRES PUNTO SESENTA Y TRES salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.63 SMMLV), esto es UN MILLÓN NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$ 1.944.228).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: Declarar que GUIDO MAURICIO LÓPEZ OCHOA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.269.692, quien se desempeñaba para la época de los hechos como Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a GUIDO MAURICIO LÓPEZ OCHOA, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA para la época de los hechos, por la suma de TRES PUNTO SESENTA Y TRES salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.63 SMMLV), esto es UN MILLÓN NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS. (\$1.944.228).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 65

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ARTÍCULO SÉPTIMO: Declarar que JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA, identificado con cédula de ciudadanía No 16.610.910 quien se desempeñaba para la época de los hechos como miembro de la Junta Directiva de PROCAÑA, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO OCTAVO: Imponer una sanción pecuniaria a JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de PROCAÑA, para la época de los hechos, TRES PUNTO SESENTA Y TRES salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.63 SMMLV), esto es UN MILLÓN NOVECIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTIOCHO PESOS. (\$ 1.944.228).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO NOVENO: Declarar que GERMAN DURÁN CARVAJAL, identificado con cédula de ciudadanía No. C.C. 8.304.399, Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO: Imponer una sanción pecuniaria a GERMAN DURÁN CARVAJAL, en su calidad de Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI, por la suma de UNO PUNTO ONCE salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.11SMMLV), esto es QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$594.516).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 33141 DE 2011 Hoja N°. 66

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ARTÍCULO UNDÉCIMO: Declarar que AMPARO CADENA DUQUE identificada con Cédula de ciudadanía No. 29.393.570, representante legal de AZUCARI ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DUODÉCIMO: Imponer una sanción pecuniaria a AMPARO CADENA DUQUE, en su calidad de representante legal de AZUCARI, por la suma de UNO PUNTO ONCE salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.11SMMLV), esto es QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS (\$594.516).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: Las asociaciones y personas naturales sancionadas deberán poner término a la infracción en forma inmediata si aún no lo han hecho y abstenerse de desarrollar conductas tendientes a limitar la libre competencia.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: Ordenar a las empresas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que una vez ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES DE CAÑA DE AZÚCAR - PROCAÑA y la ASOCIACIÓN COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISARALDA – AZUCARI, informan que:

Mediante Resolución **331412** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES DE CAÑA DE AZÚCAR - PROCAÑA y la ASOCIACIÓN COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISARALDA – AZUCARI, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de Ley 155 de 1959 y en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores JORGE PINZÓN, Apoderado especial de la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES DE CAÑA DE AZÚCAR - PROCAÑA y de los señores Guido Mauricio López Ochoa, Martha Cecilia Betancourt M. y José Vicente Irurita Rivera y a Bernardo Jácome Lleras Apoderado especial de la ASOCIACIÓN COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISARALDA - AZUCARI y de los señores Germán Durán Carvajal y Amparo Cadena Duque, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 21 JUN 2011


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Carlos Vargas R.
Piedad Fuentes
Revisó: Carolina Salazar

NOTIFICACIONES:

Doctor JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
C.C.79.144.673
Apoderado Especial de
PROCAÑA
GUIDO MAURICIO LÓPEZ OCHOA,
MARTHA CECILIA BETANCOURT M. Y
JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA
Avenida Carrera 9 No. 113-52 Oficina 1701
Bogotá

Doctor
Bernardo Jácome Lleras
C.C.14.252.306
Apoderado Especial de
AZUCARI
GERMÁN DURÁN CARVAJAL y
AMPARO CADENA DUQUE
Carrera 17 A No. 116-81
Bogotá D.C.