



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **103652** DE 2015

(3 0 DIC 2015)

Radicación No. 10-57750

“Por medio de la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009, y el numeral 15 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011; y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015¹ (Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **ASOCIACIÓN DE CULTIVADORES DE CAÑA DE AZÚCAR DE COLOMBIA** (en adelante “**ASOCAÑA**”); **C.I. DE AZÚCARES Y MIELES S.A. CIAMSA** (en adelante “**CIAMSA**”); **DESARROLLOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES S.A. EN LIQUIDACIÓN** (en adelante “**DICSA**”); **INGENIO RIOPAILA CASTILLA S.A.** (en adelante “**INGENIO RIOPAILA CASTILLA**”); **INGENIO DEL CAUCA S.A.** (en adelante “**INGENIO INCAUCA**”); **MANUELITA S.A.** (en adelante “**INGENIO MANUELITA**”); **INGENIO PROVIDENCIA S.A.** (en adelante “**INGENIO PROVIDENCIA**”); **MAYAGÜEZ S.A.** (en adelante “**INGENIO MAYAGÜEZ**”); **INGENIO LA CABAÑA S.A.** (en adelante “**INGENIO LA CABAÑA**”); **INGENIO PICHICHÍ S.A.** (en adelante “**INGENIO PICHICHÍ**”); **INGENIO RISARALDA S.A.** (en adelante “**INGENIO RISARALDA**”); **CARLOS SARMIENTO L. & CÍA. INGENIO SANCARLOS S.A.** (en adelante “**INGENIO SANCARLOS**”); **INGENIO CARMELITA S.A.** (en adelante “**INGENIO CARMELITA**”); **CENTRAL TUMACO S.A. EN LIQUIDACIÓN** (en adelante “**INGENIO CENTRAL TUMACO**”); e **INGENIO MARÍA LUISA S.A.** (en adelante “**INGENIO MARÍA LUISA**”), por haber infringido lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización).

Así mismo, se impusieron multas a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**); **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**); **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**); **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**); **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**); **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**); **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**); **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**); **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**); **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta anticompetitiva sancionada establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización).

En la misma Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015 (Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio decidió archivar la actuación administrativa en favor de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), **WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA** (Presidente de **INGENIO MARÍA LUISA**), **ALFONSO OCAMPO GAVIRIA** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y **DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), por considerar que no

¹ En la presente Resolución se hará referencia a la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015 como la “Resolución No. 80847 de 2015” o la “Resolución Sancionatoria”.

actuaron en contra de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la conducta sancionada y señalada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización).

Por su parte, también mediante la Resolución No. 80847 de 2015 (Resolución Sancionatoria) se ordenó archivar la actuación administrativa en favor de las personas jurídicas y naturales investigadas en relación con la conducta señalada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro).

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución No. 80847 de 2015 (Resolución Sancionatoria), respecto de la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización), la Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente probado dentro del trámite administrativo que los investigados concibieron y ejecutaron deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, coordinada y continuada que tenía por objeto bloquear importaciones de azúcar a Colombia, ello es, *"que los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden"*, de acuerdo con la imputación fáctica a que se refiere la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos² proferida en la presente investigación administrativa sancionatoria.

Al respecto, el Despacho concluyó en la Resolución No. 80847 de 2015 (Resolución Sancionatoria) en relación con la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) *"que los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden"*, para lo cual se indicó que:

"(...)

- Los ingenios investigados históricamente han actuado coordinadamente y se han comportado en el mercado, en algunos casos, como un bloque, eliminando la competencia que debería existir en un sector en el que participan varios jugadores con facultades para competir vigorosamente.
- En virtud de su conducta coordinada, los investigados han desarrollado múltiples escenarios de concertación traducidos en organismos comunes, que a todas luces exceden sus derechos de asociación y libre empresa, y que les permiten generar espacios para diseñar, discutir y poner en marcha estrategias y proyectos estrechamente relacionados con su desempeño competitivo.
- Se identificó que históricamente ha existido una preocupación constante por parte de los investigados, en relación con el azúcar proveniente de países con capacidad para exportar dicho producto hacia Colombia, lo cual ven como una amenaza. Dicha preocupación ha sido manifestada históricamente por los investigados, lo cual fue evidenciado en amplio material probatorio obrante en el expediente.
- Para contrarrestar la amenaza que suponía para sus intereses la entrada al país de azúcar proveniente del exterior, los investigados concibieron y ejecutaron deliberadamente una estrategia anticompetitiva, ilegal, concertada, coordinada y continuada encaminada a bloquear importaciones de azúcar a Colombia en general, para evitar que aumentara la oferta y disminuyera el precio interno que pagan los consumidores y la industria.

² En el presente acto administrativo se utilizará la expresión "Resolución de Apertura de Investigación" o "Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos" para hacer referencia a (i) la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, (ii) adicionada por la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013 y (iii) modificada y aclarada por la Resolución No. 50925 del 27 de agosto de 2013².

- Adicionalmente, se evidenció el interés de los investigados por asegurar y mantener el control sobre los excedentes de azúcar de los principales ingenios de la región para que no pudieran ser exportados a Colombia. Para este propósito, los investigados concibieron varias estrategias, incluso, la creación de empresas para adquirir excedentes regionales y evitar que estos llegasen a Colombia.
- Un primer caso encontrado por esta Superintendencia que evidencia el desarrollo de la estrategia para obstruir importaciones por parte de los investigados, fueron las negociaciones con los ingenios bolivianos con el propósito exclusivo de controlar sus excedentes y procurar que estos no exportaran "ni un grano de azúcar a Colombia", y así evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos accedieran al producto a través de importaciones.
- Otro ejemplo de la materialización de la estrategia de los investigados dirigida a bloquear la entrada al país de azúcar proveniente de otros países, consistió en la obstrucción a través de **ASOCAÑA** y **CIAMSA** a industriales colombianos que requieren azúcar como insumo, para que la importen directamente de ingenios extranjeros. Esta conducta fue ejecutada en varios escenarios y para países como Costa Rica, Ecuador, Guatemala y El Salvador en los que se demostró que la posición de los investigados era impedir o al menos obstaculizar la compra directa de azúcar a ingenios extranjeros por parte de industriales y comerciantes colombianos, a través de convenios con ingenios extranjeros o sus agremiaciones para que las ventas directas a industriales requirieran la tramitación de diferentes autorizaciones y permisos especiales impuestos por ellos mismos.
- Un ejemplo fue la obstrucción al proceso de negociación para la importación de azúcar adelantado entre **GRUPO NUTRESA (NACIONAL DE CHOCOLATES)** y un ingenio costarricense en el 2011, la cual sujetaron a la condición de que se contara con una autorización que debía otorgar **ASOCAÑA** en virtud de un convenio celebrado con la agremiación de la industria azucarera costarricense **LAICA**. Este tipo de barreras a la transacción no están contempladas en normatividad alguna y se configuran en una clara obstrucción.
- Otra evidencia de que las importaciones de azúcar a Colombia proyectadas por industriales colombianos debían superar el obstáculo de ser previamente consultadas y autorizadas con **ASOCAÑA** y **CIAMSA**, se encontró en una transacción entre un industrial colombiano **DISNAL S.A.** con la **ASOCIACIÓN DE AZUCAREROS DE GUATEMALA - ASAZGUA**. En este caso, la agremiación de Guatemala consulta a **CIAMSA** sobre la solicitud de azúcar del industrial colombiano.
- En otro caso expuesto, la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** se abstiene de dar respuesta a una empresa que le solicitó azúcar desde Colombia, hasta tanto su petición no se pusiera en conocimiento de **CIAMSA**. En otro caso, la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** consulta a **CIAMSA** sobre una solicitud de azúcar que le hiciera una empresa colombiana, y **CIAMSA** a su vez lo consulta con varios de los ingenios investigados y **ASOCAÑA**.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones pecuniarias a las 15 personas jurídicas investigadas por infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) y a 14 de las 18 personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 80847 de 2015 (Resolución Sancionatoria) fueron las siguientes:

Tabla
Sanciones - Personas Jurídicas

PERSONAS JURÍDICAS	MULTA
ASOCAÑA	\$ 30.445.537.500
CIAMSA	\$ 36.470.210.000
DICSA	\$ 900.156.950
INGENIO RIOPAILA CASTILLA	\$ 40.157.825.050

INGENIO INCAUCA	\$ 49.059.520.300
INGENIO MANUELITA	\$ 32.854.762.150
INGENIO PROVIDENCIA	\$ 35.399.300.300
INGENIO MAYAGÜEZ	\$ 28.732.855.200
INGENIO LA CABAÑA	\$ 18.419.389.100
INGENIO PICHICHÍ	\$ 13.399.902.600
INGENIO RISARALDA	\$ 16.687.376.300
INGENIO SANCARLOS	\$ 5.361.636.350
INGENIO CARMELITA	\$ 7.492.501.800
INGENIO CENTRAL TUMACO	\$ 1.794.514.750
INGENIO MARÍA LUISA	\$ 2.223.651.850

**Tabla
Sanciones - Personas Naturales**

PERSONA NATURAL	MULTA
LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO	\$ 61.857.600
CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ	\$ 91.497.700
HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ	\$ 120.493.450
JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ	\$ 275.781.800
ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ	\$ 409.162.250
RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ	\$ 60.568.900
GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL	\$ 875.027.300
MAURICIO IRAGORRI RIZO	\$ 492.927.750
JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO	\$ 51.548.000
ANDRÉS REBOLLEDO COBO	\$ 98.585.550
CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA	\$ 998.098.150
CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ	\$ 210.058.100
JAIME VARGAS LÓPEZ	\$ 206.836.350
SANTIAGO SALCEDO BORRERO	\$ 1.089.595.850

Por su parte, mediante la citada Resolución No. 80847 de 2015 se resolvió archivar la actuación administrativa adelantada contra las personas jurídicas y naturales investigadas en relación con la presunta infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y al numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro), con fundamento en las siguientes conclusiones:

"(...)

- La Ley 101 de 1993 y su Decreto Reglamentario 569 de 2000, establecen los objetivos del FEPA, a saber: procurar un ingreso remunerativo, regular la producción nacional e incrementar exportaciones. Para la consecución de estos fines, estas dos normativas coinciden en establecer lineamientos que consisten básicamente en la causación de cesiones y compensaciones como consecuencia de la intersección entre un precio de referencia y un precio internacional base de cotización. En ningún momento estas dos normativas (Ley 101 de 1993 y Decreto 569 de 2000) prevén la aplicación de un mecanismo para asignar cuotas de producción o suministro en el mercado.

- El FEPA, tal y como fue diseñado e instrumentado por su Comité Directivo, se erige como una herramienta para estabilizar el precio del azúcar en Colombia a través de una conducta que (i) está expresamente prohibida en el artículo 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, un acuerdo para la asignación o reparto de cuotas de producción o suministro; (ii) que rebasa lo permitido por la Ley y por el Decreto; y (iii) fomenta el intercambio de información sensible entre los ingenios.

- A pesar de tratarse de un acuerdo que afecta los objetivos de la libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio está limitada para ejercer sus facultades de protección de la competencia e imponer sanciones respecto de este cargo, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009.

- No obstante lo anterior, la desnaturalización probada del FEPA respecto de lo autorizado por la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000 impone a esta Superintendencia de

Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control de la libre competencia económica, ordenar al Comité Directivo del FEPA que en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, revise las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del FEPA, con el fin de asegurar que no tenga por objeto o efecto, la asignación de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto anticompetitivo no amparado en los términos de la intervención (Ley 101 de 1993 y Decreto 569 de 2000)."

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control en relación con la protección del régimen de libre competencia económica, lo siguiente:

"ARTÍCULO SEXTO. ORDENAR al Comité Directivo del **FEPA**³ que en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente resolución, revise las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del **FEPA**, con el fin de asegurar que no tenga por objeto o efecto, la asignación de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto anticompetitivo no amparado en los términos de la intervención (Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000).

En consecuencia, **REMITIR** copia de la presente Resolución al **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**, al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y al **COMITÉ DIRECTIVO DEL FEPA**, para lo de su competencia."

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 80847 de 2015 (Resolución Sancionatoria) y dentro del término legal, las personas jurídicas y naturales investigadas y sancionadas interpusieron los respectivos recursos de reposición, solicitando su revocación total, y en subsidio su modificación.

En los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria, varios de los investigados coincidieron en el planteamiento de una serie de argumentos, los cuales serán presentados inicialmente en grupos como argumentos comunes. Posteriormente, se resumirán los argumentos particulares de cada uno de los investigados con el fin de poder preservar y mantener un orden metodológico similar al empleado en la Resolución No. 80847 de 2015, objeto de la impugnación que aquí se desata, de manera que el acto administrativo aborde los temas objeto de impugnación de un manera lógica, organizada y coherente.

2.1. Argumentos comunes planteados en los recursos de reposición presentados por los investigados

2.1.1. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la obstrucción de importaciones desde Bolivia

- En el proceso se encuentra acreditado que jamás se obstruyeron las importaciones de Bolivia, como se desprende de las cifras del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (en adelante **DANE**) y el resto de pruebas que obran en el expediente, que permiten concluir que los empresarios colombianos y mayoristas acudían con total libertad a los ingenios bolivianos para comprarles azúcar para importarla a Colombia, lo cual se demuestra con los propios correos que esgrime la Superintendencia y en los que se lee que los ingenios bolivianos tienen compromisos de azúcar con mayoristas colombianos.
- La conducta de obstrucción de las importaciones no puede sancionarse por objeto o efecto. En cuanto a lo primero, se requiere demostrar que la conducta es idónea y apta para producir el efecto que supuestamente generaría, al tiempo que afirman que para importarse azúcar proveniente de Bolivia mediante la compra de los excedentes se requiere la voluntad de los productores bolivianos, de lo cual no existe prueba en el expediente sobre la aceptación de las propuestas hechas en ese sentido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**). Así las cosas, no se produjo un efecto derivado del comportamiento sancionado, ya que nunca se celebró un acuerdo, al paso que la reducción de las exportaciones de azúcar desde Bolivia se produjo por orden expresa del gobierno de dicho país.

³ Fondo de Estabilización de Precios para los Azúcares Centrifugados, las Melazas Derivadas de la Extracción o del Refinado de Azúcar y los Jarabes de Azúcar (**FEPA**).

- El supuesto acuerdo para comprar los excedentes de azúcar de Bolivia jamás se concretó, como se demuestra mediante el Acta No. 745 del 26 de mayo de 2009 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, tal como lo aceptó la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos al señalar que "Las negociaciones entre **CIAMSA** y los ingenios bolivianos no llegaron a buen término, por cuanto el 2009 fue el de mayor ingreso de azúcar boliviano a Colombia". Sobre este punto, si bien es cierto que basta con que el acuerdo tenga por objeto restringir la competencia, la conducta también debe tener la potencialidad de producir efectos en el mercado, lo cual no se dio en el presente caso.
- Contrario a lo afirmado por la Superintendencia, los debates en el **FEPA** y los comentarios de los miembros de su Comité Directivo en relación con la preocupación por el aumento de las importaciones de azúcar de Bolivia, no denotan un interés del sector azucarero colombiano de obstruir las importaciones de azúcar al territorio nacional o por controlar los excedentes de dicho país, sino que obedece a la preocupación natural del instrumento de intervención en la economía que diseñó el Estado para salvaguardar la estabilidad del sector azucarero colombiano.
- La Superintendencia de Industria y Comercio habría tenido en consideración un "borrador" del Acta No. 736 del 8 de septiembre de 2008 de la Junta Directiva de **CIAMSA** y no el texto aprobado de la misma. Se indica que la estrategia de importación de azúcar de Bolivia se realizó a través de **CIAMSA**, en razón a que para el año 2008 el sector azucarero colombiano se vio enfrentado a un paro de corteros de caña que produjo la paralización de la gran mayoría de los ingenios.
- Sobre el correo del 23 de septiembre de 2008 de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), no puede concluirse como un "dogma" que todos los ingenios actúan en bloque. El mensaje hace referencia a una particular situación ocurrida en el 2008, correspondiente al paro de corteros, que perjudicó a toda la industria azucarera colombiana y la obligó a conseguir el azúcar en otras latitudes para efectos de abastecer el mercado interno, lo cual se realizó a través de **CIAMSA**.
- La afirmación contenida en el correo del 10 de marzo de 2009 de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), no puede tenerse como una verdad, toda vez que de conformidad con los estatutos sociales de los ingenios, **DICSA** no es su representante. No existe ninguna prueba en el expediente donde los ingenios le otorguen poder a **DICSA** o la autoricen a ser la representante de todos los ingenios azucareros, por lo cual no puede concluirse dicha situación.
- Sobre el correo del 26 de octubre (léase agosto) de 2008 enviado por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), es evidente que fueron los ingenios bolivianos quienes sugirieron que existiera una relación a largo plazo para efectos de compra de azúcar no solo para la coyuntura, que coincide con el paro de corteros.
- Sobre el correo del 2 de septiembre de 2008, la Superintendencia asume que como una persona preguntó a **CIAMSA** y a **DICSA** sobre las negociaciones con los bolivianos, todos los investigados conocían los pormenores de las mismas, lo que constituye una afrenta al *in dubio pro investigado*.
- Las tres (3) alternativas que contempla el **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) en el correo del 19 de abril de 2009 son de su autoría; no existe prueba alguna que lo que a él se le ocurrió haya sido aprobado o autorizado por los ingenios investigados.
- El documento denominado "COMPRAVENTA DE AZÚCAR PLURAL Mayo 12-09" enviado por **DICSA** a **CIAMSA** jamás fue aprobado por la Junta Directiva de **CIAMSA**.
- En el proceso se logró acreditar que las importaciones de azúcar boliviano fueron voluminosas, especialmente en el año 2009. En el año 2011 no hubo importaciones provenientes de Bolivia porque dicho país prohibió las exportaciones de azúcar mediante el Decreto Supremo No. 671 de octubre de 2010 del Estado Plurinacional de Bolivia.
- En la Resolución No. 80847 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio ignoró, sin ofrecer explicación alguna, el Decreto Supremo 671 de 2010 del Estado Plurinacional de Bolivia, el cual explica la ausencia de importaciones bolivianas de azúcar en el 2011.
- Se omitieron pruebas practicadas dentro de la actuación administrativa (testimonios practicados a representantes y funcionarios de varias industrias) que demuestran la existencia de distintos tipos

de azúcar y que el azúcar proveniente de Bolivia no pertenece al mercado del azúcar utilizado por muchos industriales en el país.

2.1.2. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la obstrucción de importaciones desde Costa Rica

- La verificación de permisos o certificaciones para importar un producto es sencillo y no tarda mucho tiempo. El procedimiento para verificar los requisitos de importación se puede realizar ante la **DIAN** mediante el ejercicio de derechos de petición o incluso mediante una consulta telefónica a dicha Entidad. El único requisito para la importación de azúcar es un permiso expedido por el **INVIMA** teniendo en consideración que dicho bien no está sujeto a control para su importación, razón por la cual es imposible obstruir importaciones de azúcar a Colombia.
- La cantidad de azúcar que supuestamente se obstaculizó representa tan solo el 0,00016% de la producida e importada a Colombia en el año de la conducta. Al respecto, resulta contradictorio que la Superintendencia de Industria y Comercio considere que variaciones de participación de los ingenios en el mercado del 1% no son relevantes ni significativas, pero que conductas que generarían efectos de mucho menos como esta sí resultan significativas.
- Dentro de la investigación quedó plenamente probado que no hubo interferencia alguna de **ASOCAÑA** en la importación del azúcar de Costa Rica. Así lo demuestra de manera contundente el testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo y de Comercialización de **LIGA AGRÍCOLA INDUSTRIAL DE LA CAÑA DE AZÚCAR (LAICA)**⁴ y la certificación expedida por dicha agremiación. Sorprende que la Superintendencia haya dado mayor credibilidad a los testimonios de los denunciantes, quienes participaron activamente en la investigación como terceros interesados en el resultado de la actuación administrativa.
- El testigo **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** no fue "tachado de falso" dentro de la diligencia, ni siquiera por el apoderado de los terceros interesados, quien viajó a Costa Rica a participar en la diligencia. Lo único que explica el ejercicio de la sana crítica en contra de los investigados, es que la Superintendencia es consciente de que los hechos de Costa Rica, acomodados a la conveniencia de la Superintendencia, impiden que la caducidad opere, como de hecho ya operó.
- Dado que no fue posible conainterrogar⁵ a **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO**, el medio probatorio adecuado para acreditar que los ingenios investigados no habían contribuido a limitar las importaciones de Costa Rica, era procurando el testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo de **LAICA**, la que se obtuvo gracias a una tutela interpuesta por los ingenios y en contra de la voluntad de la Superintendencia.
- Por el contrario, la Superintendencia dio mayor valor a los testimonios de **SOL BEATRIZ ARANGO**, Representante Legal de **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.** (en adelante "NACIONAL DE CHOCOLATES") para la época de los hechos, quien tenía un interés en el resultado de la actuación administrativa, además de haber reconocido expresamente que no le constaba la existencia del supuesto acuerdo, y **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**), cuya declaración no pudo ser controvertida por los investigados al no asistir a posteriores citaciones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Se probó que el azúcar "fair trade" no compite con los tipos de azúcar producidos en Colombia. Además ningún ingenio colombiano produce esa especie de azúcar y ninguno cumpliría los requisitos establecidos por la organización para ser considerado pequeño productor, por lo que la importación de este tipo de azúcar no afectaba los precios del azúcar que se compra y vende en Colombia.
- El acuerdo para obstruir la importación de Costa Rica no tiene la característica de racionalidad de los carteles, por lo que su existencia es absolutamente cuestionable, porque es imposible inhibir la competencia en un mercado en el que no actúa la industria nacional investigada. El hecho de obstruir la importación de azúcar "fair trade" de Costa Rica no genera ninguna maximización de utilidades a los ingenios, ni mucho menos a niveles supracompetitivos, por la potísima razón que los ingenios nacionales no producen ese tipo de azúcar.

⁴ Liga Agrícola Industrial de la Caña de Azúcar (**LAICA**).

⁵ Escrito de reposición presentado por **INGENIO MARIA LUISA**.

- La importación de azúcar "fair trade" fue realizada por **NACIONAL DE CHOCOLATES** sin ningún impedimento que imposibilitara su llegada al país, lo cual, en adición a que el azúcar sobre el cual recayó la supuesta obstrucción es un azúcar que no se produce en Colombia, hacen indiscutible la inexistencia del acuerdo obstructivo.
- Se omitió valorar la certificación expedida por Fairtrade International y el testimonio de **CARLA VELDHUYZEN**, Representante Legal de dicha organización, que acredita que el tipo de azúcar "fair trade" no se produce ni comercializa en Colombia.

2.1.3. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la obstrucción de importaciones desde Guatemala, El Salvador y Ecuador

- Solamente hasta la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio hace referencia a una supuesta obstrucción de importaciones de azúcar desde Guatemala, El Salvador y Ecuador, lo constituye una violación del debido proceso.
- En la Resolución No. 80847 de 2015 se condena también por haber puesto barreras a la importación de azúcar proveniente de Guatemala, El Salvador y Ecuador, con fundamento en pruebas que fueron recaudadas en la averiguación preliminar y por las que la propia Superintendencia decidió no imputar cargos, pues únicamente imputó cargos por dos (2) eventos concretos: obstrucción de importaciones de azúcar proveniente de Bolivia y obstrucción de importaciones de azúcar proveniente de Costa Rica.
- Como lo señala el Informe de Agencia Especial de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** del 20 de octubre de 2015⁶ (Informe de Agencia Especial de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**), los cargos relacionados con la obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de Guatemala, El Salvador y Ecuador no fueron enunciados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos por lo que se violó el debido proceso.
- Resulta inadmisibile y cuestionable que la Superintendencia de Industria y Comercio recurra a generalizaciones y nuevos ejemplos (Guatemala, El Salvador y Ecuador) correspondientes a periodos diferentes de los señalados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos para fundamentar decisiones sancionatorias que afectan gravemente al sector azucarero colombiano.
- La Superintendencia fundamenta la obstrucción a las importaciones en el testimonio de **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO**, quien trabajó para **COCA-COLA FEMSA S.A.** (en adelante "**COCA COLA FEMSA**"), el cual es de oídas y depende del conocimiento real de **ÁNGELA MARÍA HERNÁNDEZ MAYA** (Gerente de Abastecimiento Industrial de **COCA COLA FEMSA**), quien en su testimonio ante la Entidad nunca mencionó nada de esto.
- El correo original enviado por el funcionario de **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE LECHE S.A. DISNAL** a la funcionaria de la **ASOCIACIÓN DE AZUCAREROS DE GUATEMALA (ASAZGUA)**⁷ fue transcrito selectivamente en la Resolución Sancionatoria, mutilando parte de su contenido para darle sustento a la acusación⁸. La solicitud que la Superintendencia de Industria y Comercio interpreta como un permiso para importar es únicamente una petición de información. Como **ASAZGUA** no poseía información suficiente para contestar la solicitud, acudió a **CIAMSA** con el fin exclusivo de informarse.
- El testimonio de **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**) no fue mencionado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, como tampoco lo fue el hecho de que la supuesta obstrucción de importaciones de Guatemala, El Salvador y Ecuador sustentaban el cargo de la presunta violación del numeral 10

⁶ Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 – 2654 el 21 de octubre de 2015.

⁷ Asociación de Azucareros de Guatemala (**ASAZGUA**).

⁸ En este acto administrativo ese correo no solo se transcribe en su totalidad sino que también se transcriben los correos electrónicos remitidos por **INGENIO RISARALALDA** a **DISNAL**.

del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización).

- La obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de Guatemala se sustentó en el testimonio rendido por **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**), el cual fue recibido en la etapa de Averiguación Preliminar sin la presencia de los investigados y sin que lograra ser ratificado por no haber comparecido a las citaciones pese a los poderes de coacción de la Entidad. La Delegatura limitó y desistió de la práctica del testimonio, por lo que el testigo nunca pudo ser interrogado, pese a lo cual la Resolución Sancionatoria se sirve de dicha declaración.
- Respecto del caso de El Salvador, la Superintendencia desconoce las funciones consultivas que tiene **CIAMSA**, pues si un comerciante desea importar azúcar de El Salvador y desea saber el precio CIF de los tres (3) puertos colombianos, es evidente que organismos colombianos como **CIAMSA** poseen mayor información que la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** para responder la inquietud.
- Respecto de la obstrucción desde Ecuador, resulta absurdo que la Superintendencia cite como antecedente un documento de 1994, que además de ser un hecho sobre el que cualquier facultad se encuentra caducada, es tan lejano que difícilmente se puede decir que haya una continuidad en la supuesta conducta.
- La Superintendencia se apoya en actas y documentos encontrados en visitas administrativas de inspección realizadas a **INGENIO MANUELITA**, documentos que no fueron puestos de presente en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, y frente a los cuales la misma Superintendencia reconoce su carácter hipotético al decir que en el convenio con Ecuador se incluiría una cláusula para que los ingenios ecuatorianos no exportaran azúcar hacia Colombia. La falta de certeza de dichos documentos, reconocida por la misma Superintendencia de Industria y Comercio, reduce su valor probatorio y no tiene fuerza para demostrar una conducta anticompetitiva.
- El reproche sobre la obstrucción de importaciones desde Ecuador señalado en la Resolución Sancionatoria, contrario a lo señalado por la Superintendencia de Industria y Comercio, correspondió solamente a una colaboración frente al problema del contrabando de azúcar existente en los dos países.

2.1.4. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria

- En el presente caso no se cumplen los requisitos necesarios que ha establecido la jurisprudencia y la doctrina para que se considere que los hechos investigados constituyen una sola conducta continuada: (i) unidad de sujeto activo; (ii) unidad de acción; (iii) unidad o pluralidad de sujetos pasivos; (iv) uso de medios o procedimientos semejantes; y (v) aprovechamiento de ocasiones idénticas.
- Para demostrar la existencia de una conducta continuada se requiere demostrar: (i) un único comportamiento; (ii) perpetuado por un mismo sujeto; (iii) sobre un mismo bien jurídico protegido; (iv) sin solución de continuidad; y (v) por un periodo prolongado de tiempo. Estos elementos no se demuestran ya que las supuestas conductas objeto de investigación fueron eventos aislados, inconexos y separados por significativos periodos de tiempo (más de dos años).
- No puede aplicarse en el presente caso el término de caducidad de la facultad sancionatoria de cinco (5) años consagrado en la Ley 1340 de 2009, ya que las supuestas restricciones a las importaciones de azúcar de Bolivia y Costa Rica no constituyen una sola conducta continuada, toda vez que: (i) son dos hechos aislados entre los que no hay solución de continuidad; (ii) los supuestos infractores son sujetos diferentes (**CIAMSA** y **ASOCAÑA**); y (iii) se trata de dos (2) productos diferentes en cuanto a características, precios y usos.
- La Superintendencia habría perdido capacidad para expedir la resolución impugnada por caducidad de la facultad sancionatoria. En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se determinó como periodo investigado del 26 de diciembre de 2008 al 20 de mayo de 2011 sobre el cargo de acuerdo para impedir el ingreso de terceros al mercado, y en la Resolución Sancionatoria impugnada se indica que la última actuación respecto de esta acusación es de julio de 2011.

- La caducidad de la facultad sancionatoria se habría producido, ya que los hechos materia de investigación se habrían iniciado en vigencia del Código Contencioso Administrativo (en adelante, CCA) y tendrían un término de caducidad de tres (3) años. Adicionalmente, de surgir un conflicto de vigencia normativa en el tiempo, con base en el principio de favorabilidad debería preferirse la caducidad de tres (3) años prevista en el CCA y no la de cinco (5) establecida en la Ley 1340 de 2009.
- No existe prueba alguna que demuestre que entre el 26 de mayo de 2009, fecha en que supuestamente cesó la conducta relacionada con Bolivia y el 6 de mayo de 2011 -fecha del correo electrónico que supuestamente prueba la obstrucción de importaciones de azúcar de Costa Rica- hubiese existido un acuerdo para efectos de restringir u obstaculizar las importaciones.
- Aceptando que el episodio de Costa Rica constituyó un acuerdo para la obstrucción de las importaciones, es forzoso concluir que dicha conducta no es continuada con el episodio de Bolivia, pues el primero se habría agotado el 26 de mayo de 2009 y el segundo habría iniciado supuestamente el 6 de mayo de 2011, esto es, casi dos años después. La independencia de los dos episodios se refuerza si se tiene en cuenta que la Superintendencia no probó que, en el evento de existir un acuerdo para obstruir las importaciones de Bolivia, dicho acuerdo también hubiese tenido como efecto el supuesto bloqueo a la importación del azúcar costarricense.
- La Superintendencia de Industria y Comercio sustenta la existencia de la supuesta estrategia continuada en testimonios de personas que tuvieron un interés en el resultado de la investigación como terceros interesados, como los de **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO** (responsable del Área Legal y Asuntos Corporativos de **COCA-COLA FEMSA**), **SOL BEATRIZ ARANGO** (Representante Legal de **NACIONAL DE CHOCOLATES**) y **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**), a quienes además no les constaba directamente la existencia de las supuestas restricciones.
- Si la conducta relacionada con la compra de azúcar proveniente de Bolivia fuese anticompetitiva ya habría caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto la compra del mencionado azúcar se produjo y cesó en el año 2009. Así pues, a partir del 26 de mayo de 2009 no estaría probado en el expediente evidencia relacionada con conductas tendientes a controlar la adquisición de excedentes de azúcar o restringir importaciones de dicho producto a Colombia.

2.1.5. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la dosificación de la sanción

- La Resolución Sancionatoria no sustenta la sanción impuesta a los investigados en casi ninguno de los criterios del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.
- La sanción impuesta desconoció especialmente el criterio del impacto de la conducta sobre el mercado por cuanto los supuestos acuerdos de obstrucción: (i) nunca llegaron a concretarse; (ii) fueron completamente inocuos; (iii) no tuvieron ningún efecto en el mercado; (iv) no restringieron la oferta y; (v) no influenciaron los precios ni generaron beneficio alguno para los investigados.
- La Superintendencia no explicó el proceso concreto de dosimetría que habría llevado a las sanciones impuestas sino que se limita a señalar que representan un porcentaje del patrimonio y un porcentaje de los ingresos operacionales de la empresa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio aplicó criterios nuevos de graduación de sanción no contemplados en la norma (tamaño de las empresas, ingresos operacionales de los investigados, utilidades operacionales, idoneidad de la conducta para causar daño y la sensibilidad del producto involucrado), los cuales no son los ordenados en la ley.
- En el uso de estos criterios ilegales, la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en faltas a la igualdad y la proporcionalidad aplicándolos a los investigados de forma distinta (frente a unos la sanción se basó en el patrimonio, mientras que a otros en los ingresos, además de aplicarlos en distintas proporciones).
- Los ingresos operacionales de las empresas investigadas no son un criterio de graduación previsto en la Ley 1340 de 2009. Estos no reflejan necesariamente su estado económico y

financiero y comprenden ingresos de diversas índoles, no necesariamente involucrados con las conductas investigadas.

- La Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó en el cálculo de la sanción el salario mínimo vigente al que hace referencia la Ley 1340 de 2009. Como dicha norma omitió especificar si se refería a los salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de imponer la sanción o a los vigentes en el momento de la ocurrencia de la conducta, y según el principio de favorabilidad que rige los procesos sancionatorios, necesariamente se debe llegar a la conclusión de que la norma se refiere al salario mínimo legal mensual vigente al momento de la realización de la conducta y no de la imposición de la sanción.
- Tratándose de las personas naturales, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó como único criterio, su patrimonio, y a todos les aplicó el mismo porcentaje, salvo tres excepciones, a quienes les aplicó un porcentaje ligeramente mayor. De esta manera, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció los cinco (5) criterios que le impone la ley para la graduación de las multas a las personas naturales.
- Es grave e inexcusable el yerro en el que incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio al sustentar la aplicación del régimen sancionatorio de la Ley 1340 de 2009 en una sentencia del Consejo de Estado que únicamente se refiere al cómputo del plazo de caducidad de la facultad sancionatoria de esa Entidad. En dicha sentencia, el Consejo de Estado nunca hizo referencia a la aplicación de las sanciones contempladas en la Ley 1340 de 2009 en el caso de conductas que se hayan extendido hasta después del 24 de julio de 2009 (fecha en que entró a regir la Ley 1340 de 2009), como lo quiere hacer ver la Superintendencia.
- Con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en lo relativo al principio de favorabilidad, al aplicar las sanciones por la presunta comisión de las conductas investigadas, la Superintendencia de Industria y Comercio debió imponerlas de conformidad con los topes máximos estipulados en el Decreto 2153 de 1992 y no de acuerdo con los establecidos en la Ley 1340 de 2009, pues los topes fijados en el Decreto 2153 de 1992 son más favorable para los investigados.
- Los ingresos operacionales que deben tenerse en cuenta bajo la teoría legal de la Superintendencia para efectos de graduar la sanción, son solamente los ingresos operacionales derivados de la venta de azúcar industrial, pues aunque la Autoridad de Competencia no probó si en verdad ocurrió una obstrucción de importaciones ni cuánta azúcar se dejó de importar por la supuesta conducta ilegal de los investigados, lo que sí determinó fue que la misma estaba dirigida al mercado industrial, por lo que eventualmente dicha conducta hubiera propiciado un incremento en los ingresos operacionales de los ingenios por concepto de venta de azúcar al mercado industrial.
- El daño económico a los investigados es claro y evidente, y está agravado por el hecho de que la multa se apropia de bienes que por ningún motivo fueron producto de actividades catalogadas por la Autoridad de Competencia como ilícitas, tales como las rentas derivadas de las exportaciones, de la venta de etanol, de la comercialización de azúcar de consumo, etc. Es más, las multas impuestas tienen una repercusión negativa sin antecedente sobre el contexto socio económico del sur occidente de Colombia.
- Existen algunos ingenios que quedan gravemente perjudicados con la imposición de la multa, teniendo en cuenta además que se encontraban en un estado económico poco prominente, por lo que resulta inminente su desaparición del mercado. Pese a los esfuerzos para salir adelante por parte de los ingenios que se encuentran en malas condiciones económicas, la autoridad de competencia prefirió sacarlas del mercado de un solo golpe, lo que pone en tela de juicio los empleos de los ingenios tanto directos como aquellos indirectos o que perjudican a terceros proveedores de los ingenios, es decir, un sinnúmero de campesinos del país.
- Las multas impuestas a las empresas en el mundo son proporcionales a la economía del país donde residen, no puede por motivo alguno justificarse la imposición de la multa en el hecho de que otras autoridades de competencia han impuesto multas más altas.
- La supuesta limitación de las importaciones no es considerada por ninguna autoridad u organización mundial como un "hardcore cartel" y a pesar de ello, la Superintendencia de Industria y Comercio multó ilegalmente a los ingenios azucareros y sus representantes legales con un rigor que raya en la sevicia. Nada tiene que ver la multa con la disuasión, pues esta nunca puede llegar

al extremo de afectar la competencia en el mercado, afectando la integridad financiera de las empresas.

- La ICN⁹ dice que una reducción de la multa podría concederse únicamente sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de la multa completa sería irremediable para la viabilidad económica de la empresa afectada y podría provocar que sus activos pierdan todo su valor, así como tener graves consecuencias sobre el contexto social de la empresa. Por su parte, la Comisión Europea señala que a pesar de las altas multas que ha impuesto en los últimos años, estas raramente llegan a un nivel que perjudiquen la existencia de la compañía y requieran una disminución en la multa.
- En cuanto al factor de la dimensión del mercado, el Despacho ignora de un momento a otro la importancia que tiene la definición de mercado en el régimen colombiano y contradice a su misma Delegatura para la Protección de la Competencia, que dedicó una Resolución de Apertura de Investigación exclusivamente a tratar de justificar el mercado relevante afectado, desde el ámbito de producto y el geográfico.
- Aunque la Superintendencia tuvo en cuenta el patrimonio de las personas jurídicas para tasar las sanciones, lo hizo con base en el patrimonio del año 2014, que corresponde a un periodo distinto al del periodo investigado, haciendo más gravosa la situación de los investigados. De esta manera no solo se violó el principio de legalidad de la sanción, sino que el crecimiento que tuvieron los ingenios, dentro del marco de la ley, para el periodo 2012 a 2014 fue castigado por la Superintendencia, contrariando la Constitución Política.
- Frente a **ASOCAÑA**, por ejemplo, que a 31 de diciembre de 2014 tenía un patrimonio de (\$7.700.000.000), se le impuso una multa equivalente a (\$30.445.537.500), esto es casi cuatro (4) veces su patrimonio, lo que implica "la muerte" del gremio por disposición de la Autoridad de Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio nunca mencionó en la Resolución Sancionatoria qué porcentaje del patrimonio o ingresos operacionales de **ASOCAÑA** se vería afectado con la sanción, cuando sí lo hizo respecto del resto de investigados.
- Parece que la intención de la Superintendencia de Industria y Comercio al imponerle tan desbordada multa al gremio azucarero, es que los asociados de **ASOCAÑA** sean quienes entreguen los recursos para que se efectúe el pago de la sanción. Es importante que la Superintendencia tenga presente que nos encontramos en Colombia y no en Europa a cuya literatura tanto se acude, y que la graduación de las multas debe llevarse acorde con los parámetros de graduación del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, independientemente de si se trata de un agente de mercado o una asociación de agentes de mercado. El artículo en mención, no hace absolutamente ninguna distinción entre este tipo de personas jurídicas para efectos de sancionar y graduar la multa.
- El vicio advertido en relación con la ausencia de criterios para la graduación de la sanción en la Resolución Sancionatoria no puede ser corregido por la Superintendencia de Industria y Comercio al resolver el recurso de reposición, pues dicha irregularidad ya causó un grave e irreparable daño al derecho de defensa de los investigados.
- Respecto de la definición de bienes y servicios afectados por el supuesto cartel, la Superintendencia cita la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y afirma que el segundo cargo por el cual fueron investigados los ingenios es el de presuntamente "afectar la participación de los importadores que participan en el mercado de comercialización de azúcar, bien sean distribuidores mayoristas de este producto o industriales que lo utilizan como insumo productivo". Este criterio de la Superintendencia es lo suficientemente claro como para distinguir que el bien afectado por el supuesto cartel es el azúcar que se utiliza como insumo en la producción de otro bien industrial, de manera que es ilícito que la Superintendencia pretenda que la sanción recaiga sobre el total de los ingresos operacionales de los ingenios, como en efecto lo hizo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio nunca demostró la idoneidad de la conducta para causar el supuesto daño que afirma en la Resolución Sancionatoria pudo generarse en el mercado.

⁹ International Competition Network (Red Internacional de Autoridades de Competencia) ICN.

2.1.6. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la asignación de cuotas de producción o suministro y la orden de revisión del FEPA

- No es cierto que el sistema de cesiones y compensaciones del **FEPA** estuviera diseñado para implementar un acuerdo de cuotas y, por consiguiente, la Superintendencia de Industria y Comercio no probó cómo el **FEPA** determinó las políticas de producción y suministro de azúcar para el periodo investigado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no logró probar que los investigados hayan celebrado un acuerdo para repartirse las cuotas de producción de azúcar. No pudo señalar con claridad cuándo, cómo y dónde se realizó ese supuesto acuerdo.
- Afirmar que el Z para los ingenios en transición desincentiva el incremento en la producción es equivalente a afirmar que el mecanismo está diseñado para que este tipo de ingenios reduzcan sus producciones.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta que los factores de corrección históricos no pretendían limitar sino estabilizar el crecimiento de la producción de manera temporal, motivo por el cual los recurrentes alegan que se ignoró que el factor de corrección histórico superior terminó en 2013 para los ingenios tipo A y en diciembre de 2015 terminará para los ingenios tipo B como resultado de la expedición de la Resolución No. 4 de 2015.
- No pudo demostrar la Superintendencia de Industria y Comercio que el comportamiento de la producción haya sido resultado de órdenes precisas para que se produjera un determinado número de quintales o que se dejara de producir otra cantidad, ni mucho menos que hubiese sido consecuencia del **FEPA**.
- El hecho de que la participación de los ingenios en la producción del sector presente fluctuaciones relativamente bajas, no implica un acuerdo de cuotas de producción, ni mucho menos que sea el resultado de la regulación del **FEPA**, pues como se probó, el comportamiento de la producción en cada ingenio y su participación en la variación de la producción total del sector obedecen a factores objetivos.
- La Resolución Sancionatoria no demostró con las cifras de producción de la industria cuál fue la cuota de producción o suministro asignada a los ingenios en virtud del **FEPA**, para cada uno de los años objeto de la investigación. En efecto alegan los investigados que la producción de cada uno de los ingenios ha presentado crecimientos heterogéneos entre sí.
- No es por la presunta desnaturalización del **FEPA** y el presunto acuerdo ilegal de repartición de cuotas de producción o suministro entre los ingenios, que se comparte información detallada de cada uno, sino que es el mecanismo de estabilización **FEPA** y las normas que lo regulan, las que imponen la obligación de transmitirla y sus condiciones y nivel de detalle y desagregación para los cálculos que debe efectuar el Secretario Técnico, conclusión esta que el **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** (en adelante, **MADR**) coadyuva en el concepto rendido con destino a la presente investigación y que no fue analizado.
- En el expediente obran 31 recursos de reposición y en subsidio de apelación que el **INGENIO PICHICHÍ** interpuso contra las liquidaciones del **FEPA**, entre mayo de 2010 y diciembre de 2012, lo que pone de presente que la retroalimentación de la información hacia los ingenios sí es útil e importante para la adecuada aplicación de las regulaciones del **FEPA**. También reposan en el expediente 84 recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos por el **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** entre mayo de 2005 y diciembre de 2012, y 2 recursos de reposición y en subsidio de apelación que interpuso **TRAPICHE LUCERNA S.A.** en enero y abril de 2005.
- En virtud de la orden dictada en relación con la revisión del **FEPA**, la Superintendencia de Industria y Comercio ha extralimitado sus funciones por las siguientes razones:
 - La Superintendencia no es juez de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; sin embargo, optó por hacer un juicio de legalidad sobre actos administrativos expedidos por entidades públicas.
 - Interpretó de manera desorbitante las funciones que se le asignaron en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 4886 de 2011, pues si bien esa norma le da potestad de decidir sobre las investigaciones sobre protección de la competencia y adoptar sanciones y las órdenes a que haya

lugar, lo anterior no quiere decir que pueda usurpar las labores de los jueces de la República ni mucho menos adoptar medidas contra Entidades que no fueron investigadas.

- No se entiende cómo la misma Superintendencia de Industria y Comercio reconoce que se encuentra limitada para ejercer facultades legales para la protección de la competencia en relación con el FEPA en virtud del artículo 31 de la Ley 1340 de 2009, pero solamente se abstiene de imponer sanciones a los investigados y se abroga la facultad de tomar medidas o dictar órdenes, facultades que, en relación con los mecanismos de intervención del Estado en la economía, también están sujetas a dicha restricción.

- El MADR se pronunció a favor de la causa de los ingenios en el Concepto del 22 de junio de 2012, desestimando los cargos de la Resolución de Apertura de Investigación. No obstante, en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia no le dedicó ni una letra a explicar por qué se apartaba del Concepto del MADR, con lo cual su resolución es integralmente nula por violación del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009.

- En las decisiones sobre la determinación de cesiones y compensaciones, así como en la elección del Secretario Técnico del FEPA, el Gobierno -a través del MADR- tiene un poder de veto, de manera tal que las decisiones requieren como requisito *sine qua non* para su adopción, la aquiescencia del MADR, quien al parecer, por el criterio expuesto por la Superintendencia, también se coludió con los ingenios. Desde esta perspectiva, la Resolución Sancionatoria constituye una grave acusación al Gobierno Nacional que daría lugar a que entes de control como la Procuraduría General de la Nación investigaran a los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio, Industria y Turismo, así como a sus delegados en el FEPA por la violación de las leyes señaladas.

- A la fecha, la presunción de legalidad de los actos administrativos del FEPA sigue incólume y por ende también su obligatoriedad, por lo que el cumplimiento de los mismos no puede derivar en una orden ilegítima de revisión del instrumento de intervención, por su supuesta ilegalidad frente a las normas de competencia.

- Hubo un repentino cambio de posición por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de los fondos de estabilización de precios y la imposibilidad de controvertir lo acordado por los órganos de dichos fondos a la luz de las normas de competencia, violando así el principio de confianza legítima y la doctrina de los actos propios. El cambio de posición se habría dado con respecto de lo expuesto en una comunicación dirigida al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia el 11 de noviembre de 2005, en la que la Superintendencia habría defendido los fondos de estabilización de precios.

- No son aplicables las normas de competencia relativas a la facultad de impartir instrucciones por parte de la Superintendencia al FEPA ya que este no fue sujeto de investigación.

- Resulta abusivo y contrario a derecho que la Resolución Sancionatoria haya desnaturalizado el concepto del MADR y lo haya utilizado como un apoyo de sus equivocadas conclusiones, cuando la verdad es que el MADR opinó exactamente lo contrario de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2.1.7. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la supuesta violación del debido proceso

- El término concedido para presentar el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria no se ajusta a las normas procesales con fundamento en las cuales debe adelantarse la presente actuación administrativa, en tanto que si bien es cierto que la Resolución No. 5347 de 2012 fue expedida en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las Resoluciones Nos. 15294 y 50925 de 2013 fueron expedidas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA. El Despacho ha reconocido la aplicación del CPACA en actos administrativos dentro de la presente investigación, como lo fue la Resolución No. 61924 de 2014, por la cual se resolvió la recusación contra el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio a lo largo de la investigación modificó las imputaciones, hechos y pruebas que inicialmente fueron relacionados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, impidiendo el ejercicio del derecho de defensa y de contradicción.

- En el presente caso, de las pruebas documentales que se citan como ejemplos de las conductas anticompetitivas que se imputan, hay varias pruebas nuevas. Dichas pruebas nuevas fueron recopiladas por la Entidad en el 2010 durante varias visitas administrativas de inspección.
- No existe justificación alguna para que estas pruebas no hubieran sido relacionadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos con el fin de que los imputados se pudieran defender de ellas.
- Es insólita e inadmisibles la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio al admitir estos nuevos hechos y pruebas, señalando que el Superintendente tiene a su disposición todo el material probatorio obrante en el expediente, incluyendo evidencia que podría haber sido inadvertida por la Delegatura, ya que esto implica prescindir del periodo probatorio y es de conocimiento que dicha información es voluminosa.
- La Resolución Sancionatoria reacomodó los cargos inicialmente imputados ya que indicó que estos correspondían a dos (2) conductas presuntamente anticompetitivas, cuando los actos administrativos anteriores se refieren a tres (3) conductas distintas, presuntamente violatorias de tres (3) disposiciones diferentes.
- La Resolución Sancionatoria modificó una vez más el cargo relacionado con la violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al señalar que dicha imputación se hizo conjuntamente con la infracción al numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y al numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- La aclaración sobre el mercado relevante introducida mediante la Resolución No. 50925 de 2013 (último acto administrativo de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos) en realidad fue una modificación sustancial del cargo formulado, que es contraria a la Constitución Nacional y a la ley puesto que fue realizada como reacción y en respuesta a la defensa de los investigados en los traslados de descargos que las iniciales aperturas de investigación.
- Los investigados no tuvieron acceso a todo el expediente de manera oportuna, lo cual impidió su pleno derecho a la defensa, pues algunas pruebas solo pudieron ser accedidas después del Informe Motivado, momento en el cual la etapa probatoria ya había finalizado.
- El complejo manual de instrucciones que se puso a disposición de los interesados para acceder a ciertos documentos en formato magnético ha debido ponerse a disposición de los investigados desde el inicio una vez proferida la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y no vía una llamada "Fe de Erratas al Informe Motivado", cuando ya se encontraba cerrada la etapa probatoria.
- El segundo Informe Motivado viola el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, puesto que dichas disposiciones legales solo permiten la expedición de un Informe Motivado en cada investigación.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incluyó en la versión pública de la Resolución Sancionatoria información relativa a Actas de Junta Directiva de los investigados y correos electrónicos que hacen parte de su correspondencia privada, en violación de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012. Esta versión pública no solo fue publicada en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino que también fue puesta a disposición de los medios de comunicación masiva que le dieron una mayor difusión.
- El 24 de diciembre de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio incluyó en el Sistema de Consulta de Trámites de la Entidad un hipervínculo que llevaba al Sistema de Trámites y Gestión Documental, donde a su vez se permitía el acceso a los archivos adjuntos del correo electrónico remitido a la dirección contactenos@sic.gov.co, y que contenían información desagregada de **INGENIO CENTRAL TUMACO** e **INGENIO RISARALDA**, tales como ventas, exportaciones, inventarios, precios, clientes, etc.
- Se violó el derecho de no autoincriminación, por cuanto presuntamente la Entidad en la diligencia de interrogatorio habría manifestado al deponente que en caso de que llegase a guardar silencio, ese silencio sería usado procesalmente en su contra, y que además le podría acarrear sanciones de tipo económico.

- Los inconvenientes técnicos para ver las pruebas continúan y la unidad de disco duro que fue entregada por la Superintendencia de Industria y Comercio contiene documentos en formato .OST que solo puede ser consultados previo un procedimiento que se realiza en el laboratorio técnico de la Superintendencia.
- Solo el 21 de octubre de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio hizo entrega de dos herramientas tecnológicas que permiten consultar los archivos '.ost'. Es decir, solo el 21 de octubre de 2015, la autoridad dio los mecanismos necesarios para poder acceder a la totalidad del expediente. Claramente, la Entidad no ha querido aceptar que existe violación al derecho de defensa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio ha adelantado este proceso aplicando normas procesales distintas. Así por ejemplo, cuando la Entidad profirió la Resolución de pruebas aplicó el CCA para efectos del término del recurso de reposición y cuando se resolvió la recusación presentada por **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** contra el Superintendente Delegado de turno por su participación en el Comité Triple A, aplicó el CPACA; y, ahora respecto de la resolución recurrida, se regresa al CCA para efectos de establecer el término para la interposición del recurso de reposición el cual es de cinco (5) días y no de diez (10) como lo prevé la Ley 1437 de 2011.
- El Delegado para la Protección de la Competencia debió declararse impedido para adelantar la investigación en este caso, por haber sido años atrás abogado de **CASA LUKER**, en un caso de cartelización empresarial en el mercado del cacao.
- La imputación sobre la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** nunca fue mencionada en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, por tanto su alusión ahora como prueba en contra de los ingenios resulta contraria al debido proceso.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009 en virtud del cual ha debido solicitar la intervención del **MADR** en la investigación que dio lugar a las sanciones impuestas.
- Pretender sustentar una conducta continuada de obstrucción en "*algunos ejemplos (...), sin que ello signifique que la conducta se limite a dichos ejemplos o al tiempo que transcurrieron los mismos*", comprende una violación al debido proceso.
- No es de recibo la tesis esgrimida por la Superintendencia de Industria y Comercio según la cual "*(...) Sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura o Pliego de Cargos, es creer, que los períodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles (...)*", por cuanto dicha tesis permitiría proferir órdenes e imponer sanciones a sujetos no vinculados en la actuación. No le está permitido a la autoridad valerse de evidencia que no guarda relación con los hechos concretos endilgados en el pliego de cargos, por lo que dichas pruebas son nulas¹⁰.

2.1.8. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la conformación, deliberación y recomendación del Consejo Asesor de Competencia

- El Consejo Asesor de Competencia del Superintendente de Industria y Comercio no fue convocado en la forma en que ordena la ley. La razón por la que el Consejo Asesor de Competencia se encontraba incompleto para la sesión del 6 de octubre de 2015 es porque algunos de sus miembros se declararon impedidos en relación con la presente actuación administrativa, impedimento que les fue aceptado a dos (2) de ellos, con lo cual, para proferir la

¹⁰ Las pruebas a las que se hace referencia son: a) Correo de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) denominado "*Plan de Ataque a Importaciones*" del 2003; b) Correo del 24 de noviembre de 2001 enviado por **DIEGO JAVIER ORTIZ** a otros funcionarios de **CIAMSA**; c) Diapositiva de una presentación circulada en **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**; d) Correo de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**) del 26 de octubre de 2008 que informa sobre el viaje a Bolivia; e) Acta de Junta Directiva de **INGENIO MANUELITA** de 1994; f) Acta de Junta de **INGENIO MANUELITA** de 2 de febrero de 2010; g) Cadena de correos electrónicos de 10 de febrero de 2010 entre funcionarios de **INGENIO MANUELITA**, **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** y **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**); h) Correo del 18 de mayo de 2009 entre **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE LECHE S.A. DISNAL** (Medellín), **ASAZGUA** y **CIAMSA**; i) Correo de 20 de abril de 2010 de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a funcionarios de otros ingenios, en relación con una cotización de azúcar presentada por un importador colombiano a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**

Resolución Sancionatoria, el Superintendente no escuchó el concepto de un Consejo Asesor de Competencia compuesto por cinco (5) miembros sino por tres (3) miembros, lo cual es ilegal.

- No se observa que el Consejo Asesor de Competencia hubiera realizado deliberación alguna respecto de los cargos y de los argumentos de defensa planteados por los investigados. En esta medida, la actuación administrativa que realizó el Consejo Asesor de Competencia en este caso resulta en un acto sin motivación, que resulta exótico en el derecho administrativo colombiano que vulnera los derechos de los investigados, puesto que no fue posible conocer y mucho menos controvertir en este momento ni más adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las razones que tuvo el Consejo Asesor de Competencia para recomendarle al Superintendente imponer sanciones.
- **JAVIER HUMBERTO GAMBOA**, uno de los miembros del Consejo Asesor de Competencia, se declaró impedido porque en la actualidad está vinculado con el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO (MINCIT)**, quien a su vez tiene una participación institucional en el **FEPA**. Dicho impedimento fue desestimado por los restantes miembros del Consejo Asesor de Competencia al resolverse bajo premisas falsas.

2.1.9. Argumentos de los recursos de reposición relacionados con la definición del mercado relevante

- Se ha advertido a lo largo de la investigación que la definición del mercado relevante en la actuación fue errónea y caprichosa, ya que se han ignorado por completo las pruebas y testimonios que demuestran que no existe un solo mercado del "azúcar en general" sino que existen diferentes mercados con distintos tipos de azúcar que no son sustitutos entre sí.
- El análisis que hace la Superintendencia de Industria y Comercio del mercado relevante en la Resolución Sancionatoria es abiertamente contrario a los pronunciamientos previos y a la propia doctrina que la Entidad ha venido estableciendo en materia de protección al régimen de la competencia, a través de decisiones, conceptos, presentaciones y guías para el control de integraciones empresariales.
- La definición del mercado relevante en la Resolución Sancionatoria proferida por el Superintendente modifica sustancialmente los criterios usados por la Delegatura para la Protección de la Competencia.
- El criterio usado en la Resolución Sancionatoria para definición del mercado relevante fue escogido de manera arbitraria y sin justificación. Al señalar que el mercado relevante debe definirse "a partir de la supuesta práctica anticompetitiva", a pesar de ser un criterio usado en casos de cartel de la Unión Europea, desestima y omite valorar criterios de reconocido valor técnico y trascendentales para la investigación, tales como: (i) el uso por parte del consumidor; (ii) características físico-químicas del producto; y (iii) sustituibilidad entre los distintos tipos de azúcar.
- La definición del mercado relevante desconoce lo señalado por la misma Superintendencia de Industria y Comercio en diferentes decisiones sobre violación a las normas de competencia y en lo señalado en las Guías para la Evaluación de Solicitudes de Concentración Empresarial expedidas mediante Resolución No. 10930 de 2015.
- La Resolución Sancionatoria define indebidamente el mercado relevante al señalar que este debe definirse a partir de la conducta y no a partir del contexto económico en el que se desarrolla. La Superintendencia de Industria y Comercio cita la Resolución No. 6839 de 2010, en la que se encuentran párrafos que contradicen lo señalado en la sanción (página 10 de la Resolución No. 6839 de 2010) y que se refieren a criterios como sustituibilidad de la caña de azúcar desde la oferta y la demanda.

2.1.10. Otros argumentos presentados en el recurso de reposición por los investigados

- Los planes de crear una sociedad en Panamá (**CIAMSA INTERNACIONAL**) para la comercialización internacional de azúcar fue simplemente una idea que nunca llegó a concretarse. No existe prueba de que efectivamente se constituyó dicha comercializadora, ni se continuaron llevando a cabo los procesos de evaluación de la iniciativa.
- El Acta No. 802 del 25 de octubre de 1994 de **INGENIO MANUELITA** es un documento que data de más de 20 años y aun así la Superintendencia le otorgó valor probatorio. Además hace

referencia a temas exclusivos de **INGENIO MANUELITA** que nada tienen que ver con el resto de ingenios. Adicionalmente, es un documento que nunca fue puesto de presente en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como soporte fáctico probatorio del cargo de obstrucción de importaciones.

- Es imposible formular una defensa técnica frente a unas acusaciones vagas y genéricas, como las que se formularon en la Resolución No. 5347 de 2012 y las que la complementaron, cuando no está determinada de manera individual y precisa la presunta conducta infractora de la ley, ni las pruebas de la misma.
- El ejercicio del poder punitivo del Estado que en esta ocasión ha ejercido la Superintendencia de Industria y Comercio es desleal con la razón ontológica de su existencia y desafía los postulados de la competencia económica, porque la Superintendencia de Industria y Comercio ha terminado ejerciendo su poder punitivo en beneficio exclusivo de intereses de grandes grupos económicos y multinacionales y no de los consumidores, en la medida en que a los denunciantes solo los asiste el interés de apropiarse de unas rentas que hoy pertenecen a la industria azucarera colombiana, pues lo que esos grandes grupos económicos y multinacionales pretenden es obtener en el mercado colombiano un azúcar industrial de bajo costo, y en modo alguno pretenden servir el interés colectivo y su pretensión va en detrimento del ingreso de las regiones, del empleo y de los trabajadores en donde la industria azucarera colombiana tiene influencia.
- En el trámite de la actuación administrativa la industria azucarera investigada le propuso a los grandes grupos económicos y multinacionales denunciantes, llevar a cabo un proyecto del que se beneficiarán todos, a partir de un sacrificio de los ingenios azucareros colombianos de buscar alternativas para ofrecer el azúcar industrial más barata, a condición de que tal rebaja se trasladara proporcionalmente a los consumidores en menores precios respecto de los productos fabricados por dichos grandes grupos económicos y multinacionales. Para perplejidad de algunos recurrentes, los industriales que compran el azúcar como materia prima contestaron que no. Adicionalmente, en las audiencias de testimonios y bajo la gravedad del juramento, los industriales de las quejas afirmaron una y otra vez que no les asistía ningún interés en trasladar de manera inmediata cualquier reducción en el precio de compra del azúcar.
- Es obligación ineludible de la Superintendencia de Industria y Comercio, de cara a la actuación administrativa sancionatoria, demostrar que efectivamente fue el querer de los investigados obstruir las importaciones, más aún cuando se trata del ejercicio del *ius puniendi*, que supone el cumplimiento cabal de los presupuestos del derecho constitucional fundamental al debido proceso.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto su deber de individualizar y precisar las conductas imputadas y se limitó a indicar circunstancias genéricas que impiden conocer de la situación fáctica en la que habría incurrido para efectos de ejercer su derecho de contradicción y defensa:
 - La Superintendencia no estableció de manera individual las condiciones de tiempo modo y lugar en que los investigados intervinieron en las prácticas de Bolivia y Costa Rica. Hizo simples referencias a **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**, pero jamás se señaló de manera precisa y clara la manera en que participaron en los supuestos acuerdos.
 - Tampoco determinó si las pretendidas restricciones a las importaciones de Bolivia y Costa Rica ocurrieron en un instante preciso y determinado o si constituyeron conductas continuadas y, en su caso, desde cuándo empezaron a consumarse y cuándo cesó cada una de ellas.
 - Todas las afirmaciones y acusaciones de la Superintendencia son genéricas y abarcan indistintamente a todos los investigados.
 - No explicó en cuál o cuáles de las reuniones de juntas directivas se concretó el supuesto acuerdo para impedir las importaciones, se limitó a señalar que existía acuerdo porque participaron en dichas juntas directivas, sin especificar si en las juntas directivas se llevó a cabo el acuerdo. Tal indeterminación lleva a concluir que para la Superintendencia, el solo hecho de participar en las juntas directivas es prueba de una conducta anticompetitiva.
- El Acta 001 – 05 del Comité Directivo del **FEPA** del 8 de abril de 2005 manifiesta la legítima preocupación por el incremento de las importaciones de azúcar boliviana. Es en ese contexto que el Consejo Directivo del **FEPA** analiza la situación y la conveniencia de medidas para frenar las amenazas ocasionadas por las distorsiones del mercado mundial del azúcar.

- ¿Es que acaso la posibilidad de plantear una salvaguarda en relación con las importaciones de un producto de un país no es un legítimo instrumento del comercio internacional? O, ¿el hecho de que el **FEPA** pretenda proponer al Gobierno Nacional modificaciones a las franjas de precios constituye una conducta reprochable? O ¿el hecho de querer proteger el sector azucarero de las distorsiones externas del mercado del azúcar es un delito? Cuestionar dichas iniciativas en la manera como lo hace la Superintendencia constituye una afrenta a la función medular del **FEPA**.
- Sobre el Acta 001 – 05 del Comité Directivo del **FEPA** del 8 de abril de 2005, llama poderosamente la atención que se derive de ella el interés claro de los ingenios haciendo referencia a la totalidad del sector, cuando es bien sabido que el Consejo Directivo del **FEPA** se compone de los delegados del **MADR** y el **MINCIT**, siete (7) representantes de los productores y cuatro (4) representantes de los cultivadores de caña, sin que ello quiera significar que los siete (7) productores representan a los ingenios individualmente.
- La Superintendencia pretende darle un tinte de ilegalidad a una preocupación legítima tanto del **FEPA** como de **ASOCAÑA** en relación con la importación de azúcar en el marco de un mercado mundial profundamente distorsionado.
- **CIAMSA** y **DICSA** no son agentes independientes del mercado, ya que estas sociedades están integradas verticalmente por los ingenios accionistas que las controlan, por lo que no puede afirmarse que exista un acuerdo anticompetitivo entre dichas sociedades y los ingenios. **CIAMSA** y **DICSA** se encuentran integradas con relación a sus socios y se consideran una única empresa en el mercado.
- El artículo séptimo de la Parte Resolutiva de la Resolución No. 80847 de 2015, el cual ordena remitir copia de misma a la Delegatura con el fin que se evalúe si hay mérito para iniciar una averiguación preliminar para determinar si hubo una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, desconoce el principio de *non bis in ídem*.
- Al afirmar la Superintendencia de Industria y Comercio que las peticiones a las autoridades no son una conducta restrictiva, no pueden estas tomarse como prueba, indicio o reflejo de las mismas, tal y como lo hace en la Resolución Sancionatoria.
- No es violatorio de las normas de protección de la competencia que al interior de un gremio como **ASOCAÑA** se discutan temas relacionados con las actividades para las cuales fue constituido.
- El mercado colombiano de producción de azúcar no está controlado por los ingenios investigados, así como que tampoco se eliminó de tajo la competencia.
- Tal y como fue establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, la razón básica por la que se les sanciona a algunas de las personas naturales, obedece a que aparecen como destinatarios o copiados en unos correos electrónicos. Lo que se observa es que en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos jamás se dijo que esos documentos eran la base en la que se fundamentaban las imputaciones.
- El proceder de la Autoridad de Competencia es ilegal por las siguientes razones:
 - No existe en el derecho de la competencia colombiano una infracción consistente en "*conspirar*". Desde el punto de vista de la normativa de competencia, la mera intención no puede ser investigada y mucho menos sancionada, ya que se requiere que la conducta señalada en la ley se realice entre dos o más empresas. De esta forma, tratar de implementar una forma de ilegalidad consistente en la tentativa o "*conspiración*" para realizar un acuerdo es contrario a derecho.
 - La Superintendencia de Industria Comercio presume ilegalmente la mala fe de los investigados. Al tratar de implementar la tesis sobre la conspiración para realizar un acuerdo anticompetitivo, se presume inconstitucionalmente la mala fe de los investigados y le da una vocación anticompetitiva permanente a todas sus actuaciones, por más legítimas y apegadas a la ley que hayan sido.
 - La dinámica probatoria de la Resolución es contraria a la ley.

2.2. Argumentos particulares planteados en los recursos de reposición presentados por los investigados

2.2.1. Argumentos particulares planteados por ASOCAÑA y LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO (Representante Legal y Presidente de ASOCAÑA) en los recursos de reposición

- **ASOCAÑA**, "en cuanto administradora del **FEPA**, mantiene sus derechos fundamentales como gremio, los cuales no pueden ser afectados por decisiones administrativas fundadas en simples imaginaciones" bajo la prevalencia del derecho constitucional de asociación. En línea con lo anterior, para **ASOCAÑA** la función que cumple dista mucho de los negocios particulares que celebran sus empresas afiliadas, en tal virtud mal puede endilgársele responsabilidad alguna por dichos comportamientos.
- No puede imputársele responsabilidad a **ASOCAÑA** por las conductas de **DICSA** y **CIAMSA**, toda vez que dichas empresas no son afiliadas suyas; así las cosas, las determinaciones que adopten sobre importaciones o exportaciones le son del todo ajenas.

2.2.2. Argumentos particulares planteados por CIAMSA y DICSA en los recursos de reposición

- No es cierto que **DICSA** haya alegado que **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), hubiese actuado de manera individual y a título personal ante los ingenios bolivianos, lo que se indicó fue que la Superintendencia de Industria y Comercio no demostró que sus participaciones en los diversos escenarios de discusión fuera en calidad de representante de **DICSA**.
- **CIAMSA** es completamente ajena a las reuniones del Comité Directivo del **FEPA** en el que se manifiestan dichas preocupaciones, como también es ajena a la cadena de correos relacionados con **DINPRO LTDA**. Si bien la comunicación fue iniciada por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), no está demostrado que hubiera obrado en calidad de representante legal de **DICSA**.
- Debe tenerse en cuenta que **DICSA** es una sociedad dedicada a la investigación y desarrollo de usos nuevos para el azúcar, por lo que su actividad nada tiene que ver con el mercado internacional del azúcar y ni siquiera importa o exporta ese producto. De esta forma, no se requería de la participación de **DICSA** en supuestos acuerdos restrictivos de las importaciones, los cuales además nunca se concretaron.
- **DICSA** no tuvo participación en el supuesto "**PLAN DE ATAQUE A IMPORTACIONES**" del año 2003, presuntamente creado por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO**, ya que no está probado que actuó a nombre de **DICSA**. Adicionalmente, las pruebas que vinculan a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) se refieren a actividades del ámbito de asesoría prestada a **CIAMSA**, por lo que no puede deducirse una vinculación de **DICSA** con las mismas.
- En lo relacionado con la supuesta obstrucción de la importación del azúcar "*fair trade*" de Costa Rica, el Despacho ignoró el correo electrónico obrante en el expediente que **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) remitió a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente de **ASOCAÑA**) de mayo de 2010 y que da cuenta de que **CIAMSA** no tuvo nada que ver con esta supuesta obstrucción. En este correo (obranste a folios 3125 y 3126 del Cuaderno Público No. 12 del expediente), **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) le manifiesta a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente de **ASOCAÑA**) que desconoce las razones de por qué un funcionario de **ASOCAÑA** le indicó al Gerente Financiero de **NACIONAL DE CHOCOLATES** que debía comunicarse con **CIAMSA**, por cuanto esta comercializadora era la que debía intervenir ante **LAICA** de Costa Rica para que se pudiera importar un azúcar con denominación "*fair trade*". Adicionalmente, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) solicita que **ASOCAÑA** emita una explicación aclarando lo sucedido a **NACIONAL DE CHOCOLATES** y al Ingenio Costarricense.
- La Resolución Sancionatoria no hace mención de todos y cada uno de los argumentos presentados por **CIAMSA** y **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**).
- No es cierto que **DICSA** haya manifestado que la estabilidad de la producción de los ingenios se debía a la aplicación del **FEPA** y que el supuesto intercambio de información se desarrollaba dentro del contexto del fondo, como se desprende del acápite "*argumentos comunes planteados por los investigados*".

- En relación con Costa Rica, la Superintendencia de Industria y Comercio no demostró la participación de **CIAMSA** o **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** en los supuestos hechos, ignorando el correo electrónico obrante en el expediente que **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** remitió a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente de **ASOCAÑA**) de mayo de 2010 y que da cuenta de que **CIAMSA** no tuvo nada que ver con esta supuesta obstrucción.
- De esta manera, no se comprende cómo pudo imponerse a **CIAMSA** una sanción equivalente al 57% de la multa máxima aplicable, sin explicar las razones que llevaron a esa dosificación.
- Si **CIAMSA** es considerada un vehículo u organismo de cooperación horizontal a través del cual los ingenios celebraron los supuestos acuerdos, no se comprende cómo esta comercializadora obtuvo un mayor castigo que el impuesto a los demás investigados.
- Si se acepta la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio, según la cual **CIAMSA** es considerada como un vehículo u organismo de cooperación horizontal a través del cual los ingenios concertaron los supuestos acuerdos anticompetitivos, sería forzoso concluir que dicha compañía a lo sumo habría sido facilitadora de la infracción, por lo que su responsabilidad estaría determinada de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Se incurrió en violación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012, ya que de conformidad con esta norma es inadmisibile que la Superintendencia de Industria y Comercio haya optado por publicar en la página web de la Entidad la versión pública de un acto administrativo frente al cual procedía el recurso de reposición.

2.2.3. Argumentos particulares planteados por **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** en el recurso de reposición

- No existe prueba en el expediente administrativo que demuestre fehacientemente la voluntad consistente en la celebración de un acuerdo anticompetitivo para la restricción de las importaciones de azúcar al país. Las decisiones adoptadas por las Juntas Directivas de **CIAMSA**, **DICSA** o **ASOCAÑA** no son la voluntad de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**.
- **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** fue constituida en junio de 2006, razón por la cual los hechos investigados no le pueden ser imputados, y que a partir del 20 de agosto de 2010 no existe ninguna conducta anticompetitiva objeto de investigación respecto de ella.
- En el acto administrativo impugnado se sanciona a **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y al mismo tiempo se ordena la remisión del expediente a fin de que se investigue, de oficio, la presunta infracción de la misma norma.
- **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** ocupó el cargo de Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** del 20 de abril de 2009 al 20 de agosto de 2010, razón por la cual, para el día 8 de septiembre de 2008, fecha de la reunión de la Junta Directiva en la que se analiza la decisión de adquirir azúcar de Bolivia, este sancionado no era Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, así como que tampoco ninguno de los representantes legales de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** concurren a dicha reunión.
- El acervo probatorio relacionado con el acuerdo para exigir que las importaciones de azúcar provenientes de Costa Rica fueran autorizadas previamente por **ASOCAÑA**, tiene que ver con otras compañías distintas a **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, y al efecto se refiere a unos funcionarios de un ingenio costarricense, unos funcionarios de **NACIONAL DE CHOCOLATES** y **ASOCAÑA**.
- Ninguno de los correos electrónicos que sirvieron como evidencia de la conducta sancionada tiene como emisor o destinatario a **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**. Aunado a lo anterior, existe una carencia de valoración probatoria ya que ninguno de los documentos y testimonios se refiere a **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, y cuando **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** solicitó el testimonio de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** le fue negado por la Superintendencia de Industria y Comercio ya que él es investigado en esta actuación administrativa.

2.2.4. Argumentos particulares planteados por **INGENIO INCAUCA** en el recurso de reposición

- **INGENIO INCAUCA** produce diferentes bienes como dulces de guayaba, dulces de ajonjolí, endulzante (no azúcar), abono, alcoholes, insumos industriales, azúcar para el hogar y azúcar industrial. En esta medida, todos los ingresos correspondientes al dulce de guayaba, dulce de ajonjolí, endulzantes, abonos, alcoholes, insumos industriales y azúcar para el consumo del hogar, no deben ser tenidos en cuenta como bienes afectados por el supuesto cartel, pues sobre estos productos es claro que la Superintendencia de Industria y Comercio no llevó a cabo una investigación y ni siquiera fueron objeto de cuestionamientos.
- En el periodo investigado, **INGENIO INCAUCA** tuvo variaciones de producción drásticas en relación con la industria y su propia producción.

2.2.5. Argumentos particulares planteados por **INGENIO MANUELITA** en el recurso de reposición

- El mercado relevante ha sido modificado a lo largo de la presente investigación. Particularmente, la Delegatura modificó, sin ningún soporte técnico, económico o comercial, el mercado relevante al conocer la defensa de **INGENIO MANUELITA**, la cual presentó pruebas que señalan que únicamente participa en el mercado del azúcar blanco refino y no participa en el mercado del azúcar blanco industrial.
- Sobre la obstrucción de azúcar boliviana, la Superintendencia de Industria y Comercio cita un borrador de acta de la Junta Directiva de **INGENIO MANUELITA** del 2 de febrero de 2008, documento que no proviene de los libros oficiales de **INGENIO MANUELITA** y en el que simplemente se solicita buscar una forma de frenar la entrada de azúcar boliviana, sin definir cuál sería el medio para poder realizarlo. De esta forma, no se entiende por qué la Superintendencia deduce la existencia de un acuerdo competitivo, más aun teniendo en cuenta que corresponde a un debate interno dentro de un solo agente de mercado.
- La multa impuesta (\$32.854.762.150) es de carácter confiscatorio, ya que representa aproximadamente el 251% de las utilidades netas totales de **INGENIO MANUELITA** en los años 2013 y 2014, y un 480% de las utilidades netas totales de venta de azúcar en el mercado nacional en 2014. Igualmente, la multa es casi equivalente a tres veces las utilidades totales del ingenio durante los años 2013 y 2014, por lo que para pagar la sanción, **INGENIO MANUELITA** tendría que comprometer sus utilidades de los próximos tres (3) años aproximadamente.

2.2.6. Argumentos particulares planteados por **INGENIO PROVIDENCIA** en el recurso de reposición

- **INGENIO PROVIDENCIA** produce diferentes productos como abono, alcohol, azúcar orgánico (el cual por ningún motivo puede utilizarse para efectos industriales), azúcar blanca y morena. Este ingenio no produce azúcar refinada, que es aquella que se destina al uso industrial. Así, es claro que ninguno de los productos que son producidos por **INGENIO PROVIDENCIA** son los bienes que se pretenden entender como afectados por el acuerdo anticompetitivo, razón suficiente para que no sea multado por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- En el periodo investigado, **INGENIO PROVIDENCIA** tuvo variaciones de producción drásticas en relación con la industria y su propia producción.

2.2.7. Argumentos particulares planteados por **INGENIO MAYAGÜEZ** en el recurso de reposición

- El archivo Word denominado "Acta736.doc" del 8 de septiembre de 2008 es un archivo digital extraído de un computador de **INGENIO SANCARLOS** y no del Libro de Actas de Junta Directiva de **CIAMSA**, por lo que no resulta una prueba conducente. Además, el voto afirmativo de **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) fue dado con el propósito inequívoco de comprar azúcar boliviana para suplir la falta de abastecimiento ocasionada por el paro de corteros de 2008, por lo que no puede deducirse el móvil de participar en una estrategia anticompetitiva.
- En la cadena de correos electrónicos del 23 de septiembre de 2008 iniciada por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) solo figuraba como destinatario.

- **INGENIO MAYAGÜEZ** participa exclusivamente en los mercados de producción y comercialización de azúcar crudo, blanco y blanco especial, sin que existan criterios técnicos y económicos suficientes que permitan concluir que participa en mercados correspondientes a otros tipos de azúcar, por lo que la tesis de un único mercado del azúcar pierde sustento.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó en favor de **INGENIO MAYAGÜEZ** parámetros de dosificación legal de la sanción que jugaban en su beneficio, tales como el hecho de no tener participación alguna en las supuestas conductas relacionadas con Ecuador, Guatemala, Costa Rica y El Salvador. A **INGENIO MAYAGÜEZ**, se le impuso una sanción equivalente al 45% de la sanción máxima siendo que la supuesta conducta no impactó en el mercado, no le generó ningún beneficio ni utilidad, no involucró sus ventas o activos, ya que dicha conducta nunca se materializó.
- La Superintendencia de Industria y Comercio aplicó parámetros de graduación de la sanción que impactan en las actividades empresariales de **INGENIO MAYAGÜEZ** y que están por fuera del mercado relevante erróneamente definido en la Resolución Sancionatoria.

2.2.8. Argumentos particulares planteados por **INGENIO LA CABAÑA** en el recurso de reposición

- **INGENIO LA CABAÑA** no era accionista de **CIAMSA** en la época investigada, pues desde el 2004 la sociedad accionista de **CIAMSA** es **INVERSIONES INGENIO LA CABAÑA S.A.** Así mismo, **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO**, miembro suplente de las Juntas Directivas de **CIAMSA** y **DICSA** no actuaba en las mismas en representación de **INGENIO LA CABAÑA**. Para el caso de **CIAMSA**, el miembro principal al que suple **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** es **MAURICIO IRAGORRI RIZO**, quien sí asistió a la Junta Directiva.
- Aun cuando se aceptara que **INGENIO LA CABAÑA** actuó en las Juntas Directivas de **CIAMSA**, lo cierto es que según consta en las actas y en los correos electrónicos citados por la misma Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, no se llegó a la formación del consentimiento en el sentido de adquirir azúcar blanco de Bolivia para impedir que un agente ingresara al mercado.
- **INGENIO LA CABAÑA** desconocía completamente los hechos relacionados con la importación de azúcar de Costa Rica o las comunicaciones de la **NACIONAL DE CHOCOLATES** con **ASOCAÑA**. No puede presumirse que por su calidad de miembro de **ASOCAÑA** hubiere conocido o debido conocer esta conducta.
- Si se analizan los ingresos operacionales por ventas de azúcar en el mercado nacional de **INGENIO LA CABAÑA** (que es el mercado involucrado en la investigación), se encuentra que representan menos de la mitad de los ingresos operacionales totales del ingenio, que incluyen muchas otras fuentes de ingreso no relacionados con la venta de azúcar en el mercado nacional.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el grado de participación de **INGENIO LA CABAÑA** en los hechos investigados para la dosificación de la sanción. No existe prueba de que sus funcionarios tuvieron la iniciativa, lideraron, autorizaron o ejecutaron ninguno de los hechos reprochados.
- La multa de 6,6% de los ingresos operacionales impuesta a **INGENIO LA CABAÑA** fue el mismo porcentaje impuesto a otros ingenios con mayor y menor cuota de participación en el mercado, lo cual claramente implica que la participación de mercado de los investigados no fue tomada en cuenta en la dosimetría de la sanción.
- La sanción es confiscatoria porque representa aproximadamente el 148% de las utilidades netas totales de **INGENIO LA CABAÑA** en el año 2014 y un 553% de las utilidades netas totales de la venta de azúcar en el mercado nacional en 2014. Una vez fuere pagada la multa, **INGENIO LA CABAÑA**, habrá comprometido sus utilidades de posiblemente los próximos cuatro (4) años de operación, aproximadamente.

2.2.9. Argumentos particulares planteados por **INGENIO PICHICHÍ** en el recurso de reposición

- Como consecuencia de la indeterminación de los cargos en la Resolución de Apertura de Investigación, resultó que **INGENIO PICHICHÍ** terminó siendo sancionado solamente por ser miembro o tener representación en **CIAMSA** y **DICSA**, sin que nunca se hubiese probado la

existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia ni mucho menos su participación precisa en el mismo.

- La mayoría de los correos no involucran al **INGENIO PICHICHÍ** y el único donde aparece copiado, se refiere a una coyuntura particular orientada a proveer de azúcar al país en medio de un paro de corteros, lo que no permite generalizar que para todos los aspectos los ingenios actúen de manera coordinada, al amparo de un acuerdo anticompetitivo.
- Fue ignorado por completo por la Superintendencia de Industria y Comercio, el hecho de que algunos ingenios no hubieran generado utilidad en el último año, como es el caso de **INGENIO PICHICHÍ**. Este ingenio no solo no generó beneficio, sino que tuvo pérdidas por (\$4.697.000.000), tuvo una disminución de sus ventas del 15%, su nivel de endeudamiento es alto, por lo que aun sin haber llevado a libros contables la sanción impuesta por la Superintendencia, se encuentra en una situación económica poco estable. El hecho de que **INGENIO PICHICHÍ** no tenga cómo responder y pagar por la multa hace necesario el despido de sus trabajadores y tener que salir de su propiedad, planta y equipos, lo que conlleva a la desaparición y pérdida de valor de los activos no corrientes de la empresa, aquellos necesarios para continuar con el funcionamiento de su objeto social.
- El **INGENIO PICHICHÍ** obtiene aproximadamente la mitad de sus ingresos de las exportaciones que realiza (Ej. cuota americana, mercado caribe, mercado mundial, etc.) por lo que estos ingresos no deberían contabilizarse dentro de la multa impuesta. Del mismo modo, obtiene sus ingresos de la venta de miel, energía, bagazo, servicios agrícolas y semillas, productos que no pueden llegar a ser objeto de sanción, pues los bienes y/o servicios sobre los que recae la supuesta práctica cartelista no tienen relación con alguno de ellos. Los ingresos de **INGENIO PICHICHÍ** derivados de las ventas al sector industrial equivalen a menos del 10% de los ingresos operacionales del 2014.

2.2.10. Argumentos particulares planteados por **INGENIO RISARALDA** e **INGENIO CENTRAL TUMACO** en los recursos de reposición

- No es posible atribuir a **INGENIO RISARALDA** e **INGENIO CENTRAL TUMACO**, así como a sus representantes, actuaciones que son exclusivas de **ASOCAÑA** y **CIAMSA**.
- Que **INGENIO RISARALDA** e **INGENIO CENTRAL TUMACO** sean afiliados a **ASOCAÑA**, no da pie para presumir que hayan dado su consentimiento para celebrar un supuesto acuerdo restrictivo de importaciones.
- Al mencionar la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria que **INGENIO RISARALDA** y **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** fueron sancionados mediante Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 42411 de 2011, como sustento de reincidencia y aumento del monto de las sanciones, se desconoce abiertamente que dichos actos fueron demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluso profiriéndose un fallo de primera instancia declarando su nulidad, estando pendiente que el Consejo de Estado resuelva el recurso de apelación interpuesto.
- La sanción impuesta a **ASOCAÑA** vulnera el derecho de asociación de **INGENIO RISARALDA** e **INGENIO CENTRAL TUMACO**.
- La errónea definición del mercado relevante afecta a **INGENIO CENTRAL TUMACO** ya que únicamente produce azúcar blanco sulfitado y no participa en mercados con otros tipos de azúcar que no son sustitutos de aquel.
- La multa impuesta es desproporcionada, por cuanto desconoce el estado actual de **INGENIO CENTRAL TUMACO**, que se encuentra en estado de liquidación, ignorando así la capacidad económica del investigado. De imponerse en los términos de la decisión sancionatoria, profundizaría la difícil situación económica del ingenio.
- La multa impuesta a **INGENIO RISARALDA** supera el 104% de sus utilidades netas de 2014, por lo que tendría que destinar sus utilidades al pago de la sanción.

2.2.11. Argumentos particulares planteados por **INGENIO SANCARLOS** y **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) en el recurso de reposición

- **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), no asistió a la reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre de 2008 en cuya acta aparece su aprobación para la compra de azúcar a los ingenios bolivianos. Si bien impartió una autorización telefónica y conoció el contenido del acta, no hay prueba alguna que demuestre que conocía el verdadero alcance y objetivo del negocio con Bolivia.
- No hay prueba que vincule al **INGENIO SANCARLOS** y a **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) directa o indirectamente con la situación descrita en la Resolución Sancionatoria relativa a la importación de azúcar "fair trade" de Costa Rica por parte de **NACIONAL DE CHOCOLATES**.
- El hecho de que **INGENIO SANCARLOS** esté afiliado **ASOCAÑA** de ninguna manera puede servir de fundamento para una sanción de esta naturaleza, ya que la responsabilidad en materia de prácticas restrictivas de la competencia es personal e individual.
- Dada la vinculación tardía de **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** a la investigación (8 de abril de 2013), no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento como terceros interesados presentada por algunas empresas, puesto que el traslado de la solicitud de los terceros a los investigados se surtió mediante Resolución No. 30180 del 15 de mayo de 2012, y la decisión que los reconoció como terceros interesados fue de octubre de 2012.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se reservó el verdadero alcance de su imputación hasta el 7 de octubre de 2015, cuando profirió la Resolución No. 80847 de 2015 sancionando a los investigados, entre otras cosas, por la presunta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- El **INGENIO SANCARLOS** tiene apenas el 4% del mercado, siendo uno de los ingenios más pequeños de todo el sector. La Superintendencia de Industria y Comercio debe tener este aspecto en consideración, no solamente porque así se lo exige la ley, sino porque el hecho de tener un porcentaje tan pequeño del mercado, trae como obvia consecuencia que su nivel de participación en las conductas investigadas resulta poco relevante.
- Ni **INGENIO SANCARLOS** ni **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) fueron protagonistas, ni lideraron, ni promovieron las conductas que dieron lugar a las sanciones. No hay un solo correo en el expediente remitido por ellos y tampoco hay correos respondidos por ellos.
- Las motivaciones y los detalles del negocio con Bolivia fueron discutidos antes de la reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre, entre funcionarios de cinco (5) ingenios, dentro de los cuales no estaba el **INGENIO SANCARLOS**.
- Teniendo en consideración que al **INGENIO SANCARLOS** le aplicaron el 6% de los ingresos operacionales, al igual que a todos los demás ingenios y a **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** le aplicaron el 15% de su patrimonio líquido, al igual que a las demás personas investigadas, es claro que la Resolución Sancionatoria no reflejó para el **INGENIO SANCARLOS** ni para **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** el hecho de no haber sido sancionados en la investigación anterior.
- **INGENIO SANCARLOS** arrojó pérdidas de \$ 7.583.170.000 en el año 2014 y \$ 5.358.758.000 en el año 2013. Por lo tanto una multa de \$5.361.636.350 no se compadece con su situación económica y es sencillamente confiscatoria.

2.2.12. Argumentos particulares planteados por **INGENIO CARMELITA** y **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) en el recurso de reposición

- La Superintendencia de Industria y Comercio valoró indebidamente el acervo probatorio, ya que en el Acta de Junta Directiva de **CIAMSA** No. 765 de 2010 no se advirtió el hecho de que **INGENIO CARMELITA** y **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) mostraron su desacuerdo expreso a la decisión de importar azúcar desde Bolivia, ya que esto no corresponde al objeto social de la empresa y son inconvenientes para ella.
- **INGENIO CARMELITA** ingresó a **ASOCAÑA** a partir del año 2007, razón por la cual los comportamientos ejecutados por dicha asociación le eran ajenos, a la vez que dicho ingenio no tiene poder decisorio en **DICSA** y **CIAMSA** habida consideración de que su participación en ellas la cual asciende a 1.7% y 1.68%, respectivamente. Tampoco es miembro de la Junta Directiva de

DICSA ni tiene voto en ella. Tampoco participó en reuniones de "Presidentes o Gerentes" para concertar conductas anticompetitivas.

- La Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración del correo electrónico del 31 de agosto de 2009, el cual daría cuenta de la fijación de las propuestas que habrían de proponerse posteriormente en bloque en el Comité Directivo del **FEPa**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración del correo electrónico del 10 de marzo de 2009, el cual daría cuenta de información relacionada con la adquisición de azúcar de Bolivia con ocasión de un posible paro de corteros de caña, afirmando que para aquel mes y año **INGENIO CARMELITA** fue copiada en un correo electrónico en el que se solicitaba a los directores de los ingenios indicar la cantidad de azúcar que estarían interesados en adquirir en una eventual importación de dicho producto desde Bolivia. Dado que no contestaron dicho mensaje fue un comportamiento ajustado a derecho por parte de **INGENIO CARMELITA**.
- Se reprocha la "descontextualización" en la interpretación que habría hecho esta Superintendencia del contenido de las Actas del Comité Directivo del **FEPa**, ya que **INGENIO CARMELITA** no votó ni aprobó su contenido, si bien es cierto que participó en algunas de ellas. No puede considerarse que por la opinión de un miembro de los productores de caña que no fue votada se pretenda controlar los excedentes de azúcar de otros países y la consecuente restricción del acceso de terceros a los mercados o a los canales de comercialización.
- En el acto administrativo impugnado se relaciona una cadena de correos de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) a representantes de algunos ingenios, a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**) y a otros funcionarios. Dicho correo tuvo como destinatario a **JAIME VARGAS LÓPEZ** en su condición de trabajador de **INGENIO MARIA LUISA** y no como representante legal de **INGENIO CARMELITA**.
- Se le habría violado el derecho constitucional de defensa a **JAIME VARGAS LÓPEZ** ya que al serle notificada la resolución recurrida se le otorgó un plazo solo de cinco (5) días para impugnar y no de diez (10) conforme lo establecido en el artículo 76 del CPACA, lo anterior teniendo en cuenta que su vinculación a la presente actuación se produjo mediante la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, esto es, en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).
- Existe evidencia en el expediente de la suspensión o no continuidad de la conducta imputada, en caso de haberse presentado. En reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** de mayo de 2009 **INGENIO CARMELITA** manifestó que no estaba de acuerdo con una eventual negociación con Bolivia, ya que no necesitaba azúcar para abastecer el mercado local.
- Los correos electrónicos relacionados con el bloqueo de las importaciones de azúcar provenientes de Costa Rica, Guatemala, El Salvador no fueron remitidos a **INGENIO CARMELITA** en razón de ello no existiría evidencia de que los mismos hubieran sido conocidos por este ingenio ni por su representante legal razón por la cual no podría ser responsable de esta conducta imputada.

2.2.13. Argumentos particulares planteados por **INGENIO MARÍA LUISA** en el recurso de reposición

- La Resolución No. 80847 de 2015 sanciona a **INGENIO MARÍA LUISA** sin ninguna prueba directa ni indirecta que permita concluir que tenía siquiera un menor conocimiento de los hechos en los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio soporta sus acusaciones. Se le sanciona simplemente por pertenecer a **ASOCAÑA** y por estar copiado en un correo donde un representante legal de otro ingenio manifiesta que está en la fría piscina de la competencia.
- Al condenar al **INGENIO MARÍA LUISA**, la Superintendencia de Industria y Comercio está cometiendo tal vez una de las mayores injusticias que haya podido cometer, lo cual se agrava si se tiene en cuenta la suma exorbitante que significa el monto de la sanción impuesta, la cual tampoco se compadece con los criterios de graduación de la sanción que estableció el legislador colombiano, ni mucho menos con los principios de legalidad y de favorabilidad que imperan en el ordenamiento jurídico.
- El documento titulado "**PLAN DE ATAQUE A IMPORTACIONES**" no fue suscrito por **INGENIO MARÍA LUISA** ni es nombrado en el cuerpo del mismo, ni mucho menos asistió a la reunión de la que da fe.

- Para la Superintendencia es indiferente que el **INGENIO MARÍA LUISA** no aparezca relacionado en ninguna de las pruebas que esgrimió, pese a lo cual, sin prueba alguna, se ha obstinado en presentar a **INGENIO MARÍA LUISA** como parte de un cartel de obstrucción de importaciones de azúcar al país.
- **INGENIO MARÍA LUISA** es condenado: (i) porque el representante legal de **DICSA**, sociedad a la que no pertenece, manifestó a los ingenios bolivianos que actuaba en representación de la industria azucarera colombiana; (ii) porque hace parte de **ASOCAÑA**, pese que no existe ninguna prueba que lo vincule con la obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de ningún país; y (iii) porque en una cadena de correos electrónicos, un representante legal de otro ingenio dijo que estaba en la fría piscina de la competencia y al decir eso, copió al **INGENIO MARÍA LUISA**, lo cual evidencia su preocupación por las importaciones.
- **INGENIO MARÍA LUISA** no asistió a las reuniones del **FEPA** cuyas actas cita la Resolución Sancionatoria, por lo que no tiene conocimiento de lo que allí se discutió.
- La prueba "reina" contra **INGENIO MARÍA LUISA** son manifestaciones de terceras personas que la Superintendencia pretende extender a la generalidad de los investigados, no obstante de las pruebas esgrimidas por la Superintendencia no existe una prueba directa de la que se concluya que **INGENIO MARÍA LUISA** haya llevado a cabo una conducta contraria a la ley de competencia, ni siquiera existen pruebas que demuestren que estaba preocupado por la entrada de importaciones al país, como lo concluye infundadamente la Resolución Sancionatoria.
- La Superintendencia ha faltado a la verdad cuando involucra a **INGENIO MARÍA LUISA** en el supuesto acuerdo para obstruir la importación de azúcar desde Bolivia en el seno de **CIAMSA** y **DICSA**, pues por sustracción de materia ello no hubiera podido ocurrir en relación con **INGENIO MARÍA LUISA**.
- Ni **DICSA** ni **CIAMSA** representan a **INGENIO MARÍA LUISA**, razón por la cual afirmar que sus actuaciones comprometen su voluntad constituye un injusto despropósito.
- Se comprobó que el Representante Legal de **DICSA** no representa a **INGENIO MARÍA LUISA**, toda vez que no pertenece a dicha sociedad ni a **CIAMSA** y tampoco se acreditó que existiera un mandato que diera cuenta de esa representación.
- Con independencia de que la Autoridad de Competencia no haya probado la existencia del acuerdo cuya génesis le endilga al **FEPA** y a todos sus participantes, lo que ha quedado plenamente demostrado es que la producción de **INGENIO MARÍA LUISA** no obedece a un acuerdo de cuotas de participación con sus competidores, sino que responde a sus particulares características, las cuales se han visto afectadas por diversos factores exógenos.

2.2.14. Argumentos particulares planteados por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) en el recurso de reposición

- Las pruebas "directas" que usa la Superintendencia de Industria y Comercio para fundamentar la sanción a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) son nulas por no habersele dado la oportunidad de controvertirlas y por no haber sido esgrimidas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, además de referirse a hechos respecto de los cuales la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio ha caducado. Particularmente, en lo que respecta al Acta de Junta Directiva de **CIAMSA** No. 736 del 8 de septiembre de 2008, el investigado no asistió, mientras que para la época de la cadena de correos del 18 de marzo de 2008, ni siquiera era representante legal de **CIAMSA**.
- En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos jamás se mencionó específicamente cuál de los cinco (5) verbos rectores señalados en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, era atribuido a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), así como no se mencionaron concretamente las pruebas (comunicaciones o correos electrónicos) que fundamentaban su acusación. De esta manera, no se comprende cómo es que en la Resolución Sancionatoria se sanciona a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) por tolerar, colaborar y ejecutar la conducta atribuida a **CIAMSA**, cuando dichas acciones no fueron imputadas en el pliego de cargos.

- La Resolución Sancionatoria tampoco da explicación de cómo a través del envío o recepción de las comunicaciones que se usan como prueba, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** pudo tolerar, colaborar y al mismo tiempo ejecutar la conducta atribuida a **CIAMSA**, cuando es obvio que se trata de grados de participación diferentes y excluyentes.

2.2.15. Argumentos particulares planteados por HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ (Presidente y Representante Legal de RIOPALIA CASTILLA) en el recurso de reposición

- No existió ninguna imputación fáctica en la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, por medio de la cual se le vinculó a la presente investigación administrativa, relacionada con el hecho de autorizar o tolerar la conducta objeto de sanción a **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**. Sobre el particular, afirma que el nombre de este investigado solo aparece en la parte resolutive del acto administrativo objeto de impugnación pero de ninguna manera en la parte considerativa.
- Se le imputó como representante legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** y en la Resolución Sancionatoria se le condenó como miembro de la Junta Directiva de dicho ingenio y como miembro del Comité Directivo de **ASOCAÑA** y por participar en el **FEPA** y en las Juntas de **CIAMSA**.
- El último hecho imputado a **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **RIOPALIA CASTILLA**) habría tenido ocurrencia en abril de 2010 y para el 20 de octubre de 2015 año cuando se notificó la Resolución Sancionatoria ya habría transcurrido el término de caducidad de cinco (5) años de que trata la Ley 1340 de 2009.
- No está probado que la dirección de correo electrónico: hceron@telesat.com.co le pertenezca.

2.2.16. Argumentos particulares planteados por JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ (Presidente de INGENIO INCAUCA) en el recurso de reposición

- En la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, por medio de la cual se le vinculó a la presente actuación administrativa, no se acreditaron hechos o pruebas relacionadas con la conducta imputada. No se especificó la conducta infractora ni las evidencias que darían cuenta de la presunta conducta objeto de sanción, con lo cual se le estaría violando su derecho de defensa y contradicción, ya que la acusación fue vaga y genérica.
- No existe prueba que lo relacione con la supuesta obstrucción de las importaciones de azúcar a Colombia, entre otras cosas, porque nunca ha sido miembro de la Junta Directiva de **DICSA** ni **CIAMSA**.
- Del correo electrónico que le fuera enviado a **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) el 2 de septiembre de 2008 no se desprende ni que haya habido una obstrucción a las importaciones de azúcar ni que él haya tolerado esa conducta.
- En cuanto a la cadena de correos del 18 de marzo de 2008 se afirma que la misma no da cuenta de la existencia de una conducta consentida o tolerada de **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), a la vez que no puede aceptarse una responsabilidad objetiva por el solo hecho de ser el director de una empresa. Bien por el contrario, lo que se aprecia es que para ese 18 de marzo de 2008 no existía ningún acuerdo para obstruir las importaciones.
- Si bien es cierto que aparece evidencia del envío de dichos mensajes electrónicos a **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), de lo que no existe prueba es que él haya recibido o leído para deducir de allí que toleró las conductas investigadas.

2.2.17. Argumentos particulares planteados por ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ (Gerente de INGENIO MANUELITA) en el recurso de reposición

- Se le habría violado el derecho a la igualdad ya que al serle notificada la resolución recurrida se le otorgó un plazo de solo cinco (5) días para impugnar y no de diez (10) conforme con lo establecido en el artículo 76 del CPACA, lo anterior teniendo en cuenta que su vinculación a la presente actuación se produjo en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).

- En ninguno de los actos administrativos proferidos se determina cuál de las conductas contenidas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (ejecutar, autorizar o tolerar) habrían sido infringidas por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**).
- En cuanto al Acta No. 736 del 8 de septiembre de 2008, **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) no estuvo presente en ella, razón por la cual estaba imposibilitado para adoptar una determinación en el sentido de tolerar o ejecutar una conducta violatoria del régimen de competencia.
- Afirma el sancionado que se le violó el derecho constitucional de no auto incriminación, ya que durante la diligencia de interrogatorio que se llevó a cabo en el curso de la investigación si bien se le manifestó la posibilidad de ejercer su derecho de defensa permaneciendo silente, lo cierto es que se le atribuyeron consecuencias negativas al silencio guardado, como lo es presumir por ciertos los hechos susceptibles de confesión.

2.2.18. Argumentos particulares planteados por RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ (Gerente de INGENIO MANUELITA) en el recurso de reposición

- La Superintendencia de Industria y Comercio no estableció qué se entiende por autorizar y tolerar, pese a imputar estas conductas, ni se especifica de qué manera los actos de **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) se encuadran en dichos verbos rectores.
- La única prueba que se aduce en contra de **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) es haber sido miembro de la Junta Directiva en el año 2010, con base en un borrador de Acta de Junta Directiva que fue remitido a su correo electrónico y no se presentó ni una sola prueba que demostrara que lo hubiese recibido.
- Ni en la Resolución de Apertura de Investigación, ni en las resoluciones posteriores que la complementaron, la Superintendencia de Industria y Comercio le informó a **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) por cuáles hechos se le estaba investigando.
- No debe imponerse una sanción a una persona natural: (i) sin definir qué se entiende por cada uno de los verbos rectores que, según la ley, permiten su sanción; (ii) cuando falta claridad y contundencia en los hechos que dan lugar a la decisión administrativa; y (iii) cuando en la Resolución Sancionatoria únicamente existe una prueba, cuyo contenido no es claro, sobre la vinculación del investigado con la conducta reprochada a los ingenios.
- En el expediente no obra ninguna prueba que evidencie un comportamiento esquivo, reacio o tendiente a obstruir la investigación por parte de **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); por el contrario, su comportamiento a lo largo del procedimiento administrativo fue intachable y no desatendió los requerimientos de la Entidad.

2.2.19. Argumentos particulares planteados por GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL (Gerente de INGENIO PROVIDENCIA) en el recurso de reposición

- En la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, por medio de la cual se le vinculó a la presente actuación administrativa a **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), no se acreditaron hechos o pruebas relacionadas con la conducta imputada. Se dice que no se especificó la conducta infractora ni las evidencias que darían cuenta de la presunta conducta objeto de sanción, con lo cual se le estaría violando su derecho de defensa y contradicción, ya que la acusación fue vaga y genérica.
- No existe prueba que lo relacione con la supuesta obstrucción a las importaciones de azúcar al país a que haría referencia el Acta de Junta Directiva de **CIAMSA** No. 736 de 2008.
- La forma en que **DICSA** y **CIAMSA** hayan negociado las importaciones desde Bolivia es algo ajeno que no puede controlar, respecto de lo cual da cuenta el Acta No. 745 del 29 de mayo de 2010 en que consta que tanto el contrato como las negociaciones jamás fueron aprobados por la Junta Directiva de **CIAMSA**.

2.2.20. Argumentos particulares planteados por MAURICIO IRAGORRI RIZO (Gerente de INGENIO MAYAGÚEZ) en el recurso de reposición

- Las conductas reprochables por las que se sanciona a **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente de **INGENIO MAYAGÜEZ**), simplemente constituyen una extensión de la responsabilidad de **INGENIO MAYAGÜEZ**.
- No existe prueba de la existencia de un supuesto acuerdo de obstrucción en el que haya participado **INGENIO MAYAGÜEZ**, por lo que tampoco hay prueba de que **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente de **INGENIO MAYAGÜEZ**) haya autorizado o ejecutado las conductas supuestamente infractoras.
- En cuanto a la aplicación de los criterios legales de dosificación, establecidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, fue incoherente la Resolución Sancionatoria impugnada por lo siguiente: (i) no hubo participación de **INGENIO MAYAGÜEZ** ni de su gerente **MAURICIO IRAGORRI RIZO** en alguna conducta anticompetitiva; (ii) el supuesto bloqueo de las importaciones nunca se concretó por lo que no puede afirmarse que hubo impacto en el mercado; (iii) es evidente que no hay reincidencia por parte del investigado en conductas de obstrucción de las importaciones, teniendo en cuenta que la norma se refiere a "la" y no a "una" conducta prohibida, por lo que debe evaluarse es si **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente de **INGENIO MAYAGÜEZ**) ha reincidido en la conducta de obstrucción y no cualquier otra; y (iv) **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente de **INGENIO MAYAGÜEZ**) no tuvo participación activa, ni de ejecución o liderazgo respecto de las conductas reprochadas, lo cual no fue valorado en la Resolución Sancionatoria.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó en favor de **INGENIO MAYAGÜEZ** ni **MAURICIO IRAGORRI RIZO** parámetros de dosificación legal de la sanción que jugaban en su beneficio, tales como el hecho de no tener participación alguna en las supuestas conductas relacionadas con Ecuador, Guatemala, Costa Rica y El Salvador.

2.2.21. Argumentos particulares planteados por **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) en el recurso de reposición

- Se le habría violado el derecho a la igualdad ya que al serle notificada la resolución recurrida se le otorgó un plazo solo de cinco (5) días para impugnar y no de diez (10) conforme con lo establecido en el artículo 76 del CPACA, lo anterior teniendo en cuenta que su vinculación a la presente actuación se produjo en vigencia de la Ley 1437 de 2011 (CPACA).
- En ninguno de los actos administrativos proferidos se determina cuál de las conductas contenidas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 habrían sido infringidas por **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**). En ese sentido, se le estaría sancionando por una reunión de Junta Directiva y haber sido copiado en unos correos electrónicos.
- **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) era miembro suplente de la Junta Directiva de **CIAMSA**, razón por la cual, solo actuaba en ausencia del miembro principal respecto del cual era suplente. Así pues, carecía de la facultad legal para adoptar una determinación en el sentido de tolerar o ejecutar una conducta violatoria del régimen de competencia.
- En caso de sancionar a **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) por hechos relacionados con la presunta comisión de conductas anticompetitivas consistentes en la obstrucción a las importaciones de azúcar provenientes de El Salvador para el año 2010, se estaría haciendo una modificación a la imputación fáctica, lo cual conllevaría la violación al debido proceso por vulneración al derecho de defensa y contradicción.
- No existe evidencia relacionada con una conducta tolerante por parte de **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) de las conductas anticompetitivas sancionadas. Frente al correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), no se puede inferir que el sancionado habría tolerado una práctica comercial restrictiva de la libre competencia económica.
- Para imputar una conducta ilegal a título de omisión es preciso estar en posibilidad jurídica de impedirla, lo cual no ocurrió en el caso de **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) ya que al carecer de poder de voto, estuvo imposibilitado para oponerse a lo ocurrido en el marco de la reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** contenida en el Acta No. 736 de 2008.

- Debe tenerse en consideración en la presente actuación administrativa que **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) no había sido sancionado previamente por conductas anticompetitivas.

2.2.22. Argumentos particulares planteados por **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) en el recurso de reposición

- Ninguna de las pruebas aducidas en contra de **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) fueron esgrimidas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.
- No existe prueba que relacione a **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) con la supuesta obstrucción de las importaciones de azúcar al país. Lo anterior, entre otras cosas, debido a que solo ha sido miembro suplente de la Junta Directiva de **CIAMSA** desde el 23 de junio de 2008, razón por la cual carece de voto y poder decisorio en dicha Junta. Adicionalmente, nunca ha sido miembro de la Junta Directiva de **DICSA**.
- Así mismo, indica que la evidencia relacionada con su participación en la obstrucción de las importaciones de azúcar provenientes de El Salvador jamás se le imputó. Por lo demás, no se probó su posible participación en la presunta obstrucción de azúcar proveniente de Ecuador, Bolivia, Guatemala y Costa Rica.
- Respecto de la presunta participación en la obstrucción de las importaciones de azúcar provenientes de El Salvador, habría caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en el mes de abril del presente año, es decir, cinco (5) años después de la última prueba en el expediente, como lo es el correo electrónico que le llegó a su cuenta originado el 20 de abril de 2010.
- Solicita la revocación del Artículo Séptimo de la Resolución Sancionatoria, o en su defecto que se aclare en el sentido de preciar que la actuación administrativa a seguir no puede adelantarse en su contra, sino solo respecto de las personas jurídicas.

2.2.23. Argumentos particulares planteados por **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) en el recurso de reposición

- El hecho de que **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) y algunos funcionarios de **INGENIO RISARALDA** aparezcan como receptores de algunos correos electrónicos no puede apreciarse como prueba o indicio de participación en dichos acuerdos.
- En la sanción impuesta a **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) se indica que "toleró" el supuesto acuerdo por su participación como receptor de los correos electrónicos del 2 de septiembre de 2008, 30 de enero de 2009 y 20 de abril de 2010 remitidos por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y la cadena de correos del 18 de marzo de 2008, así como por haber participado en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre de 2008, elementos estos que no se habían usado antes para reprochar su conducta.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no demostró en la Resolución Sancionatoria que **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) haya tolerado el supuesto acuerdo de obstrucción de importaciones. Al investigado se le sanciona por haber tolerado el supuesto acuerdo y por formar parte de la Junta Directiva de **CIAMSA** para la época de los hechos, siendo que lo hacía en calidad de suplente y nunca tuvo la posibilidad o capacidad de impedir la supuesta conducta.
- La Junta Directiva de **CIAMSA** ordenó la no realización del acuerdo con los ingenios bolivianos, tal como se demuestra mediante el Acta No. 745 del 26 de mayo de 2009, lo cual lleva a la conclusión de que se tomaron medidas para evitar la comisión de la conducta, lo cual imposibilita la acusación de que los investigados la hayan tolerado.
- Al tratarse la cadena de correos del 18 de marzo de 2008, de unas comunicaciones en la que se expresan opiniones personales, no puede derivarse la participación en una conducta

anticompetitiva por parte de **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), quien fuera únicamente receptor de las mismas.

- La multa impuesta a **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) corresponde al 77,4% del monto máximo a imponer, mientras que la sanción impuesta a **INGENIO RISARALDA** equivale al 25,9% del máximo legal.
- **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) tendría que destinar el 98,44% de su renta anual líquida al pago de la sanción, poniendo en riesgo su patrimonio.

2.2.24. Argumentos particulares planteados por **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**) en el recurso de reposición

- Para la época de los hechos **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**) actuaba como miembro suplente de la Junta Directiva de **CIAMSA**, sin tener voz y voto en la misma, y a las reuniones de este órgano directivo siempre asistió el miembro principal.
- La imputación fue modificada en diversas ocasiones durante la actuación administrativa y sólo con la Resolución Sancionatoria llegó a conocerse el fundamento de la multa impuesta.
- La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no formuló una imputación clara, concreta y precisa y solo se fundamentó en el hecho de ser representantes de los ingenios y hacer parte de las juntas de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y **DICSA**, sin especificar cuál fue su participación específica en los presuntos acuerdos anticompetitivos o el verbo rector en el que se encuadrarían sus conductas.
- La sanción impuesta a **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**) por haber "ejecutado" y "tolerado" un supuesto acuerdo anticompetitivo, se fundamenta en hechos y elementos que la Superintendencia de Industria y Comercio nunca había usado para reprochar la conducta del investigado, violando así su derecho de defensa y al debido proceso. Particularmente, la Resolución Sancionatoria señala que **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**) figura como receptor en el correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), participa en la cadena de correos del 18 de marzo de 2008 y participó en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre de 2008.
- La sanción se basa en una recomendación hecha por el investigado en correo del 2 de febrero de 2009, sin que dicha recomendación se haya materializado o fuera idónea para restringir la competencia. En segundo lugar, al investigado se le sanciona por haber tolerado el supuesto acuerdo por formar parte de la Junta Directiva de **CIAMSA** para la época de los hechos, siendo que lo hacía en calidad de suplente y nunca tuvo la posibilidad o capacidad de impedir la supuesta conducta.
- Es inadmisibles, desproporcionado e insólito que se sancione a **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**) por su participación en la cadena de correos del 18 de marzo de 2008, ya que se trata de una opinión personal hecha por el investigado, de la cual no puede derivarse evidencia de que haya incurrido en la celebración de un acuerdo anticompetitivo.
- No se aplicaron los criterios de graduación de las multas a personas naturales, establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ya que únicamente se utilizó el patrimonio de los investigados para hacer dicha graduación, sin hacerse referencia al grado y gravedad de la participación de los investigados en los supuestos acuerdos, el impacto sobre el mercado.
- Las multas impuestas no son proporcionales y resultan confiscatorias. No es de recibo que la multa impuesta a **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**) represente un 84,6% del monto máximo de las multas a personas naturales, mientras que a **INGENIO CENTRAL TUMACO** se le impuso una multa equivalente al 2,8% del máximo, existiendo una clara desproporción de la sanción.
- Para el pago de la sanción impuesta a **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente **INGENIO CENTRAL TUMACO**), este tendría que destinar más de dos años de su renta líquida anual, imposibilitándose así la generación de ganancia alguna y poniendo en riesgo su patrimonio.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del CCA, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio.

Ninguno de los recurrentes solicitó la práctica de pruebas con la interposición de los recursos de reposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 56 del CCA.

Ahora bien, mediante Resolución No. 86338 del 3 de noviembre de 2015, el Despacho decretó de oficio la práctica de algunas pruebas en el marco del trámite de los recursos de reposición interpuestos.

Frente a la citada Resolución No. 86338 del 3 de noviembre de 2015, este Despacho recibió solicitudes de aclaración presentadas por los investigados **CIAMSA, INGENIO RISARALDA, INGENIO CENTRAL TUMACO, CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ, CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, SANTIAGO SALCEDO BORRERO** y **DICSA**, las cuales se rechazan por improcedentes, habida cuenta de que dichas solicitudes de aclaración a la luz de la normatividad procesal aplicable deben ser elevadas a través del recurso de reposición (artículo 50 del CCA), y este medio de impugnación no procede contra el auto que decreta pruebas de acuerdo con las normas especiales que regulan el procedimiento administrativo por infracciones al régimen de la libre competencia económica (artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 en concordancia con el artículo 49 del CCA).

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 59 del CCA, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

No obstante para efectos de resolver un recurso de reposición contra un acto administrativo sancionatorio por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica no es obligatoria la convocatoria del Consejo Asesor de Competencia, de conformidad con el inciso 2 del artículo 25 del Decreto 4886 de 2011¹¹, concretamente en lo referido a la facultad discrecional del Superintendente de Industria y Comercio según la cual "*podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente*", el 22 de diciembre de 2015 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual por unanimidad recomendó confirmar que 12 ingenios azucareros, 2 entidades del sector, el gremio y 14 personas naturales infringieron el régimen de libre competencia económica en virtud de un acuerdo que tuvo por objeto la obstrucción de importaciones de azúcar al país.

En consecuencia, el Despacho agrupó para su análisis los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los investigados, así:

4.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el supuesto beneficio a intereses particulares producto de la presente actuación administrativa

Algunos de los investigados reprocharon el ejercicio del poder sancionador de la Superintendencia de Industria y Comercio en la presente actuación administrativa, argumentando que la decisión de sancionar el acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial que tenía por objeto la obstrucción de importaciones de azúcar hacia Colombia, habría beneficiado a los intereses particulares de grandes grupos económicos, compañías nacionales y multinacionales, que ostentan, algunas de ellas, la calidad de terceros interesados en la presente actuación administrativa.

En este sentido, indicaron algunos en sus recursos, que en el curso de la audiencia de conciliación prevista en el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, algunos de los ingenios investigados le propusieron a los quejosos llevar a cabo un proyecto de implementación de acuerdos horizontales y verticales tendientes a reducir el precio del azúcar industrial, a condición de que la reducción de los costos de adquisición de dicha materia prima se le trasladara inmediatamente a los consumidores finales. Los industriales que compran el azúcar como materia prima para sus procesos de transformación y elaboración de sus productos y reconocidos en la actuación como terceros interesados,

¹¹ "**Artículo 25. Consejo Asesor.** El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último **podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente** y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos:

(...)" (Negrilla fuera de texto)

desestimaron esa propuesta de algunos de los investigados. Llama poderosamente la atención de este Despacho, la fórmula conciliatoria propuesta por los investigados a los industriales reconocidos como terceros interesados, pues ella consiste en proponer la creación de un nuevo cartel empresarial o acuerdo anticompetitivo, lo cual denota un claro desconocimiento de las más elementales normas de la libre competencia o por lo menos, cierta inclinación a solucionar los problemas del sector a través de la cartelización.

Estos argumentos parten de un entendimiento completamente equivocado de cuáles son los objetivos de las reglas que protegen la libre competencia en el mercado y, en consecuencia, de cuál es el alcance de las actuaciones administrativas sancionatorias de policía económica o inspección, vigilancia y control adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas del derecho colectivo a la libre competencia.

Como se pasa a explicar, los objetivos perseguidos por la Autoridad Nacional de Competencia están lejos de buscar el beneficio particular de un determinado empresario o grupo de empresarios, nacionales o extranjeros. Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor, a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

La *economía social de mercado* es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política, en el cual libre competencia y, por ende la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado constituye su columna vertebral. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia y le dio a la misma, la característica de ser un derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

Los artículos 88 y 333 de la Carta Política establecen:

"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

"Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Bajo este panorama se evidencia que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de la totalidad de la población y de los distintos jugadores del mercado. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia.

Dicho lo anterior, es oportuno mencionar que corresponde a esta Superintendencia contribuir a la consecución de los fines esenciales del Estado, a la luz de lo previsto en el artículo 2 de la Constitución Política:

"Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Es así como, protegiendo la competencia y rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia¹².

De acuerdo con la OCDE¹³:

"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"¹⁴.

Según la OCDE, los carteles constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.

En efecto, la libre competencia es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta

¹² Consejo Privado de Competitividad: "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.

¹³ OCDE corresponde a la sigla en inglés para Organisation for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico).

¹⁴ OCDE: "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" Octubre de 2014, págs. 2 y 3.

más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan los recursos de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc. Estudios recientes sobre el impacto de los carteles empresariales afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales¹⁵. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%¹⁶ en los productos o servicios afectados por los carteles o acuerdos anticompetitivos, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

La OCDE estima que, **en promedio**, los carteles aumentan el 30% del valor de un producto en el mercado¹⁷. De allí que la efectiva protección de la libre competencia y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de libre competencia para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios.

Los beneficios de contar con un régimen de competencia sólido y eficiente han sido reconocidos en varias jurisdicciones o países. Los estudios sobre la materia señalan, por ejemplo, que la aplicación de las leyes de competencia en el Reino Unido ha llevado a millonarios ahorros por año para los consumidores¹⁸. También se ha estimado que la eliminación de acuerdos anticompetitivos por parte de las agencias de competencia trae como efecto reducciones en los precios de los productos de entre el 20% y 40%¹⁹. Solo en los Estados Unidos, la persecución de estas conductas entre 2000 y 2007 ha generado ahorros para los consumidores de varios billones de dólares²⁰.

A su turno, se lee en la Exposición de Motivos de la Ley 1340 de 2009 lo siguiente:

"En una economía que confía en la iniciativa empresarial como medio para crear riqueza, ingreso y bienestar como la nuestra, la preservación de mercados competitivos está en la base de múltiples objetivos sociales y económicos. En efecto, como lo establece el artículo 1 del Decreto 2153 de 1992, velar por la observancia de las normas que reprimen esas prácticas hace posible lograr varias finalidades. Mejora la eficiencia del aparato productivo nacional; hace posible que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios. También es el instrumento para asegurar que las empresas puedan participar libremente en los mercados y busca hacer posible que en los mercados existan variedad de precios y calidades.

El logro de esas finalidades exige preservar una competencia libre. El Congreso de la República dio un paso fundamental para procurar libre competencia al expedir la Ley 155 de

¹⁵ John M. Connor, Robert H. Lande, *Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays*, November 1, 2012. 34 Cardozo Law Review 427 (2012).

¹⁶ Levenstein, M., and V. Suslow. 2004. "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy." *Antitrust Law Journal* 71 (3): 801-52.

¹⁷ Organization for Economic Cooperation and Development, OECD, *Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean*, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38835329.pdf>

¹⁸ U.K. Office of Fair Trading. 2010. "Positive Impact 09/10: Consumer Benefits from Competition Enforcement, Merger Control and Scam Busting." OFT Paper 1251. London.

¹⁹ Evenett Levenstein and Suslow (2001).

²⁰ Werden, G. J. 2008. "Assessing the Effects of Antitrust Enforcement in the U.S." *The Economist* 156 (4): 433-51.

1959 como instrumento antimonopolios. Es cierto que ese esfuerzo legislativo por décadas representó simplemente una declaración de principios por falta de aplicación. Pero sigue siendo el instrumento central para combatir el abuso de poder de mercado o las prácticas colusorias tendientes a adquirir ese poder en detrimento de potenciales competidores y en últimas de los consumidores. Un esfuerzo legislativo complementario está representado por el Decreto 2153 de 1992. Este bien puede concebirse como un simple desarrollo de los mandatos de la Ley 155 de 1959. No obstante, su verdadero mérito está en que ha sido aplicado en la práctica.

La aplicación reciente y creciente de esas normas ha tenido efectos positivos. Su aplicación intensiva ha permitido contribuir a desarrollar una cultura de la competencia en el país. Ciertamente las multas o las órdenes de cesar conductas que reprimen indebidamente la competencia, apuntaladas con garantías, contribuyen a crear esa cultura. Igual efecto produce el control previo de integraciones, muchas de las cuales se condicionan precisamente para restablecer la competencia.

En todo caso, es la creciente competencia, fuerza a la que están expuestas hoy por hoy todas las actividades de la economía, lo que ha puesto de presente en todos los países que esa fuerza debe promoverse y defenderse de los riesgos de abuso. Esos riesgos latentes en mercados competitivos explican la necesidad de evitar o controlar los abusos de posiciones de dominio, como lo ordena la Constitución.

No obstante, la eficacia real de los instrumentos legales antes citados no depende solamente de tener un catálogo de conductas prohibidas. Si estas no están acompañadas de otros factores que hacen posible realizar en la práctica sus objetivos, su eficacia es cuestionable".

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Sus propósitos y finalidades se encuentran contenidos, además, en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 como a continuación se explica.

En efecto, advierte el Despacho que a la luz del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de competencia tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores y; (iii) la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación de los mercados locales. En contraposición, las firmas que se desenvuelven en ambientes protegidos con barreras a la entrada, cartelizados, coludidos o en general en ambientes de no competencia por cualquier factor injustificado, en el mediano plazo se enfrentarán a dificultades para ser competitivos frente a empresas que surgieron en escenarios de rivalidad, situación que se materializa en una economía global, en la imposibilidad de conservar o aumentar cuotas de mercado en relación con productos importados de países con ambientes competitivos, así como en la dificultad de conquistar mercados en el exterior.

Por otro lado, la libre competencia genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos o cartelizados, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros del cartel. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia, abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

(...)

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción".²¹

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, **desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos**"²². (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, la afirmación según la cual con la presente actuación administrativa se estarían favoreciendo intereses particulares, pierde de vista los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, que en realidad no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.

Vale la pena reiterar lo que se indicó en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que la presente investigación administrativa tiene relación con un producto cuya sensibilidad e importancia para todos los colombianos (ciudadanos y empresas) es innegable, toda vez que se trata de un producto que hace parte de la canasta familiar de manera directa, o es utilizado como insumo productivo por muchos industriales para un sinnúmero de alimentos adquiridos diariamente (y probablemente muchas veces al día) por todos los colombianos.

Por lo dicho, no se encuentra de recibo el argumento de los recurrentes relacionado con el presunto favorecimiento a las grandes empresas nacionales y multinacionales con ocasión de los resultados que arrojó esta investigación. Ahora bien, si como consecuencia del desmantelamiento de un acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial se benefician tanto ciudadanos como empresas, es precisamente porque actúan como consumidores intermedios o finales en la cadena de valor o, simplemente, porque la eficiencia económica del mercado alcanzada a partir del restablecimiento de una dinámica de rivalidad genera externalidades positivas sobre la sociedad en su conjunto. Igual ocurre, por ejemplo, cuando se protege el derecho colectivo al medio ambiente sano, y se benefician

²¹ Resolución No. 76724 de 2014.

²² Corte Constitucional. Sentencia C – 172 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

de ello, directamente, los habitantes de la rivera de un río o quienes tienen casas alrededor de una laguna.

Conclusiones

- La libre competencia económica es un derecho colectivo de rango constitucional que redundará en beneficio de la totalidad de la población y de los distintos jugadores o agentes del mercado. Dentro de las más importantes políticas públicas con que cuenta el Estado para alcanzar sus fines esenciales, está la promoción y protección de la libre competencia como columna vertebral de la economía social de mercado.
- La presente actuación administrativa no está encaminada a favorecer o proteger intereses particulares. Los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, son la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendiendo por tales, todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio como insumo o materia prima para sus procesos productivos.
- En cuanto a la libre participación de las empresas en el mercado y su eficiencia económica, al falsearse la libre competencia, además de perjudicarse a la competitividad de un país, se afectan todos los consumidores y el buen funcionamiento de los mercados, lo cual no solamente se produce a través de precios artificialmente altos sino también con la disminución de la calidad de los productos o la reducción significativa de sus cantidades, cualidades, funcionalidades, variedades, etc.
- Esta investigación se relaciona con un producto sensible e importante para los colombianos (azúcar), ya que hace parte de la canasta familiar, y es un insumo para muchos productos alimenticios adquiridos diariamente por los consumidores colombianos.
- Según la OCDE, los carteles constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (especialmente los más pobres) e innecesariamente costosos para otros.
- Si como consecuencia del desmantelamiento de un cartel se benefician tanto personas como empresas, es precisamente porque actúan como consumidores intermedios o finales en la cadena de valor o, simplemente, porque la eficiencia económica del mercado alcanzada a partir del restablecimiento de una dinámica de rivalidad genera externalidades positivas sobre la sociedad en su conjunto. Igual ocurre, por ejemplo, cuando se protege el derecho colectivo al medio ambiente sano, y se benefician de ello, directamente, los habitantes de la rivera de un río o quienes tienen casas alrededor de una laguna.

4.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la supuesta violación al debido proceso derivada de la falta de acceso al expediente

Algunos recurrentes afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en una violación al debido proceso, al no haber tenido de manera oportuna acceso a todo el expediente, motivo por el cual no habrían podido ejercer su derecho de contradicción. La inconformidad de los recurrentes tiene que ver, fundamentalmente, con la información en formato magnético que obra en el expediente.

Como punto de partida debe el Despacho recordarle a los investigados que buena parte de la información a la que alegan no haber podido acceder, se refiere a pruebas recaudadas durante la etapa de averiguación o indagación preliminar dentro de las visitas administrativas de inspección practicadas a los propios investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio, información que fue almacenada como mensaje de datos²³, **en la misma condición y formato con que los**

²³ De conformidad con el literal a) del artículo 2 de la Ley 527 de 1997, se define mensaje de datos como:

"Artículo 2. **Definiciones.** Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

a) **Mensaje de datos.** La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;

investigados inspeccionados la tenían en los dispositivos electrónicos o computadores de los cuales se extrajo la información.

El mecanismo para almacenar y conservar²⁴ los mensajes de datos recaudados y empleado por la Superintendencia de Industria y Comercio lo que busca es garantizar los principios de originalidad²⁵ e integridad de los mensajes de datos²⁶ que conforman el material probatorio, pues su conversión a otros formatos o lenguajes pondrían en riesgo su originalidad e integridad y su posibilidad de valoración probatoria²⁷ como mensajes de datos.

Por esta razón, la Superintendencia de Industria y Comercio, al igual que otras Entidades que recaudan información de sus investigados en formatos digitales, aplica protocolos idóneos para conservar la integridad de un mensaje de datos, garantizando así que el mismo permanezca inalterado en el curso de la investigación. Esto sucede mediante la recolección de imágenes que son fiel copia de todo o parte de un dispositivo de almacenamiento o sistema de información, por ejemplo, computador. Dichas imágenes mantienen la integridad de los mensajes de datos, asegurando que lo que se está viendo corresponde a la prueba que fue recolectada y en la forma en que fue recolectada, que es lo que se conoce como la "copia espejo" del documento electrónico.

(...)"

²⁴ **Ley 527 de 1997. Artículo 12. Conservación de los mensajes de datos y documentos.** Cuando la ley requiera que ciertos documentos, registros o informaciones sean conservados, ese requisito quedará satisfecho, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contengan sea accesible para su posterior consulta.
2. Que el mensaje de datos o el documento sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que permita demostrar que reproduce con exactitud la información generada, enviada o recibida, y
3. Que se conserve, de haber alguna, toda información que permita determinar el origen, el destino del mensaje, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido el mensaje o producido el documento.

No estará sujeta a la obligación de conservación, la información que tenga por única finalidad facilitar el envío o recepción de los mensajes de datos.

Los libros y papeles del comerciante podrán ser conservados en cualquier medio técnico que garantice su reproducción exacta."

²⁵ **Ley 527 de 1997. "Artículo 8. Original.** Cuando cualquier norma requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si:

- a) Existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma;
- b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que la información no sea presentada o conservada en su forma original."

²⁶ **Ley 527 de 1997. "Artículo 9. Integridad de un mensaje de datos.** Para efectos del artículo anterior, se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de comunicación, archivo o presentación. El grado de confiabilidad requerido, será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias relevantes del caso."

²⁷ **Ley 527 de 1997. "Artículo 10. Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.** Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original."

"Artículo 11. Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente."

Quiere decir lo anterior que la información que reposa en el expediente de la Superintendencia de Industria y Comercio, **no es nada diferente de los archivos que fueron recaudados durante las visitas administrativas de inspección en los servidores, computadores y demás sistemas de almacenamiento o de información de los propios investigados.**

Por ejemplo, en la visita administrativa practicada en el **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, el 4 y 5 de octubre de 2010 se recaudó un documento electrónico en formato Word (Microsoft Office) en el computador de OLGA LUCÍA ECHEVERRY – Secretaria de Presidencia, en la siguiente ruta: Archivos/info presidencia/Info Presidencia /HAROLD CERON/PLAN ATAQUE IMPORTACIONES.doc.. Por lo anterior, en el expediente reposa una fiel copia de ese mismo archivo en formato Word²⁸. Así, si un investigado o su abogado quiere abrir ese específico documento en ese específico formato, nada diferente tiene que hacer de utilizar el mismo software que era utilizado en la fuente original para visualizar dicho archivo, es decir, el mencionado programa o software Microsoft Office que tiene Word, lo cual no demanda ninguna actuación extraordinaria, pericia especial, conocimiento técnico desbordado o superior al de cualquier persona en el mundo digital de esta época. Como es apenas obvio, este ejemplo es replicable para todos los documentos electrónicos recolectados en las visitas administrativas de inspección efectuadas a los investigados en el curso de este procedimiento sancionatorio, fundamentalmente desde la etapa de averiguación o indagación preliminar.

Ahora bien, desde el momento en que se profirió la inicial Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, es decir, **desde que se expidió la Resolución No. 5347 de 2012 del 13 de febrero de 2012**²⁹, **se puso a disposición de los interesados la totalidad del expediente administrativo.** Frente a cada solicitud de expedición de copia de la totalidad del expediente (lo que incluye la totalidad de pruebas digitales o mensajes de datos), la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio le solicitó a cada interesado allegar un disco duro portátil, en el cual se haría la copia de la información electrónica del expediente.

Tal y como consta en el expediente, mediante Actas de Entrega de Información en Medio Magnético del Expediente 10-57750, se les entregó copia del expediente en disco duro portátil a los diferentes abogados autorizados o apoderados de **TODOS** los investigados que para esa época o con posterioridad fueron vinculados a la investigación. La entrega de estos discos duros portátiles se dio a solicitud de los investigados o sus apoderados, en ejercicio del derecho procesal de pedir y obtener la expedición de copias de una actuación administrativa o judicial, en formato físico o formato digital, según fuere el caso.

Veamos cuándo y a quiénes se les hizo entrega del correspondiente disco duro portátil con las piezas procesales que conforman el expediente:

- El 14 de marzo de 2012 se le entregó un (1) disco duro portátil a **JULIE STEPHANIE BARÓN GUTIÉRREZ**, abogada de la firma **ESGUERRA, BARRERA, ARRIAGA ASESORES JURÍDICOS** (hoy **ESGUERRA ASESORES JURÍDICOS**).

En dicha firma ejercen como abogados:

- **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, apoderado de tres (3) investigados: **INGENIO MANUELITA**, **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) y **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**);
- **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**, apoderado de cuatro (4) investigados: **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPALIA CASTILLA**), **ALFONSO OCAMPO GAVIRIA** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPALIA CASTILLA**) y **DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPALIA CASTILLA**);
- **NATALIA BARRERA SILVA**, apoderada de dos (2) investigados: **INGENIO LA CABAÑA** y **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**).³⁰

²⁸ Folio 715 Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

²⁹ Folios 1429-1481 Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

³⁰ Folio 1640 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

- El 13 de marzo de 2012 se le entregó un (1) disco duro portátil a **OLGA LUCÍA MARIÑO PINTO**, abogada de la firma **IBARRA ABOGADOS**.

En dicha firma ejercen como abogados:

- **GABRIEL IBARRA PARDO**, apoderado de seis (6) investigados: **CIAMSA**³¹, **INGENIO RISARALDA**, **INGENIO CENTRAL TUMACO**, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente de **INGENIO RISARALDA**), y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**).³²
- **ANA LUCÍA PARRA VERA**, apoderada de dos (2) investigados: **DICSA** y **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**);
- El 20 de marzo de 2012 se le entregó un (1) disco duro portátil a **NÉSTOR ENRIQUE JIMÉNEZ CAMARGO**, abogado de la firma **MARTÍNEZ NEIRA ABOGADOS** (hoy **DLA PIPER MARTÍNEZ NEIRA**), abogado autorizado por **JUAN ANTONIO DUQUE DUQUE**, sustituto de **NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA**, apoderado de diez (10) investigados: **INGENIO CARMELITA**³³, **INGENIO INCAUCA**, **INGENIO PROVIDENCIA**, **INGENIO PICHICHÍ**, **INGENIO MARIA LUISA**, **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**)³⁴ y **WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA** (Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**).
- El 20 de marzo de 2012 se entregó un (1) disco duro portátil a **ADELAIDA CASTAÑO BAENA** abogada autorizada por **SAMUEL FRANCISCO CHALELA ORTIZ**, apoderado de dos (2) investigados: **INGENIO MAYAGÜEZ**³⁵ y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**).
- El 26 de marzo de 2012 se le entregó un (1) disco duro portátil a **ESPERANZA RODRÍGUEZ VÁSQUEZ**, abogada autorizada por **ANDRÉS FERNÁNDEZ DE SOTO**, apoderado de dos (2) investigados: **INGENIO SANCARLOS**³⁶ y **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**).
- El 10 de abril de 2012 se entregó un (1) disco duro portátil a **GLORIA INÉS CASTRO VARGAS**, abogada autorizada por **PABLO CÁCERES CORRALES**, apoderado de (2) investigados: **ASOCAÑA**³⁷ y **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**).

Es importante advertir, que el artículo 329 del Código de Procedimiento Civil establece, claramente, que las actuaciones surtidas con la persona que *"figure en el proceso como representante de varias, (...) se considerará como una sola para los efectos de las notificaciones, traslados, requerimientos y diligencias semejantes"*.

De otra parte, algunos investigados manifestaron la imposibilidad de acceder a los mensajes de datos con extensiones **.OST** y **.PST**³⁸, información que vale la pena reiterar, correspondía a

³¹ Folio 1655 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

³² Folio 1656 del Cuaderno Público No. 6 del expediente.

³³ Folio 1728 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente. Posteriormente apoderado por **JAIRO RUBIO ESCOBAR**.

³⁴ Posteriormente apoderado por **JAIRO RUBIO ESCOBAR**.

³⁵ Folio 1729 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

³⁶ Folio 1788 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

³⁷ Folio 5148 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente.

³⁸ El Archivo de datos de Outlook (.pst) es el que se usa para la mayoría de las cuentas. Si usa una cuenta de Microsoft Exchange, los elementos se entregan y guardan por lo general en el servidor de correo. Para poder trabajar con los mensajes, incluso si no puede conectarse al servidor de correo, se guarda en el equipo un segundo tipo de archivo de

mensajes de datos extraídos de las visitas administrativas de inspección en las propias empresas investigadas. En este sentido, señalaron los investigados que dichos mensajes de datos solamente podían ser consultados adquiriendo un complejo software con características especialísimas que, según ellos, no es de fácil acceso y que, por lo tanto, era necesario seguir un procedimiento que solo podía realizarse en el Laboratorio de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual es en realidad, absolutamente falso.

En efecto, los archivos de correo electrónico recaudados en las visitas administrativas de inspección en las oficinas de los investigados correspondientes a mensajes de datos con formato .PST (*Microsoft Outlook Personal Folders*) son archivos compuestos que en su interior contienen correos electrónicos de manera organizada, es decir, que es similar a un mensaje de datos en formato de compresión como lo es un archivo ZIP, que para su apertura solo basta desplegar un procedimiento muy sencillo desde la misma herramienta de software Outlook de Microsoft Office. No se tiene que adquirir un software que no sea de fácil acceso, ni mucho menos acudir al Laboratorio de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio para poder abrirlo. Es tan sencillo el procedimiento para acceder a dichos mensajes de datos, que cualquier persona que tenga instalado el programa Microsoft Outlook lo puede hacer, o en el peor de los escenarios, cualquier persona con unos conocimientos básicos y elementales en sistemas podría acceder a la información.

Ahora bien, frente a las imágenes de archivos con extensiones .OST, nuevamente debe precisarse que quedaron grabados de acuerdo con el formato con el que cada investigado contaba en sus instalaciones cuando se hicieron las visitas administrativas de inspección. En lo que se refiere a la lectura de este tipo de mensajes de datos .OST, se debe hacer con herramientas de software que se adquieren fácilmente en el mercado y no es obligatorio que se trate de herramientas forenses. Hay herramientas libres o gratuitas, así como otras herramientas que son de fácil consecución en el mercado.

Lo anterior, es similar a lo que ocurre cuando se necesita abrir un mensaje de datos con extensión .DOC, para lo que existen múltiples herramientas libres (es decir, sin necesidad de pagar un precio para adquirir la licencia) como también de fácil acceso en el mercado que permitan visualizar dicho archivo o mensaje de datos como es el Microsoft Office Word en cualquiera de sus versiones.

En este sentido, no pueden ser de recibo las alegaciones planteadas por algunos de los investigados en el sentido de no haber podido, supuestamente, acceder a los documentos .PST y .OST, bajo la tesis de que para acceder a ellos se requerían sofisticados conocimientos y programas especiales, pues se reitera, ello es absolutamente falso.

Así, pues, vista la facilidad con la que se pueden revisar las pruebas que obran en el expediente, llama la atención que quien alega la supuesta imposibilidad para acceder a archivos del expediente en formato digital sean prominentes empresas del sector formal de la economía colombiana cuyos apoderados, a su vez, son reconocidos profesionales de reputadas firmas de abogados, circunstancia que revela en realidad es la ausencia del más elemental esfuerzo para ejercer la debida representación dentro del trámite administrativo. Habría bastado, por ejemplo, una llamada al cliente para pedir asesoría o ayuda, llamar a su propio personal de sistemas, contratar un ingeniero de sistemas o cualquier persona que pudiera tener estos básicos conocimientos o pedir ayuda a la propia Superintendencia de Industria y Comercio, tal y como se los impone el deber profesional conforme con lo previsto en la Ley 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado). En efecto, esta Superintendencia no puede entender cómo los apoderados de algunos de los investigados, después de tantos años, se han limitado a manifestar que les fue "*imposible*" el acceso al expediente y alegar una supuesta violación al debido proceso por parte de esta Entidad, pretendiendo trasladar o trasladando a la Superintendencia de Industria y Comercio, las cargas que el cumplimiento de su deber profesional les exige.

Si eventualmente los archivos no se abrieron con la simple acción de un "*doble clic*", cabría preguntarse si en las oficinas de abogados que representan a los investigados no existe un departamento de sistemas que hubiera podido prestar este sencillo soporte técnico, o contratarse a un técnico independiente, o incluso, algo igualmente sencillo, acudir a la ayuda de sus propios representados (llamar a sus propios clientes), que fue de donde la Superintendencia tomó la información, se reitera, en el mismo formato en que los inspeccionados la tenían almacenada, para efectos de conservar la originalidad e integridad. Eso es tan ilógico en la actualidad, como si la

Superintendencia de Industria y Comercio entregara un documento electrónico en formato *Excel* o en PDF y alguien alegara la violación al debido proceso por no contar o poder conseguir la posibilidad tecnológica de abrirlo y por esta vía, culpar a la autoridad administrativa o judicial que tiene a su cargo el expediente.

No puede ser de recibo en el mundo de hoy, en ningún contexto de ningún trámite, independientemente de su naturaleza, alegar una especie de **analfabetismo informático** para justificar una supuesta violación del derecho de defensa por presuntamente no acceder a unas pruebas que reposan en archivos y formatos digitales fácilmente consultables con la utilización de las herramientas que están a disposición en el mercado. Ese alegado **analfabetismo informático** no es una razón jurídicamente atendible, pues es en realidad es una verdadera **desidia informática** de los apoderados que mal podría trasladarse a la autoridad que ha prestado toda su colaboración, sin que fuese para ella obligación.

No obstante lo anterior y como si ello no fuera suficiente, la Superintendencia de Industria y Comercio atendió en múltiples ocasiones todas las inquietudes de los investigados, sus apoderados o dependientes, dando una respuesta oportuna y exhaustiva a cada una de ellas desde el mismo momento de la expedición de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, ayudando a los investigados y seguramente siendo más colaboradores de lo estrictamente necesario, siempre con la intención de prestarles una colaboración al respecto.

En efecto, mediante oficio radicado con el número 10-57750-00089-001 del 20 de marzo de 2012³⁹, **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, apoderado de **INGENIO MANUELITA** y otros investigados, manifestó que no habría sido posible acceder a los documentos contenidos en la carpeta denominada "**CIAMSA**", ya que al intentar abrir estos documentos con un simple "*doble clic*" aparece el siguiente mensaje: "*Acceso denegado al archivo. No tiene privilegios suficientes para acceder al archivo___*".

En virtud de lo anterior, mediante oficio radicado con el número 10-57750-111-1 de 22 de marzo de 2012⁴⁰, la Delegatura le manifestó al mencionado apoderado de **INGENIO MANUELITA** que el 20 de marzo de 2012 se le prestó apoyo técnico a sus dependientes judiciales **JULIE STEPHANIE BARÓN GUTIÉRREZ** y **RENATA BENEDETTI QUIÑONES**, en atención a las supuestas dificultades presentadas con la lectura de la información electrónica que reposa en el expediente. De esta forma, un ingeniero de la Superintendencia de Industria y Comercio les indicó el sencillo procedimiento que debe llevarse a cabo para importar los archivos de correo electrónico con extensión .PST, y el también simple procedimiento que debe seguirse para exportar/convertir archivos .OST, para proceder con su apertura y lectura, utilizando el programa Outlook de Microsoft, procedimiento que, como se manifestó anteriormente, no requiere adquirir un software de difícil acceso, ni mucho menos acudir al Laboratorio de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio, como falsamente lo pretenden hacer valer y ver los investigados que han presentado este reproche de imposibilidad de acceder a algunas pruebas que reposan en formato electrónico.

Así mismo, se verificó la correcta apertura y lectura de la información contenida en los archivos, que según las dependientes judiciales presentaban "problemas" en su apertura y lectura con anterioridad. De acuerdo con las manifestaciones verbales de **JULIE STEPHANIE BARÓN GUTIÉRREZ** y **RENATA BENEDETTI QUIÑONES**, las explicaciones y procedimientos practicados durante la asistencia técnica prestada por el ingeniero de la Superintendencia de Industria y Comercio fueron comprendidos a cabalidad por las mencionadas dependientes de la firma **ESGUERRA, BARRERA, ARRIAGA ASESORES JURÍDICOS** (hoy **ESGUERRA ASESORES JURÍDICOS**), en donde prestan sus servicios los apoderados **ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**, **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS** y **NATALIA BARRERA SILVA**, que en total representan a 9 investigados en la presente actuación administrativa.

En el mismo sentido, **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**, apoderado de **INGENIO RIOPAILA** y otros investigados, mediante oficio radicado con el número 10-57750-00087-0001 del 16 de marzo de 2012⁴¹, manifestó que la información que se le entregó en medio magnético en varios archivos de Outlook, cuando se intenta abrir, aparece el siguiente mensaje "*Acceso denegado al archivo. No tiene privilegios suficientes para acceder al archivo___*". Del mismo modo, la Delegatura, mediante

³⁹ Folios 1717-1719 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴⁰ Folios 1767 a 1769 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴¹ Folio 1708 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

oficio radicado con el número 10-57750-109-1 del 22 de marzo de 2012, le indicó al mencionado apoderado que "(...) Si bien menciona los inconvenientes afrontados para acceder a la información que reposa en el expediente, se recuerda que la SIC puso a disposición de los interesados todos los medios tecnológicos disponibles para permitir el acceso a la misma. (...). En relación con los inconvenientes señalados para abrir los archivos, se le manifiesta que la SIC estará dispuesta a ofrecer apoyo técnico para ilustrar paso a paso el procedimiento para lograr el acceso a dicha información"⁴².

Así mismo, mediante oficios radicados bajo los números 10-57750-00097-0001, 10-57750-00099-0001 ⁴³, 10-57750-00101-0001 ⁴⁴, 10-57750-00103-0001 ⁴⁵ y 10-57750-00104-0001, ⁴⁶ **JUAN ANTONIO DUQUE DUQUE**, sustituto de **NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA**, apoderado de diez (10) investigados: **INGENIO CARMELITA**⁴⁷ **INGENIO INCAUCA**, **INGENIO PROVIDENCIA**, **INGENIO PICHICHÍ**, **INGENIO MARIA LUISA**, **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**)⁴⁸ y **WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA** (Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**), manifestaron en la Delegatura de Protección de la Competencia que:

"En la carpeta de archivos del Ingenio Providencia, subcarpeta "correo electrónico Marta Valencia" F442CR2, no fue posible abrir ninguno de los correos electrónicos en la medida en que al intentar hacerlo, aparece una leyenda que dice "el sistema operativo y diversos programas usan estos archivos, Si los edita o modifica, podría dañar el sistema". Por lo anterior, prefirió abstenerse de abrirlos, lo que le impidió consultar todos los correos electrónicos que allí reposan. Lo anterior también sucedió con los archivos contenidos en la carpeta del Ingenio Pichichí, subcarpeta F734CR3, back up Beatriz Montoya, Outlook. Tampoco fue posible consultar los correos electrónicos que reposan en la carpeta del Ingenio San Carlos, F721CR2, San Carlos 7 de octubre 2010, Oscar Hernán Bohórquez Blandón.

Tampoco fue posible consultar ninguno de los correos electrónicos referidos a los funcionarios de CIAMSA, que obran en la carpeta CIAMSA, F1308- 1318 CR4. No fue posible consultar ninguno de los archivos Excel que reposan en la carpeta INCAUCA, Asocaña Incauca Provid. _F704CR2, INCAUCA y PROVIDENCIA – Visita 04.10.2010 y 05.10.2010 (DVD 1 de 5), María Fernanda Gómez analista de ventas".

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante oficios radicados con los números 10-57750-114-1⁴⁹, 10-57750-114-1⁵⁰, 10-57750-114-1⁵¹, 10-57750-114-1⁵² y 10-57750-114-1⁵³ del 22 de marzo de 2012, dio respuesta al citado abogado, indicándole que esta Superintendencia estaría dispuesta a ofrecer apoyo técnico para ilustrar paso a paso el procedimiento para lograr el acceso a dicha información. Obsérvese que esos archivos correspondían a documentos extraídos por la Superintendencia de Industria y Comercio de los computadores de sus propios clientes **INGENIO PROVIDENCIA** e **INGENIO PICHICHÍ**, en la misma condición y formato con que los investigados los tenían en los dispositivos electrónicos de los cuales se extrajo la información. Sin embargo, el

⁴² Folios 1763 -1764 Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴³ Folios 1741-1743 Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴⁴ Folios 1745-1747 del Cuaderno Público No, 7 Del Expediente.

⁴⁵ Folios 1753-1755 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴⁶ Folios 1756-1758 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴⁷ Folio 1728 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente. Posteriormente apoderado por **JAIRO RUBIO ESCOBAR**.

⁴⁸ Posteriormente apoderado por **JAIRO RUBIO ESCOBAR**.

⁴⁹ Folios 1773-1774 Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

apoderado buscó ayuda en la Superintendencia de Industria y Comercio y recibió siempre una respuesta de la Entidad encaminada a colaborar en ese propósito.

Además de las múltiples ilustraciones, capacitaciones y explicaciones brindadas por la Delegatura para la Protección de la Competencia, tanto de forma escrita como presencial, los dependientes (mandatarios de los abogados) y los propios abogados de las diferentes oficinas, también tuvieron en todo momento la oportunidad de consultar, revisar y analizar toda la información que reposa en el expediente.

A su vez, y ante las dificultades puestas de presente por los apoderados de las investigadas, la Delegatura mediante Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, "*Por la cual adiciona una resolución de apertura a la investigación, se concede un término de traslado, se rechazan unas nulidades y se otorgan nuevamente unas oportunidades procesales*"⁵⁴ dedicó un capítulo entero para explicar a todos los interesados, nuevamente, el procedimiento para revisar las pruebas contenidas dentro del expediente, como si todo lo anterior hubiese sido poco.

En efecto, mediante Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, se dijo que:

"1) Los archivos de correo electrónico recolectados en las visitas administrativas en su gran mayoría corresponden al formato PST (Microsoft Office Outlook Personal Folders) los cuales son archivos contenedores de correos electrónicos y para su apertura, requieren realizar un procedimiento sencillo desde la misma herramienta de software Outlook de Microsoft, procedimiento conocido por cualquier técnico de informática o persona que esté medianamente familiarizada con el manejo de la citada herramienta. Estos archivos no se abren con la simple acción de doble click. Se requiere realizar un procedimiento de importar y exportar archivos"⁵⁵

En cuanto a los archivos con formato (.OST) –los cuales fueron escasos –, se debe precisar primero, que quedan grabados de acuerdo con el formato que tienen en la entidad donde se recaudó la información y segundo, que la lectura de este tipo de documentos electrónicos se debe hacer con una herramienta de software que tenga la compatibilidad para leer archivos (.PST) o (.OST) o, que permita la conversión entre estos dos tipos de formatos. Es por tanto necesario que las personas que consultan estos documentos cuenten con el programa que hace compatible su lectura o conversión a otros formatos y en caso de que no cuenten con el mismo consultarlo en las instalaciones de esta Superintendencia, lo cual en ningún momento se le negó a nadie.

2) La otra dificultad que probablemente se pudo presentar en algunos documentos electrónicos es que al momento de ser grabados en discos compactos de solo lectura (CD o DVD), el atributo de los archivos almacenados en estos medios cambian a archivos de solo lectura y cuando se intenta abrirlos con doble click, el sistema arroja el mensaje: "Acceso denegado al archivo. No tiene privilegios suficientes para acceder al archivo___" Inconveniente que se soluciona con el siguiente procedimiento sencillo: Click derecho sobre el archivo; propiedades y se desmarca el atributo "Solo lectura"; procedimiento que cualquier técnico en informática o persona que esté medianamente familiarizada con el manejo de informática puede ejecutar.

*No obstante las particularidades de índole tecnológico que se presentan con ocasión del aporte de información por parte de las empresas en medios magnéticos, propias de la evolución y avance de las tecnologías, y a fin de superar las dificultades afrontadas por los interesados en la consulta del expediente, profesionales de esta Delegatura brindaron la ilustración y soporte técnico necesario a los apoderados y dependientes que lo solicitaron con el fin de aprender el procedimiento para importar los archivos de correo electrónico de tipo .OST, para hacer posible y facilitar su apertura y lectura, utilizando el programa Outlook de Microsoft y, para exportar / convertir archivos tipo .OST, recolectados en las visitas a un formato compatible con el programa Outlook. (PST)"*⁵⁶

De este modo, y en aras de garantizar aún más el derecho de defensa de todos los investigados, mediante el citado acto administrativo (Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013), a través del cual se adicionó la apertura de la investigación, la Delegatura "(...) **con el ánimo de descartar,**

⁵⁴ Folios 6195-6227 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

⁵⁵ Archivo; importar y exportar, importar de otro programa o archivo; archivo de carpetas personales (PST); examinar; se ubica el archivo (PST) y finalizar.

⁵⁶ Folios 6201-6207 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

suprimir o eliminar cualquier posibilidad, huella o vestigio de vulneración, derecho de defensa alguno, derecho de contradicción y en general al debido proceso de quienes fueron vinculados a la presente investigación en el inicial acto administrativo de apertura (Resolución 5347 del 13 de febrero de 2012)⁵⁷, concedió a todos los investigados la oportunidad de que en un nuevo traslado y por el mismo término al inicialmente concedido, es decir, veinte (20) días, pudieran efectuar sus descargos, aportar y solicitar pruebas, y en general cualquier acto que de conformidad con la ley pueda surtirse dentro del término de traslado del acto de apertura de la investigación.

De esta forma, la Delegatura para la Protección de la Competencia declaró en esa oportunidad superada cualquier discusión relacionada con el acceso a ciertos documentos en formato digital o mensajes de datos, y en tal virtud, les concedió veinte (20) días adicionales a los más de 14 meses con los que ya habían contado (antes de la adición a la apertura de la investigación) para haber revisado el expediente en su integridad y acceder a todos los documentos entregados en los respectivos discos duros portátiles.

Mirado hasta aquí y sin perjuicio de lo que en adelante se indicará, habría que preguntarse ¿existe en Colombia un despacho judicial (juzgado, tribunal o alta corte) en el que el supuesto no acceso a un archivo electrónico por parte de un sujeto procesal, cuya visualización es absolutamente sencilla, se tratara con tanta generosidad, disposición, acompañamiento y paternalismo, que lo que hasta aquí se ha narrado fue la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio? ¿Será que alguien puede alegar que con todas estas garantías y extra garantías, se le ha violado el debido proceso? ¿O será más bien, que los abogados pretenden trasladarle a la Superintendencia sus responsabilidades de revisión del expediente y excusar así una posible falta de diligencia profesional?

Ahora bien, no se entiende cómo **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS, ALFONSO MIRANDA LONDOÑO** y **NATALIA BARRERA SILVA**, apoderados de nueve (9) de los investigados **INGENIO RIOPAILA CASTILLA, HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPALIA CASTILLA**), **ALFONSO OCAMPO GAVIRIA** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPALIA CASTILLA**), **DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPALIA CASTILLA**), **INGENIO MANUELITA, RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **INGENIO LA CABAÑA** y **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), todos en cabeza de la misma firma de abogados **ESGUERRA, BARRERA, ARRIAGA ASESORES JURÍDICOS** (hoy **ESGUERRA ASESORES JURÍDICOS**), mediante oficios radicados bajo los números 10-57750-02336-0001⁵⁸, 10-57750-02337-0001⁵⁹, 10-57750-02355-0001⁶⁰ del 10 de abril de 2015 (3 años después de la apertura de la investigación con pliego de cargos y 3 años después de recibir los discos duros portátiles con la copia de todo el expediente), respectivamente, solicitan se decreten unas nulidades procesales por los siguientes motivos:

"En el expediente existe una gran cantidad de información en CD en archivos tipo OST y .PST para cuya lectura es necesario tener un software especial y además los archivos deben ir enlazados unos con otros o de lo contrario es imposible ver el contenido de los mismos.

Al parecer solamente hasta finales del año 2014 la SIC se percató de esta circunstancia la cual fue puesta de presente por mis representadas y por RIOPAILA en comunicaciones radicadas los días 16 y 20 de marzo de 2012 y frente a las que la autoridad indicó que para exportar y convertir algunos de los archivos que había en el expediente era necesario tener un programa especial que realizaba esa conversión".

La Delegatura para la Protección de la Competencia desde la inicial Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de cargos (Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012), y en múltiples oportunidades adicionales, explicó el sencillo procedimiento mediante el cual se accede a dichas pruebas del expediente, sin que ello signifique una limitación tecnológica para que los investigados pudiesen ejercer una defensa atendiendo con diligencia su encargo, se reitera, como es deber del

⁵⁷ Folio 6207 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

⁵⁸ Folios 19588-19604 del Cuaderno Público No. 92 del Expediente.

⁵⁹ Folios 19605-19620 del Cuaderno Público No. 92 del Expediente.

⁶⁰ Folios 19734-19751 del Cuaderno Público No. 93 del expediente.

abogado que porta una tarjeta profesional. Por lo anterior, la nulidad alegada por los apoderados de los investigados, denota, en criterio de este Despacho, un claro descuido en la forma como han revisado el expediente no solo en su versión digital sino en las propias actuaciones adelantados por ellos o por sus dependientes.

No obstante lo anterior, con la expedición del Informe Motivado, y en aras de **continuar** siendo absolutamente colaboradores, el 3 de junio de 2015, la Delegatura **una vez más** entregó a los investigados un manual con las instrucciones básicas de informática que se vinieron impartiendo desde el momento en que se expidió la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos para que los interesados pudieran revisar las pruebas que obran dentro del expediente.⁶¹

Así las cosas, la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de suplir la "impericia" de los apoderados para identificar técnicamente los factores que permitiesen el acceso a las evidencias digitales y las herramientas útiles para el cumplimiento de estas labores, y aun cuando ya se les había explicado en múltiples ocasiones cómo acceder a las pruebas, les reiteró la disponibilidad de esta Superintendencia para prestar ayuda y apoyo cuando se requiriera.

En tal virtud, el Despacho no solo no acoge los argumentos propuestos por los mencionados apoderados mediante el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria, sino que hace hincapié en que sus manifestaciones denotan una posible falta de lealtad procesal en haber hecho una revisión de las pruebas obrantes en el expediente –como era su obligación–, las cuales siempre estuvieron a disposición de los interesados. Resulta evidente, que de la lectura de sus reproches sobre este particular, este Despacho denota negligencia en sus propios deberes profesionales, que ahora pretenden le sean trasladados injustamente a esta Superintendencia, que lo único que ha hecho es ser transparente en prestar su concurso, incluso para abrir documentos electrónicos que sin ningún nivel de sofisticación son accesibles y visualizables, como se ha indicado cada vez que se le ha preguntado o requerido a esta Entidad.

No entiende esta Superintendencia cómo manifiesta el referido apoderado de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** y otros investigados, que solo pudieron acceder a las pruebas a partir del 21 de octubre de 2015, cuando se acercaron al Laboratorio de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio para recibir instrucciones de cómo acceder a las evidencias digitales, si como se expuso en líneas anteriores, sus dependientes recibieron una capacitación desde el 20 de marzo de 2012 (tres años y medio antes), donde señalaron que las explicaciones y procedimientos practicados durante la asistencia técnica prestada por el ingeniero de la Superintendencia de Industria y Comercio, fueron comprendidos a cabalidad. Estas circunstancias constituyen sin duda, aseveraciones falsas y ajenas a la realidad, seguramente con el fin de confundir y desvirtuar el contenido y alcance de la presente investigación administrativa, que siempre ha contado con una Superintendencia dispuesta a colaborarle a los investigados hasta en los más mínimos detalles consistentes en explicar cómo deben acceder a los documentos del expediente, sin que ello implique nada complejo desde el punto de vista tecnológico.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano del principio general del derecho "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (nadie puede obtener provecho de su propia torpeza o culpa), en virtud del cual, la falta de diligencia o voluntad propia que presuntamente dio origen a que los apoderados de los investigados no accedieran al expediente, no puede ser justificación para no haber ejercido su derecho de defensa sobre algunas pruebas, como era su obligación profesional de acuerdo con los códigos deontológicos respectivos:

*"Esta Corporación ha advertido la aplicabilidad del principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans). Una de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, consiste en que el accionante no sea responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante"*⁶².

Al respecto la Corte en la citada providencia dijo:

⁶¹ Folios 23796-23834 del Cuaderno Público No. 107 del Expediente. Fe de Erratas al Informe Motivado.

⁶² Corte Constitucional. Sentencias T – 007 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T - 196 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T - 547 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

"En efecto, si los hechos que dan origen a la acción de tutela corresponden a la actuación culposa, imprudente o negligente del actor que derivó, a la postre, en la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, no es admisible que éste pretenda a través de la acción de tutela obtener el amparo de tales derechos, y por lo tanto, desplazar su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo a la autoridad pública o al particular accionado. Una consideración en sentido contrario, constituiría la afectación de los fundamentos del Estado de Derecho y del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política"⁶³.

De esta forma, es evidente que no se compadece con la realidad de los hechos alegar que el material probatorio que reposa en formato digital "no ha podido ser consultado por los investigados debido a los problemas tecnológicos", pues como se ha demostrado, la evidencia probatoria desde el mismo inicio de la investigación y por todo estos años de tramitación de la actuación, siempre ha estado al alcance y en las manos de los investigados o sus apoderados, al paso que las herramientas tecnológicas con las que cuenta esta Superintendencia lejos de ser un "problema" en realidad garantizan la inalterabilidad de las pruebas, y como consecuencia de ello, la originalidad e integridad de los mensajes de datos de la investigación administrativa, que consta de documentos en formato electrónico recolectados en las instalaciones y formatos con que los investigados los tenían en sus dispositivos electrónicos.

De igual forma, con lo ya expuesto queda claro que no le asiste razón alguna a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** cuando en su concepto señaló que se hubiese podido violar el debido proceso de los investigados por no haber podido los investigados acceder al expediente. Como ha quedado demostrado, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido absolutamente garantista de los derechos de los investigados, en especial su derecho de defensa, incluso llegando a suplir el deber de diligencia profesional⁶⁴ que les asiste a los propios abogados de los investigados para dar asesoría a abogados y dependientes en relación con la forma, por demás sencilla, de acceder a las pruebas digitales del expediente.

Con toda seguridad, la razón de la errada conclusión de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** estriba en el hecho de que, al momento de emitir su concepto, no solicitó una copia de todo el expediente sino de unas determinadas y muy pocas piezas procesales, ni solicitó explicaciones a la Superintendencia sobre los aspectos que le inquietaban, ni hizo indagaciones previas sobre las supuestas irregularidades. Si hubiese la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, tenido en sus manos la totalidad del expediente y lo hubiese revisado con detenimiento o hubiese pedido explicaciones, con total seguridad hubiese advertido que todas las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio estuvieron encaminadas a garantizar el debido proceso de los investigados y que lo que alegan los investigados y sus apoderados no es más que pretender endilgarle a la Superintendencia, el descuido y la negligencia en sus deberes profesionales. La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** seguramente si hubiese sabido que desde marzo de 2012 (hace más de 3 años y medio) los investigados recibieron de la Superintendencia un disco duro portátil con todas las pruebas del expediente, que el acceso a los documentos .OST y .PST es sencillo y no requiere de nada extraordinario, que la Superintendencia ha dado las ilustraciones o capacitaciones que se requieren a abogados y dependientes que así lo han solicitado y que esa ha sido la conducta de la Superintendencia, con toda seguridad hubiera llegado a otra conclusión.

Conclusiones

- Las pruebas recaudadas durante la etapa de averiguación o indagación preliminar dentro de las visitas administrativas de inspección practicadas a los propios investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio fue almacenada como mensaje de datos, en la misma condición y formato con que los investigados inspeccionados la tenían en los dispositivos electrónicos o computadores de los cuales se extrajo la información.
- El mecanismo para almacenar y conservar los mensajes de datos recaudados y empleado por la Superintendencia de Industria y Comercio lo que busca es garantizar los principios de originalidad e integridad de los mensajes de datos que conforman el material probatorio, pues su conversión a

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T - 123 del 9 de diciembre de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁶⁴ Ley 1123 de 2007. Artículo 37. Constituyen faltas a la debida diligencia profesional:

1. Demorar la iniciación o prosecución de las gestiones encomendadas o dejar de hacer oportunamente las diligencias propias de la actuación profesional, descuidarlas o abandonarlas. (...) (Negrillas fuera de texto).

otros formatos o lenguajes pondrían en riesgo su originalidad e integridad y su posibilidad de valoración probatoria como mensajes de datos.

- Por esta razón, la Superintendencia de Industria y Comercio, al igual que otras Entidades que recaudan información de sus investigados en formatos digitales, aplica protocolos idóneos para conservar la integridad de un mensaje de datos, garantizando así que el mismo permanezca inalterado en el curso de la investigación. Esto sucede mediante la recolección imágenes que son fiel copia de todo o parte de un dispositivo de almacenamiento o sistema de información, por ejemplo, computador. Dichas imágenes mantienen la integridad de los mensajes de datos, asegurando que lo que se está viendo corresponde a la prueba que fue recolectada y en la forma en que fue recolectada.
- La información que reposa en el expediente de la Superintendencia de Industria y Comercio, no es nada diferente a los archivos que fueron recaudados durante las visitas administrativas de inspección en los servidores, computadores y demás sistemas de almacenamiento o de información de los propios investigados.
- Desde el mismo momento en que se profirió la inicial Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, es decir, desde que se expidió la Resolución No. 5347 de 2012 del 13 de febrero de 2012, se puso a disposición de los interesados la totalidad del expediente administrativo. Frente a cada solicitud de expedición de copia de la totalidad del expediente (lo que incluye la totalidad de pruebas digitales o mensajes de datos), la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio le solicitó a cada interesado allegar un disco duro portátil, en el cual se haría la copia de la información electrónica del expediente.
- Tal y como consta en el expediente, mediante Actas de Entrega de Información en Medio Magnético del Expediente 10-57750, se les entregó copia del expediente en disco duro portátil a los diferentes abogados autorizados o apoderados de **TODOS** los investigados que para esa época o con posterioridad fueron vinculados a la investigación. La entrega de estos discos duros portátiles se dio a solicitud de los investigados o sus apoderados, en ejercicio del derecho procesal de pedir y obtener la expedición de copias de una actuación administrativa o judicial, en formato físico o formato digital, según fuere el caso.
- Los archivos de correo electrónico recaudados en las visitas administrativas de inspección en las oficinas de los investigados correspondientes a mensajes de datos con formato .PST (*Microsoft Outlook Personal Folders*) son archivos compuestos que en su interior contienen correos electrónicos de manera organizada, es decir, que es similar a un mensaje de datos en formato de compresión como lo es un archivo ZIP, que para su apertura solo basta desplegar un procedimiento muy sencillo desde la misma herramienta de software Outlook de Microsoft Office. No se tiene que adquirir un software que no sea de fácil acceso, ni mucho menos acudir al Laboratorio de Informática Forense de la Superintendencia de Industria y Comercio para poder abrirlo. Es tan sencillo el procedimiento para acceder a dichos mensajes de datos, que cualquier persona que tenga instalado el programa Microsoft Outlook lo puede hacer, o en el peor de los escenarios, cualquier persona con unos conocimientos básicos y elementales en sistemas podría acceder a la información.
- Las imágenes de archivos con extensiones .OST, nuevamente debe precisarse que quedaron grabados de acuerdo con el formato con el que cada investigado contaba en sus instalaciones cuando se hicieron las visitas administrativas de inspección. En lo que se refiere a la lectura de este tipo de mensajes de datos .OST, se debe hacer con herramientas de software que se adquieren fácilmente en el mercado y no es obligatorio que se trate de herramientas forenses. Hay herramientas libres o gratuitas, así como otras herramientas que son de fácil consecución en el mercado.
- No pueden ser de recibo las alegaciones planteadas por algunos de los investigados en el sentido de no haber podido, supuestamente, acceder a los documentos .PST y .OST, bajo la tesis de que para acceder a ellos se requerían sofisticados conocimientos y programas especiales, pues ello es absolutamente falso y contrario a la realidad.
- Si eventualmente los archivos no se abrieron con la simple acción de un "doble clic", cabría preguntarse si en las importantes oficinas de abogados que representan a los investigados no existía un departamento de sistemas que hubiera podido prestar este sencillo soporte técnico, o

contratar un técnico independiente, o incluso, algo igualmente sencillo, acudir a la ayuda de sus propios representados (llamar a sus propios clientes), que fue de donde la Superintendencia tomó la información, se reitera, en el mismo formato en que los inspeccionados la tenían almacenada, para efectos de conservar la originalidad e integridad.

- No puede ser de recibo en el mundo de hoy, en ningún contexto de ningún trámite, independientemente de su naturaleza, alegar una especie de **analfabetismo informático** para justificar una supuesta violación del derecho de defensa por presuntamente no acceder a unas pruebas que reposan en archivos y formatos digitales fácilmente consultables con la utilización de las herramientas que están a disposición en el mercado. Ese alegado **analfabetismo informático** no es una razón jurídicamente atendible, pues es en realidad es una verdadera **desidia informática** de los apoderados que mal podría trasladarse a la autoridad que ha prestado toda su colaboración, sin que fuese para ella obligación.
- No obstante lo anterior y como si ello no fuera suficiente, la Superintendencia de Industria y Comercio atendió en múltiples ocasiones todas las inquietudes de los investigados, sus apoderados o dependientes, dando una respuesta oportuna y exhaustiva a cada una de ellas desde el mismo momento de la expedición de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, ayudando a los investigados y seguramente siendo más colaboradores de lo estrictamente necesario, siempre con la intención de prestarles una colaboración al respecto.
- Queda claro que no le asiste razón alguna a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** cuando en su concepto señaló que se hubiese podido violar el debido proceso de los investigados por no haber podido los investigados acceder al expediente. Como ha quedado demostrado, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido absolutamente garantista de los derechos de los investigados, en especial su derecho de defensa, incluso llegando a suplir el deber de diligencia profesional que les asiste a los propios abogados de los investigados para dar asesoría a abogados y dependientes en relación con la forma, por demás sencilla, de acceder a las pruebas digitales del expediente.
- Con toda seguridad, la razón de la errada conclusión de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** estriba en el hecho de que, al momento de emitir su concepto, no solicitó una copia de todo el expediente sino de unas determinadas y muy pocas piezas procesales, ni solicitó explicaciones a la Superintendencia sobre los aspectos que le inquietaban, ni hizo indagaciones previas sobre las supuestas irregularidades. Si hubiese la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, tenido en sus manos la totalidad del expediente y lo hubiese revisado con detenimiento o hubiese pedido explicaciones, con total seguridad hubiese advertido que todas las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio estuvieron encaminadas a garantizar el debido proceso de los investigados y que lo que alegan los investigados y sus apoderados no es más que pretender endilgarle a la Superintendencia, el descuido y la negligencia en el cumplimiento de sus deberes profesionales.

4.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la valoración probatoria efectuada en la Resolución Sancionatoria (Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015)

Varios de los investigados argumentaron que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración del material probatorio que obra en el expediente. En esencia, sostuvieron que la Autoridad de Competencia: (i) no valoró en algunos casos pruebas específicas que exonerarían de responsabilidad a determinados investigados; (ii) omitió indicar de manera clara y precisa cómo fue la participación de cada uno de los investigados en los supuestos acuerdos anticompetitivos; (iii) realizó afirmaciones y acusaciones genéricas que abarcan indistintamente a todos los investigados; y (iv) no explicó en cuál o cuáles de las reuniones de juntas directivas se concretó el supuesto acuerdo para impedir las importaciones.

En este sentido, los investigados señalaron luego de un análisis aislado de algunas pruebas, que la Superintendencia de Industria y Comercio omitió tener en cuenta como hechos que los exoneraría de responsabilidad no estar copiado en un determinado correo electrónico; haber sido copiado pero no haberlo contestado; no haber asistido a determinada reunión, sesión del FEPA o Junta Directiva, o en caso de haber asistido haberlo hecho sin voz ni voto, o con voz pero sin voto, o en calidad de suplente y no de miembro principal; no pertenecer a **ASOCAÑA** o no ser accionista de **DICSA** o **CIAMSA** en determinada época, o ser accionista pero sin capacidad de tomar decisiones debido a una participación minoritaria; no haber suscrito o no ser nombrado en el documento titulado "**PLAN**

DE ATAQUE A IMPORTACIONES"; no haber estado enterado de algún acto determinado; y desconocer o no haber participado en los correos que dan cuenta de la obstrucción de importaciones desde Costa Rica u otros países.

Al respecto, y como punto de partida, debe el Despacho citar la regla prevista en el inciso 1º del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente:

"Artículo 187. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La Corte Constitucional ha sostenido frente al denominado principio de la unidad de la prueba o apreciación en conjunto, lo siguiente:

"Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad."⁶⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En cuanto a la valoración probatoria, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que:

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción.

(...)"⁶⁶ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De la misma manera, otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia, permite entender la situación:

"4. (...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso" (G.J. t. CCVIII, pág. 151).⁶⁷ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias en torno al debate:

"3.1. La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone "la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan

⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia T - 274 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 26 de junio de 2015. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación 20001-23-31-000-2003-01951-01(35752).

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de agosto de 2004. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente 7779

suscitarse" (Cas. Civ., sentencia del 6 de junio de 1995). (Negrillas y subrayas fuera de texto).⁶⁸

De lo anterior puede afirmarse sin lugar a vacilaciones, que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración en conjunto de la prueba, mediante la aplicación de la sana crítica y las reglas de la experiencia, principio que también debe predicarse en el ejercicio de la labor de la una autoridad administrativa, como la Superintendencia de Industria y Comercio.

Respecto de la sana crítica, el profesor Eduardo J. Couture⁶⁹ sostuvo que:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**"* (Negrillas fuera de texto).

Siendo así las cosas, como en efecto lo son, para el Despacho no pueden tener asidero los argumentos de los impugnantes de pretender demostrar la inexistencia del acuerdo o la exoneración de su responsabilidad a través de una valoración fragmentada del material probatorio, tomando solo una o un grupo de pruebas que resultan supuesta o posiblemente convenientes para un determinado investigado, pero desatendiendo las demás evidencias que obran en el expediente, las que analizadas en su conjunto, impusieron la conclusión de "que los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es **ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA**, a los que pertenecen y que de hecho presiden", de acuerdo con la imputación fáctica a que se refiere la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos proferida en la presente investigación administrativa sancionatoria.

Como puede observarse, el argumento propuesto por algunos de los investigados en sus recursos, en el sentido de que el análisis de las distintas probanzas obrantes en el expediente debe ser realizado de manera separada o aislada de cara a cada prueba, sin buscar sus puntos de enlace, convergencia o de coincidencia al margen entonces del análisis de conjunto exigido en el inciso 1º del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, es ilegal y no puede ser de recibo, en esta ni en ninguna actuación administrativa o judicial.

En el presente caso, una vez valoradas en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica todas las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho llegó a la conclusión de que los ingenios investigados diseñaron y ejecutaron una estrategia anticompetitiva para obstruir importaciones de azúcar a Colombia, utilizando para ello diferentes escenarios comunes como **CIAMSA, DICSA y ASOCAÑA**.

La demostración del acuerdo anticompetitivo no fue producto de un análisis separado o aislado de las pruebas que obran en el expediente sino fruto del análisis en conjunto de la evidencia disponible que permitió enlazar diversos hechos, que aisladamente examinados, no corresponderían necesariamente a una conducta reprochable, o implicarían solamente a alguno o a algunos de los investigados, pero que analizados conjuntamente no dejan duda de que la referida estrategia anticompetitiva contiene todos y cada uno de los elementos que permiten afirmar no solo su existencia, sino sus participantes, los antecedentes y la racionalidad económica. Es tan sencillo lo anterior, que este Despacho afirma, con total claridad, que de no ser así, sería imposible analizar y determinar la existencia de un acuerdo colusorio o cartel empresarial entre varios agentes del mercado y que involucre a varios de sus altos directivos, pues en los carteles hay división de trabajo,

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 30 de septiembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente 11001-3103-022-1998-01485-01.

⁶⁹ COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962; citado por la Corte Constitucional en Sentencia C - 622 de 1998, M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, ps 15 y 16.

actores que planean y otros que ejecutan, unos que proponen y otros que deciden y nunca todas las pruebas van a involucrar de manera directa y específica a todos. De ahí, la sabiduría de lo previsto en el inciso 1º del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil en relación con el análisis en conjunto del material probatorio, que a su vez revela, en este caso, cómo los investigados contribuyeron materialmente a lo reprochado por el régimen de protección de la competencia, cual fue el de coludirse o cartelizarse para obstruir importaciones de azúcar al país.

En efecto, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio permitió evidenciar que los ingenios investigados abiertamente controlan el mercado colombiano de producción de azúcar, y que históricamente han diseñado un esquema para actuar coordinadamente y comportarse en el mercado como un bloque. De hecho, se encontraron innumerables pruebas en las que los investigados se autodenominan como la "Industria Azucarera Colombiana" para referirse no a quienes en Colombia se dedican al negocio de la producción de azúcar, sino para significar con ello, en medio de una negociación, que hay un bloque o que abiertamente no son varios agentes sino que se comportan como uno solo, para el específico propósito de que se trate, en este caso, obstruir importaciones de azúcar a Colombia. Esto lo hacen utilizando todo un grupo de empresas y entidades de las cuales todos hacen parte y que usan para anonimizar o camuflar algunas de las actuaciones que dieron lugar a encontrar la existencia de un cartel empresarial que tenía por objeto obstruir importaciones de azúcar a Colombia.

Tratándose de un cartel empresarial es evidente que sus miembros adquieren la categoría de co-cartelistas, por lo que los actos realizados por cada uno de ellos individualmente considerados son imputables al resto en la medida en que contribuyen a que se materialice y concrete la concertación anticompetitiva, en este caso, sancionada por objeto. La conducta de cartelización empresarial es plurisubjetiva por naturaleza o por definición, razón por la cual todos los miembros del cartel son autores y están sujetos a igual responsabilidad de cara a la determinación de la infracción. El hecho de que algunos de los co-cartelistas sean instigadores, promotores, organizadores o ejecutores no es elemento constitutivo sino circunstancial de la conducta, que puede llegar a tener repercusiones en materia de dosificación pero no en cuanto a la responsabilidad propiamente dicha. En todos los carteles empresariales, hay división del trabajo y por eso no habrá prueba de que todos están involucrados de manera particular en todos y cada uno de los actos, reuniones, juntas, decisiones, etc, pero sí en el acto ilegal como tal, que aquí es obstruir importaciones.

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, la conducta histórica de coordinación de los investigados para actuar en bloque ha conllevado a la creación de múltiples escenarios de concertación, traducidos en organismos comunes, que les permiten a los ingenios investigados generar espacios para diseñar, discutir y poner en marcha estrategias y proyectos estrechamente relacionados con su desempeño competitivo, tales como **ASOCAÑA**⁷⁰, **CIAMSA**⁷¹, **DICSA**⁷² y el mismo Comité Directivo del **FEP**A⁷³, entre otros, tal y como se imputó fáctica y jurídicamente en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos⁷⁴.

En la actuación administrativa está plenamente acreditado que los investigados actúan como un bloque autodenominado "Industria Azucarera Colombiana", y la Superintendencia de Industria y Comercio se concentró en verificar si a través de dichos escenarios de coordinación los investigados habrían incurrido en las prácticas comerciales restrictivas de la competencia imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, lo que está más que acreditado de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, las cuales fueron arrimadas de manera regular y oportuna.

⁷⁰ Integrada por todos los ingenios investigados.

⁷¹ Integrada por todos los ingenios investigados a excepción de **INGENIO MARÍA LUISA**.

⁷² Integrada por todos los ingenios investigados a excepción de **INGENIO MARÍA LUISA**.

⁷³ De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 569 del 2000, el Comité Directivo del **FEP**A está conformado por 13 integrantes, de los cuales 7 son representantes de los ingenios azucareros, 4 son representantes de los cultivadores y de caña y los 2 restantes son los Ministros de Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio Exterior o sus delegados. Nótese que al contar los ingenios con 7 votos, pueden vetar cualquier decisión, en la medida que estas se deben adoptar por una mayoría calificada del 65%.

⁷⁴ Al respecto, vale la pena recordar una de las frases más famosas de La Riqueza de las Naciones de Adam Smith: "Los comerciantes del mismo oficio rara vez se reúnen, incluso para entretenimiento y diversión, sin que la conversación termine en una conspiración contra el público, o en alguna estratagema para aumentar los precios." ADAM SMITH, La Riqueza de las Naciones. 1776.

Para ello, inicialmente la Superintendencia de Industria y Comercio contextualizó el mercado nacional de azúcar, advirtiendo que cuenta con amplios mecanismos de protección, incluso superiores a aquellos adoptados en la mayoría de países productores en el mercado mundial, como el Sistema Andino de Franjas de Precios **SAFP**⁷⁵, el **FEPA**, y hasta hace un tiempo, la prohibición de importaciones de azúcar por algunos puertos.

Al respecto y para efectos de contextualizar la gravedad de la conducta, se consideró importante tener en cuenta que, a pesar del alto nivel de protección con que cuenta el sector azucarero derivado de la existencia de los mencionados instrumentos de intervención, los investigados incurrieron en conductas restrictivas de la competencia, con el objeto de obtener rentas anticompetitivas, como lo fue la estrategia ideada y puesta en marcha con el objeto de obstruir el ingreso de azúcar al país, para controlar de esta manera la oferta en el mercado y, por esta vía, los precios.

Sumado a lo anterior, como un elemento más del contexto de la conducta anticompetitiva evidenciada, la Superintendencia de Industria y Comercio presentó algunas pruebas que refieren la evidente preocupación que despertaba en los investigados las importaciones de azúcar, pues la misma, al tratarse de oferta no regulada, desajusta el esquema que limita la competencia y mantiene racionada la oferta y los precios internos altos.⁷⁶ En este sentido, en la Resolución Sancionatoria impugnada se presentaron varias pruebas obrantes en el expediente que demostraban que antes que una preocupación, las importaciones de azúcar representaban para los investigados un verdadero problema, que optaron por afrontarlo de manera coordinada y concertada a través de un acuerdo ilegal que tenía por objeto obstruir las importaciones de azúcar al país, es decir, actuando como un bloque o, como se denominan los mismos investigados, como "*Industria Azucarera Colombiana*" y no como competidores autónomos e independientes en el mercado, como era y es su obligación en virtud de la existencia de una economía social de mercado cuya columna vertebral es la libre competencia económica y la rivalidad empresarial, por expreso mandato constitucional y legal.

Como puede inferirse de lo anterior, y tal y como lo manifiestan expresamente algunos de los investigados, la preocupación por la entrada de importaciones de azúcar al país es totalmente legítima en la medida que constituye una muestra clara de la presión competitiva que enfrentan los agentes del mercado ante sus competidores, en todos y cada uno de los sectores de la economía, o por lo menos en casi todos. Al respecto, debe dejarse claro que la Resolución Sancionatoria nunca le reprochó a los investigados que tuvieran o manifestaran una preocupación frente a las importaciones de azúcar, pues esa preocupación es evidente en cualquier sector y en un mundo globalizado. Lo que fue objeto de sanción fue que los investigados hubieran optado por un proceder concertado y coordinado, a todas luces ilegal, en lugar de optar por enfrentar esta presión competitiva a través de estrategias unilaterales, independientes y autónomas, por ejemplo, mejorando las condiciones de calidad, precio, innovación o servicio al cliente que ofrecen a sus consumidores, pues se reitera esa era su obligación constitucional y legal de cara al cumplimiento de las disposiciones sobre libre competencia y rivalidad empresarial. Esto es precisamente lo que protegen las normas de libre competencia. Un agente del mercado tiene derecho a tener preocupaciones, pero a lo que no tiene derecho, es a responder a esa preocupación, coludiéndose o cartelizándose con sus competidores.

Al respecto, nótese que la preocupación ante la presión competitiva que suponía para los investigados las importaciones de azúcar, no puede en ningún caso tenerse como una prueba del acuerdo obstructivo sancionado -este argumento particular es abordado en otro acápite de la presente resolución-, pues aisladamente y sin conectarse con los demás medios de prueba obrantes en el expediente, esta circunstancia no demuestra conducta anticompetitiva alguna. Es precisamente a través del análisis realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio, orientado por el principio de valoración conjunta de las pruebas, que se arribó a la conclusión de que esta preocupación, unida a la estrategia anticompetitiva conjunta que tenía por objeto restringir, bloquear u obstruir las importaciones de azúcar al país, fue lo que materializó la conducta anticompetitiva (cartel empresarial) que resultó en la sanción administrativa a los investigados.

Por último, y partiendo del contexto y los antecedentes anteriormente descritos, la Superintendencia de Industria y Comercio presentó el abundante material probatorio obrante en el expediente que da cuenta de la estrategia abiertamente ilegal mediante la cual los investigados enfrentaron la amenaza

⁷⁵ Sistema Andino de Franjas de Precios (**SAFP**).

⁷⁶ **OCDE**. Dairy Policy Reform and Trade Liberalisation. págs 77 y 78. 2005.

que comportaban las importaciones de azúcar al país, esto es, una estrategia conjunta que tenía por objeto bloquear o al menos restringir a toda costa dichas importaciones desde varios países de la región, mediante las conductas anticompetitivas ampliamente descritas en la Resolución Sancionatoria.

Como puede observarse, las conclusiones a las que llegó la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de la conducta de obstrucción de importaciones fueron producto de un análisis eminentemente lógico, técnico y científico, ciñéndose al principio de valoración conjunta de la prueba que debe imperar en las actuaciones administrativas, sin admitir la sustitución del examen de conjunto por el análisis parcial, inconexo o descontextualizado de cada prueba y respecto de cada investigado individualmente considerado, como lo proponen los impugnantes en contravía de los mandatos legales sobre la apreciación de las pruebas en conjunto (unidad de la prueba).

En conclusión, la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio es el resultado de minucioso análisis de la unidad probatoria obtenida a lo largo de la investigación y no del estudio independiente y aislado de cada medio de prueba. Un análisis de las pruebas en conjunto es lo que ordena la ley y fue precisamente lo que se hizo en la Resolución Sancionatoria impugnada.

En virtud de lo anterior, los argumentos presentados por los impugnantes y dirigidos a que la Superintendencia de Industria y Comercio valore aisladamente algunas de las pruebas obrantes en el expediente que los exonerarían de responsabilidad, serán rechazados por el Despacho, en la medida en que, de acuerdo con lo expuesto en el presente acápite, la Superintendencia acató su deber legal de valorar todas las pruebas obrantes en el expediente de manera conjunta, para así concluir que los ingenios acordaron restringir u obstruir las importaciones de azúcar al país, a través de escenarios de cooperación horizontal como **ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA**, lo que concuerda plenamente con la imputación fáctica a que se refiere la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos proferida en esta actuación sancionatoria.

En adición a lo anterior, debe agregarse que el Informe de Agencia Especial de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, reconoció que en el presente caso se evidenció un comportamiento legalmente reprochable de todos los sancionados que data del año 2008 y que se prolonga hasta el año 2011, por lo menos, constitutivo de una infracción por objeto al Decreto 2153 de 1992 y a la Ley 155 de 1959:

"De conformidad con la valoración de la prueba, la conducta restrictiva sancionada, debe indicarse con toda claridad que las acciones catalogadas como práctica comercial restrictiva de la libre competencia cometida por los sancionados, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.

Es notable de las pruebas obrantes en el expediente, que las conductas sancionada y valoradas en su espectro probatorio, implican una permanencia, prórroga o continuidad en el tiempo, pues se infiere que la materialización del comportamiento reprochado data del año 2008 hasta el año 2011, es decir, que la infracción objetiva y material al decreto 2153 de 1992 y a la Ley 155 de 1959, corresponde a hechos acaecidos durante el transcurso del tiempo ya señalado.

De acuerdo con lo expuesto, queda claro que **el análisis jurídico y fáctico que realizará este Órgano de Control se circunscribirá a la interpretación que corresponda con ocasión a la infracción del ordenamiento jurídico respecto de una conducta sancionable ejercida o ejecutada de manera continuada o permanente.**

(...)

En este sentido, no queda duda que **la aplicación de la Ley 1340 de 2009, vigente al momento de la imposición de la sanción y de la ejecución de la conducta sancionable, es acertada por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto no es admisible jurídicamente considerar que aun cuando los sujetos sancionados conocían del cambio legislativo en materia de imposición de la sanción y de protección a la libre competencia, esto es, del máximo de 2000 SMLMV establecido en el Decreto 2153 de 1992, a 100.000 SMLMV contemplado en la Ley 1340 de 2009, continuaron efectuando conductas constitutivas de restricción a la competencia, sin que tal circunstancia**

fuese óbice para cesar la realización de tales acciones.⁷⁷ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del concepto citado, es evidente que incluso, para la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** los investigados efectivamente no solo incurrieron en la conducta anticompetitiva sino que además la violación de las normas de la libre competencia a través de la conducta de obstrucción de las importaciones se prolongó en el tiempo, por lo menos hasta el 2011, por lo que se trata de una conducta ejecutada de forma permanente o de tracto sucesivo y no instantánea como lo pretenden hacer ver los impugnantes.

Conclusiones

- El ordenamiento jurídico le impone a la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de competencia, adelantar una valoración en conjunto de las pruebas que obran en el expediente (artículo 187 del Código de Procedimiento Civil), con base en la sana crítica y aplicando las reglas de la experiencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no puede valorar el material probatorio de forma fragmentada, tomando solo una o un grupo de pruebas que resultan convenientes para un determinado investigado, pero desatendiendo las demás evidencias que obran en el expediente por cuanto por disposición legal las pruebas se analizan en su conjunto.
- La demostración del acuerdo anticompetitivo no fue producto de un análisis separado o aislado de las pruebas que obran en el expediente, sino fruto del análisis en conjunto de la evidencia disponible que permitió enlazar diversos hechos, que aunque aisladamente examinados podrían no corresponder necesariamente a una conducta reprochable, o implicarían solamente a alguno o a algunos de los investigados, analizados conjuntamente no dejan duda de la existencia de la estrategia anticompetitiva y la participación de todos los sancionados en la modalidad de acuerdo colusorio, acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial que tuvo por objeto impedir, restringir u obstruir las importaciones de azúcar a Colombia.
- Tratándose de un cartel, es evidente que sus miembros adquieren la categoría de co-cartelistas, por lo que los actos realizados por cada uno de ellos individualmente considerados son imputables al resto, en la medida en que contribuyen a que se materialice y concrete la concertación anticompetitiva, en este caso, sancionada por objeto.
- La Superintendencia demostró que los investigados enfrentaron la amenaza que comportaban las importaciones de azúcar mediante una estrategia conjunta, concertada y coordinada cuyo objeto era bloquearlas o restringirlas, mediante las conductas anticompetitivas ampliamente descritas en la Resolución Sancionatoria.
- Para la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** los investigados efectivamente no solo incurrieron en la conducta anticompetitiva sino que además la violación de las normas de la libre competencia a través de la conducta de obstrucción de las importaciones se prolongó en el tiempo, por lo menos hasta el 2011, por lo que se trata de una conducta ejecutada de forma permanente o de tracto sucesivo y no instantánea como lo pretenden hacer ver los impugnantes.

4.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la violación del principio de congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y la Resolución Sancionatoria

Varios de los investigados afirmaron que existe una violación al principio de congruencia que debe predicarse entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y la Resolución Sancionatoria que impone una sanción por la violación del régimen de protección de la libre competencia económica.

A su juicio, la Superintendencia de Industria y Comercio violó el principio de congruencia al sancionar a los investigados por obstrucción de importaciones desde Guatemala, El Salvador y Ecuador, las cuales, según los investigados, no fueron puestas de presente en la Resolución de Apertura de

⁷⁷ Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 - 2654 el 21 de octubre de 2015.

Investigación con Pliego de Cargos sino solamente hasta la Resolución Sancionatoria. Dicen los investigados, que en la medida en que la imputación del cargo se realizó, únicamente, por dos eventos concretos (obstrucción de importaciones desde Bolivia y obstrucción de importaciones desde Costa Rica) se habría violado el principio de congruencia y, por ende, el debido proceso, en tanto que no habrían podido efectuar una defensa técnica al respecto frente a obstrucciones desde otros países.

En los mismos términos, los recurrentes sostuvieron que la inclusión en la Resolución Sancionatoria de pruebas relacionadas con la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL**, también constituye una violación al debido proceso porque nunca fueron mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y no pudo ejercerse el derecho de defensa respecto de las mismas.

Al respecto debe comenzar este Despacho por señalar que en la presente actuación administrativa, los derechos y garantías constitucionales y legales de los investigados han sido plenamente garantizados durante todo el trámite administrativo, incluyendo por supuesto, el respeto al derecho de defensa y de contradicción que exige la necesidad de salvaguardar, como es apenas obvio, el principio de congruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y la Resolución Sancionatoria.

Como es apenas lógico, el análisis de congruencia propuesto por los investigados debe partir por observar cuáles fueron los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, aspecto que al parecer los investigados pasaron por alto al impugnar la sanción impuesta, pues no de otra forma se advierte cuál es la aludida incongruencia.

4.4.1. Consideraciones del Despacho en relación con las imputaciones realizadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos

Mediante la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012⁷⁸, adicionada por la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013⁷⁹ y modificada y aclarada por la Resolución No. 50925 del 27 de agosto de 2013⁸⁰ (referida en el presente acto administrativo como la "Resolución de Apertura de Investigación" o "Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos"), se imputaron los siguientes cargos a las personas jurídicas y naturales investigadas:

Para las personas jurídicas (imputación jurídica):

"ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas jurídicas actuaron en contravención de los dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁸¹:

(...)"

"ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas jurídicas actuaron en contravención de los dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁸²:

(...)"

Para las personas naturales (imputación jurídica):

"Adicionalmente, ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas naturales colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron los hechos o actuaciones constitutivas de las infracciones objeto de investigación previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁸³:

⁷⁸ Folios 1429 a 1481 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁷⁹ Folios 6195 a 6227 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

⁸⁰ Folios 9921 a 9931 del Cuaderno Público No. 44 del Expediente.

⁸¹ Acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

⁸² Acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

⁸³ Acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.

(...)

"Adicionalmente, **ABRIR** investigación para determinar si las siguientes personas naturales colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron los hechos o actuaciones constitutivas de las infracciones objeto de investigación previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁸⁴:"

(...)"

Como puede observarse, es claro que mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron a las personas jurídicas investigadas los cargos de:

(i) infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro);

(ii) infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización).

Por su parte, las personas naturales investigadas fueron imputadas con el cargo de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas ya mencionadas e imputadas a las personas jurídicas.

Las anteriores imputaciones tuvieron como actuación previa la tramitación de una averiguación preliminar o indagación preliminar por casi dos (2) años, en la cual se recogieron diversas pruebas con el fin de verificar información y lograr determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos, situación común en las actuaciones que por prácticas restrictivas de la competencia adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio en cumplimiento del procedimiento previsto en las normas especiales y en el estatuto procesal administrativo aplicable.

En lo que se refiere a la imputación del cargo de acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, la Delegatura para la Protección de la Competencia en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos realizó la imputación fáctica que a continuación se describe.

Imputación fáctica – Cargo: acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización – Numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (obstrucción de importaciones de azúcar al país).

"9.3 Sobre la presunta violación de lo establecido en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

"De conformidad con la información que reposa en el expediente, esta Delegatura considera que además de la posible existencia del acuerdo anticompetitivo mencionado en el numeral anterior, los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden."

"Dicha conducta ha sido continuada en el tiempo, pues la presunta estrategia anticompetitiva de los ingenios azucareros vía restricción de las importaciones también se orienta a obstruir la participación tanto de distribuidores importadores como industriales que utilizan este bien como insumo, con respecto a estos últimos, en el expediente reposan pruebas que señalan que los ingenios a través de ASOCAÑA y CIAMSA estarían imponiendo a los industriales barreras de acceso a estas importaciones (...)"

"En conclusión, las pruebas recaudadas esta (sic) etapa preliminar revelan que los ingenios azucareros a través de ASOCAÑA, CIAMSA y DICSA presuntamente estarían coordinando los mecanismos para afectar la participación de los importadores que

⁸⁴ Acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

participan en el mercado de comercialización de azúcar, bien sean distribuidores mayoristas de este producto o industriales que lo utilizan como insumo productivo."
(Negrillas y subrayas fuera de texto)."

RESUMEN	
PLIEGO DE CARGOS Imputación Jurídica	PLIEGO DE CARGOS Imputación Fáctica
Acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización	Los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA , a los que pertenecen y que de hecho presiden.
Numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos

De la lectura de los apartes transcritos de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, se observa que para el caso del cargo de obstrucción de importaciones de azúcar al país, tanto la imputación jurídica como fáctica, fueron descritas de manera clara, concisa y no dan lugar a interpretaciones, por lo que de ninguna manera pueden considerarse como vagas o imprecisas, como lo afirman los investigados en sus recursos de reposición.

Obsérvese que no queda la más mínima duda de que para este caso, el cargo imputado a los investigados fue el de celebrar un acuerdo que tuvo por objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, en razón a que los ingenios azucareros habrían acordado la restricción u obstrucción de importaciones de azúcar al país, a través de escenarios de cooperación horizontal como **ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA**, lo que les fue imputado a los investigados como una conducta continuada, permanente o de tracto sucesivo.

De acuerdo con lo anterior, no puede ser de recibo la lectura, por demás acomodada que hacen los investigados, de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos que ahora pretenden hacer los investigados, en relación con que la investigación se limitó exclusivamente a los hechos que dan cuenta de obstrucciones a las importaciones de Bolivia y Costa Rica. Esta Superintendencia hace énfasis en el hecho de que el cargo formulado a los investigados nunca fue el de haber obstruido o restringido importaciones de azúcar desde Bolivia. De la misma manera, nunca el cargo formulado fue el de obstruir o restringir importaciones de azúcar desde Costa Rica. Es más, en ningún momento el cargo formulado se limitó o se circunscribió a un país en particular. Para saber eso, basta leer la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y detenerse en la imputación fáctica que no es otra distinta a la de que **"los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden."**

Como se vio, la lectura que ahora, en sede de recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio, pretenden hacer los investigados respecto del cargo de obstrucción en relación con la imputación fáctica es equivocada por ser contraevidente puesto que en ningún momento la investigación se propuso limitar el análisis a un país en particular, en contraste de ello, dejó explícito que la investigación examinaría la ocurrencia de una estrategia general, concertada y continuada mediante la cual **"los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA"**, lo cual quedó inequívocamente declarado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos proferida el 13 de febrero de 2012 (Resolución No. 5347 de 2012).

Este Despacho advierte que los investigados en sus recursos de reposición adoptaron como estrategia de impugnación, plantear una incongruencia inexistente entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y la Resolución Sancionatoria, con el objetivo de acotar el campo de acción del esquema colusorio a unos determinados países y por ende excluir lo ocurrido en relación con otros; sostener la tesis errada de que el abundante material probatorio siempre ha reposado en el expediente respecto de obstrucciones de algunos países no puede ser utilizado en su contra; alegar una supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad de competencia; e invocar la supuesta obligación legal de aplicar en este caso el principio de favorabilidad en materia sancionatoria, sin razones jurídicamente atendibles.

De hecho, el Informe de Agencia Especial de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, reconoció que la imputación que en el presente caso se efectuó a través de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos nunca fue dual, es decir, un cargo respecto de obstrucción de importaciones de azúcar al país proveniente de Bolivia y otro cargo relativo a obstrucción de importaciones de azúcar al país proveniente de Costa Rica, pues si eso fuese así, la referida entidad de control no hubiese podido coincidir con la conclusión de la Superintendencia de Industria y Comercio según la cual se trata de una conducta permanente, continuada y de tracto sucesivo (como mínimo, desde el año 2008 hasta el 2011), como les fue imputada a los investigados y quedó probada en la investigación. Veamos lo que dijo la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**:

*"De conformidad con la valoración de la prueba, **la conducta restrictiva sancionadas, (...) se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada.***

*Es notable de las pruebas obrantes en el expediente, que las conductas sancionada y valoradas en su espectro probatorio, **implican una permanencia, prórroga o continuidad en el tiempo, pues se infiere que la materialización del comportamiento reprochado data del año 2008 hasta el año 2011,** es decir, que la infracción objetiva y material al decreto 2153 de 1992 y a la ley 155 de 1959, **corresponde a hechos acaecidos durante el transcurso del tiempo ya señalado.***

*De acuerdo con lo expuesto, queda claro que el análisis jurídico y fáctico que realizará en adelante este Órgano de Control se circunscribirá a la interpretación que corresponda con ocasión a la infracción del ordenamiento jurídico respecto de **una conducta sancionable ejercida o ejecutada de manera continuada o permanente.***

(...)"⁸⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del concepto citado, es evidente que para la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** no solo los investigados efectivamente incurrieron en la conducta anticompetitiva, sino además que la violación de las normas de la libre competencia a través de la obstrucción de las importaciones de azúcar al país se prolongó en el tiempo, por lo menos hasta el 2011, por lo que se trata de una conducta ejecutada de forma permanente, continuada o de tracto sucesivo y no de dos eventos aislados e inconexos separados por varios años en el tiempo asociados exclusivamente con las importaciones de Bolivia y Costa Rica, como lo alegan los recurrentes.

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la convicción de que su obligación legal es valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil)⁸⁶, siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación jurídica y fáctica. Hecho ese ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria cumplen con los siguientes requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación; y (iii) guardan relación con la imputación jurídica y fáctica a que se refiere Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

Al respecto el Consejo de Estado ha indicado que

*"Vale la pena precisar que si bien **el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible,** porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, **quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio.**" (Negrillas y subrayas fuera de texto).⁸⁷*

⁸⁵ Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 – 2654 el 21 de octubre de 2015.

⁸⁶ "Artículo 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. Radicación 11001-03-25-000-2011-00674-00 (2601-11).

De otra parte, el mismo Consejo de Estado ha indicado:

"La Sala estima que el argumento del apelante es excesivamente formalista porque saca de contexto la imputación contenida en el auto de cargos y desconoce que sustancialmente es la misma conducta por la que las resoluciones cuestionadas decidieron imponer sanciones a las investigadas". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

88

De cara al cargo por obstrucción de importaciones de azúcar al país por parte de los ingenios azucareros a través de sus entidades vinculadas **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**, todas las pruebas, sin excepción, que hayan sido incorporadas oportuna y regularmente a la actuación administrativa, tienen que ser valoradas por el Despacho, al margen de cuáles son las específicas circunstancias que revelan correlacionada con la imputación fáctica y jurídica. Así pues, es un deber del Despacho, apreciar y dar valor a la evidencia que dice de una reunión, un negocio futuro, una cotización o cualquier circunstancia asociada con el debate que propone las referidas imputaciones, bien para sancionar o bien para exonerar a los investigados.

4.4.2. Sobre las pruebas no mencionadas en la Apertura de Investigación y la alegada violación del principio de congruencia

Partiendo de lo anterior, a continuación se determinará si es posible afirmar, como lo hacen los impugnantes, que la Superintendencia dejó de atender el principio de congruencia por haber hecho referencia en la Resolución Sancionatoria a que la estrategia ilegal de obstrucción de importaciones de azúcar al país por la que se les sancionó, también incluyó importaciones desde Guatemala y El Salvador y la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL**.

En este acápite se analizará si la Superintendencia de Industria y Comercio le vulneró a los investigados el ejercicio del derecho de defensa, al ponerles de presente pruebas que no fueron mencionadas expresamente y transcritas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, pero que sí hacían parte del expediente y fueron recibidas en el traslado para efectos de rendir los descargos y el ejercicio del derecho de defensa de todos los imputados.

Para lo anterior, en primer lugar debe indicarse que las resoluciones de apertura de investigación con pliego de cargos, nunca contienen obligatoriamente una transcripción exhaustiva de todas y cada una de las pruebas obrantes en el expediente, en razón a que las normas de procedimiento para este tipo de actuaciones establecen que tan solo es requerido que contengan las pruebas que permitan sostener la necesidad de iniciar una investigación formal, tendiente a demostrar si las presuntas conductas anticompetitivas en efecto se cometieron, y no necesariamente una mención y valoración de todas y cada una de las pruebas recaudadas en forma física o electrónica.

En efecto, el inciso 1º del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, señala que "Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su (sic) solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.". Por lo tanto, la apertura de investigación, lógicamente, solo puede indicar las conductas o cargos imputados y los hechos que hasta ese momento resultan suficientes para que la Superintendencia considere necesario realizar dicha imputación, pero jamás una transcripción de todos los elementos probatorios que hacen parte del expediente formado por la etapa previa de indagación preliminar, pues ello sería absurdo.

El mismo artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece que cuando se ordene "abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes". Como es apenas obvio, esta oportunidad para solicitar y aportar pruebas, está prevista tanto para presentar las que considere pertinentes, como también para controvertir las pruebas que ya obren en el expediente y que pudieron haber sido recaudadas en la etapa de averiguación preliminar, con lo cual se garantiza plenamente el derecho de defensa protegido por el artículo 29 de la Constitución Política y demás normas aplicables.

Así, lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben valorarse en la investigación son los cargos sobre la comisión de conductas restrictivas de la competencia imputados (imputación jurídica e imputación fáctica). En este sentido, si bien las pruebas que se practiquen en la investigación desde luego pueden servir para profundizar o controvertir las conductas imputadas en la apertura, también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar complementarias dentro del ámbito de los cargos formulados, sin que ello implique violación alguna del principio de congruencia como copiosamente lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrinal nacional.

Los cargos formulados en la apertura de investigación se refieren a la afirmación que hace la Superintendencia de Industria y Comercio en el sentido de que unas personas presuntamente han incurrido en la conducta calificada por la ley como restrictiva de la libre competencia económica. La investigación se abre para determinar si aquellos a quienes se dirige esa imputación incurrieron o no en esa endilgada conducta y para ello, es obligatorio para la Administración, al momento de resolver de fondo (sancionar o exonerar) analizar todas las pruebas que obran en el expediente, bien sea las recaudadas en la investigación preliminar o en la etapa de investigación formal. Ninguna prueba que obre en el expediente, puede ser inadvertida por el funcionario que deba adoptar la decisión final.

En efecto, en el presente caso se determinaron con claridad las conductas imputadas a las personas jurídicas y naturales investigadas, es decir, un acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar a Colombia por parte de los ingenios a través de entidades vinculadas a ellos, particularmente, **CIAMSA, DICSA y ASOCAÑA**. Por consiguiente, es entonces claro que, desde el principio, los investigados supieron cuál era la imputación y en qué se basaba, lo que garantizaba su derecho de defensa y contradicción. Obsérvese que la imputación fáctica se refiere a la obstrucción de importaciones de azúcar al país, con independencia de cuál es o cual sería el país de origen de esas importaciones. El cargo fue obstruir importaciones y cualquier obstrucción que esté soportada en pruebas regular y oportunamente allegadas a la investigación debe ser analizada por el funcionario respectivo al momento de adoptar la decisión final, en este caso, por el Superintendente de Industria y Comercio.

Ciertamente, no queda duda de que la Superintendencia de Industria y Comercio citó algunas conductas concretas que justificaron la necesidad de elevar los cargos contenidos en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, después de un análisis juicioso de la información, los testimonios y las visitas administrativas a las investigadas, actividades desplegadas en la averiguación preliminar. Es decir, hubo una imputación clara desde la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con el fin de que las personas jurídicas y naturales ejercieran su derecho de defensa y contradicción, como en efecto sucedió, en el sentido de que se trataba de una imputación por un acuerdo que tenía por objeto o como efecto a impedir a terceros el acceso a los mercados a través de las obstrucciones de importaciones hacia Colombia, valiéndose los ingenios de algunas empresas o entidades como **CIAMSA, DICSA y ASOCAÑA**. Literalmente, se reitera, la imputación fáctica siempre fue la de que *"los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA"*.

Ahora bien, las pruebas que se hayan practicado en la averiguación preliminar o en la investigación pueden servir para profundizar o controvertir las razones que motivaron la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, pero también pueden evidenciar diversas circunstancias de modo, tiempo o lugar en que pudo haber tenido lugar la conducta imputada a los investigados. Así las cosas, la Superintendencia tenía la carga de ser totalmente clara en las conductas que generan el cargo y determinar si se cumplían los supuestos de su imputación. Sobre este punto es importante dejar en evidencia que la Autoridad no está obligada, como lo pretenden ahora los investigados, a enlistar, transcribir o reproducir en esa etapa inicial de la actuación administrativa, como lo es la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, todas y cada una de las pruebas que obran en el expediente vertiéndolas o reproduciéndolas en el acto administrativo, pues ellas se encuentran en el expediente.

Por su parte, los investigados tienen el derecho a defenderse de tales acusaciones solicitando o aportando las pruebas que consideraran pertinentes para su defensa y, especialmente, a controvertir las que en su opinión resulten contrarias a sus intereses. Por supuesto, este derecho de defensa conlleva inherente un deber de diligencia, que entre otras cosas, le impone a los investigados o a sus apoderados la elemental carga de estudiar y conocer el expediente, pues de lo contrario, si no se conoce el expediente, ¿cómo saber qué pruebas se deben o tienen que controvertir?, ¿cómo pueden solicitar y aportar pruebas para defenderse? o ¿cómo identificar las pruebas que reposan en el expediente y que podrían ser advertidas como elemento propio de la defensa de sus prohijados?

Adicionalmente, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no implica la imposibilidad de que en el curso de la investigación se sumen elementos de juicio que respalden la imputación jurídica y fáctica, pues es en el desarrollo de la etapa probatoria (fase instructiva) donde se adquiere un mayor conocimiento de las circunstancias que rodean la infracción de la norma legal que dio origen a la investigación o para controvertir las pruebas recaudadas en la etapa de indagación preliminar y que hacen parte del expediente. Todo obliga a que al momento de la sanción se haga una valoración jurídica de todas las pruebas que obran en el expediente, que hayan sido regular y oportunamente allegadas y frente a las cuales los investigados pudieron controvertirlas, para establecer si se ha realizado o no una conducta contraria a la norma que se imputa como transgredida, tal y como se ha explicado anteriormente y con suficiencia.

Quiere decir lo anterior, que la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no genera el efecto de congelar la actuación administrativa, como lo quieren dar a entender los recurrentes. Por el contrario, es a partir de este momento que el trámite entra en su momento más dinámico desde el punto de vista probatorio, donde los investigados, luego de estudiado el expediente y las pruebas que lo componen, pueden aportar, solicitar pruebas o controvertir las existentes. Es aquí, donde los investigados o sus apoderados, según fuere el caso, deben ser diligentes en estudiar el expediente con toda rigurosidad, identificando las pruebas que hacen parte de él y el contenido material y alcance de las mismas, para que en la oportunidad de descargos puedan solicitar la práctica de pruebas y aportar las que consideren necesarias para contrarrestar los cargos imputados.

Aceptar la tesis sobre la supuesta incongruencia planteada por los recurrentes conllevaría al absurdo de pensar que la Resolución Sancionatoria de una actuación administrativa tiene que ser exactamente igual a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con la variación única en la fecha de expedición. Esto no ha sido así, no es así y nunca será así, pues obviamente eso desvirtuaría las más elementales reglas de la razón y la lógica dentro del esquema procesal de indagación preliminar, apertura de investigación formal con pliego de cargos, descargos, pruebas, alegatos y decisión final sancionatoria o exoneratoria.

En este punto vale la pena hacer énfasis en que por distintas circunstancias, los investigados y/o sus apoderados tuvieron en este caso en particular, las oportunidades y el tiempo que tal vez nadie ha tenido para estudiar el expediente y ejercer el derecho de defensa en una actuación por prácticas restrictivas de la libre competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior, debido a que en este caso, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se dio mediante la expedición de tres actos administrativos (Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013 y Resolución No. 50925 del 27 de agosto de 2013, y en todas ellas, se dio la oportunidad no solo de ejercer el derecho de defensa y contradicción respecto de las circunstancias que incorporaban esos actos administrativos posteriores, sino en relación con cualquier circunstancia de la investigación, a través de nuevas oportunidades generales para rendir descargos, aportar y solicitar la práctica de pruebas para controvertir los cargos formulados. Obsérvese que las pruebas sobre la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** y las pruebas sobre obstrucciones de importaciones de azúcar al país provenientes de Guatemala y El Salvador, fueron recaudadas en visitas administrativas de inspección llevadas a cabo en la etapa de indagación o averiguación preliminar, es decir, con total certeza antes del 13 de febrero de 2012.

Así las cosas, obsérvese que los investigados y/o apoderados de las personas jurídicas a las que se les formuló pliego de cargos tuvieron como mínimo 18 meses (entre febrero de 2012 y agosto de 2013) para revisar el expediente **antes de que se les venciera en definitiva la oportunidad para rendir descargos y pedir y aportar pruebas en esta investigación**; por otro lado, los investigados personas naturales y/o sus apoderados tuvieron para los mismos efectos, por lo menos 4 meses (entre abril de 2013 y agosto de 2013).

Vale la pena volver a citar, la sentencia de la Corte Constitucional sobre el principio "*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (nadie puede obtener provecho de su propia culpa o torpeza):

"Esta Corporación ha advertido la aplicabilidad del principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans). Una de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, consiste en que el accionante no sea responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su

finalidad no es "subsanan los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante"⁸⁹.

Al respecto la Corte en la citada providencia dijo:

"En efecto, si los hechos que dan origen a la acción de tutela corresponden a la actuación culposa, imprudente o negligente del actor que derivó, a la postre, en la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, no es admisible que éste pretenda a través de la acción de tutela obtener el amparo de tales derechos, y por lo tanto, desplazar su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo a la autoridad pública o al particular accionado. Una consideración en sentido contrario, constituiría la afectación de los fundamentos del Estado de Derecho y del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política"⁹⁰.

Siendo así las cosas, es evidente que los argumentos relacionados con la violación al debido proceso por incongruencia al supuestamente no involucrar la restricción de azúcar proveniente de países como Guatemala o El Salvador, más que argumentos denotan una posible falta de diligencia profesional o por lo menos una omisión deliberada de cualquier tipo de referencia a dichas pruebas como estrategia de defensa, que a lo postre no funcionó habida cuenta de que el Despacho, en ejercicio de su obligación legal adoptó la decisión de sancionar a los investigados apreciando todas las pruebas que obraban en el expediente y que hubiesen sido regular y oportunamente allegadas a la investigación, frente a las cuales, como ya se dijo, hubo todo tipo de posibilidades y términos para controvertirlas.

La anterior posición ha sido validada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como puede observarse, entre otras muchas decisiones judiciales, en la sentencia del 22 de enero de 2015, en la que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca determinó, con contundencia y claridad más que meridiana, que el surgimiento de hechos adicionales que forman parte de los planteados inicialmente en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas no configura una vulneración al debido proceso, cuando se trata de pruebas regular y oportunamente allegadas a la investigación:

"(...)

VII CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...) En ese marco, se tiene **que carece de soporte jurídico la argumentación expuesta por el apoderado de la parte actora en el escrito de la demanda en el sentido de sostener que se vulneró el debido proceso porque en la resolución que inició la investigación administrativa no se enrostró la conducta por la que finalmente fue sancionada** (...)

Sobre este aspecto, es importante advertir que **el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente** (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas. (...) "⁹¹. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Obsérvese que la citada sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como es apenas obvio, entiende que si en la etapa de instrucción las pruebas denotan la existencia de hechos adicionales que se enmarcan dentro de la imputación jurídica y fáctica del pliego de cargos, nadie podría alegar que, el recoger esos hechos adicionales en la decisión final vaya en contravía del principio de la congruencia, como tampoco puede serlo y con mayor razón, que esos hechos adicionales se estén probando incluso con pruebas regular y oportunamente allegadas a la investigación con anterioridad al pliego de cargos, es decir, en la etapa de averiguación preliminar o indagación preliminar. Se reitera que sostener lo contrario, es suponer que la decisión final

⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencias T - 007 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T - 196 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T - 547 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T - 123 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁹¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. 22 de enero de 2015. M.P. Fredy Ibarra Martínez. Expediente No. 25000-23-41-000-2013-00414.

sancionatoria debe ser una copia al carbón del pliego de cargo, y que por ende, todo lo que no figure allí, es de carácter decorativo o que solo sirve para engrosar el expediente.

La Corte Constitucional, citando a la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una "atadura irreductible" (...)".⁹²

En consecuencia, la relación de las conductas como reprochadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, no impide que en el transcurso de la investigación, y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas o de las obrantes en el expediente con motivo de la indagación preliminar, la autoridad advierta circunstancias de tiempo, modo y lugar en que pudo haber sucedido la conducta anticompetitiva objeto de la imputación, pues precisamente la investigación administrativa tiene como finalidad establecer si se ha incurrido en conductas que generan prácticas comerciales restrictivas o no, que para el caso en concreto, es la de establecer si "los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es **ASOCAÑA, DICSA** y **CIAMSA**, a los que pertenecen y que de hecho presiden.", en contravención de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, ello es, una conducta que tenga por objeto o tenga como efecto impedir a terceros el acceso a los canales de mercado o a los canales de comercialización.

En ese orden de ideas, la resolución que abre la respectiva investigación administrativa determina cuáles son las conductas objeto de investigación, lo cual conlleva a la lógica conclusión de que mal podría ser el momento en que la autoridad determina definitivamente todas y cada una, sin exclusión, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que deban ser analizadas por la autoridad administrativa para establecer la existencia de una conducta anticompetitiva imputada, pues serán los elementos recaudados durante la indagación preliminar y la investigación, las que darán lugar al análisis final en la resolución que ponga fin a la actuación para determinar si efectivamente la conducta anticompetitiva se ha perpetrado o si por el contrario está descartada su ocurrencia.

De este modo, las pruebas practicadas en la averiguación preliminar o en la investigación formal pueden servir no solo para ahondar las razones que motivaron el inicio de la actuación administrativa, sino que también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar que complementen las conductas imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, sin que en ningún momento ello implique que se termine sancionando por una conducta diferente a la imputada inicialmente o que se haya vulnerado el principio de congruencia, como erradamente lo han alegado los investigados en el trámite del recurso de reposición *sub examine*.

Es evidente que el Despacho ha garantizado el debido proceso y ha respetado el principio de la congruencia. En primer lugar, los agentes considerados en la infracción son los mismos; en segundo lugar, la conducta y su objeto es el mismo: obstruir las importaciones de azúcar al país a través de entidades vinculadas tales como **CIAMSA, DICSA** y **ASOCAÑA**; y en tercer lugar, el objeto anticompetitivo que tiene la conducta para afectar al mercado y la sociedad es igualmente reprochable.

Ahora bien, respecto de lo señalado en el Informe de Agencia Especial de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** frente a una eventual violación al derecho a la defensa por la "imposibilidad de conocer desde el inicio de la investigación los hechos en su totalidad en que se funda y motiva la sanción"⁹³, este Despacho considera que tal conclusión pudo haber sido producto de que la Agencia Especial de dicha Entidad de control, tuvo como característica la de haberse dado a través de la solicitud de unas pocas piezas procesales referidas en los memoriales que algunos de los investigados presentaron a dicho órgano de control en la solicitud de agencia especial, pero nunca sobre la totalidad del expediente. Si la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, hubiere efectuado una revisión de la totalidad expediente o hubiere solicitado la expedición de una copia física y digital de la totalidad del mismo, con toda seguridad sus conclusiones hubieren sido las mismas que aquí expone el Despacho.

⁹² Corte Constitucional. Sentencia C – 025 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹³ Página 9.

4.4.3. Sobre el principio de congruencia en relación con la sanción a las personas naturales investigadas

Frente a la sanción impuesta a las personas naturales investigadas, debe reiterarse que la misma se impartió con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente que daban cuenta de su responsabilidad en la comisión de la conducta anticompetitiva, las cuales guardan estricta congruencia con la motivación plasmada en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos para iniciar una investigación en su contra, que entre otros aspectos señaló lo siguiente:

"(...) habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas señaladas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en los numerales 4 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, se puede vislumbrar en la convocatoria y realización de comités y juntas dentro de la asociación ASOCAÑA y de las empresas CIAMSA S.A. y DICSA S.A., en los cuales participan de manera activa y permanente, los gerentes de cada uno de los ingenios del azúcar que aparecen como miembros o asociados de estas empresas y agremiaciones. Otro de los elementos que sirve de indicador para presumir la participación de estas personas en las conductas investigadas es la manera como aparecen integradas las juntas directivas de CIAMSA S.A. y ASOCAÑA en las cuales se encuentra la designación como miembros principales y suplentes, de las mismas personas naturales anteriormente nombradas."

Como puede observarse, contrario a lo manifestado por los investigados en sus recursos de reposición, la imputación de las personas naturales fue clara, concreta y precisa y estuvo suficientemente motivada con la información analizada al momento de la apertura de investigación, al paso que las pruebas aducidas en su contra están estrictamente relacionadas con dicha imputación.

Conclusiones

- Para el caso del cargo de obstrucción de importaciones de azúcar al país, tanto la imputación jurídica como fáctica, fueron descritas de manera clara, concisa y no dan lugar a interpretaciones, por lo que es claro que, desde el principio, los investigados supieron cuál era la imputación y en qué se basaba, lo que garantizaba su derecho de defensa y contradicción:
 - La imputación **jurídica** fue la presunta violación del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización).
 - La imputación **fáctica** consistió en que *"Los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden"*.
- El cargo formulado a los investigados nunca fue el de haber obstruido o restringido importaciones de azúcar desde Bolivia o haber obstruido o restringido importaciones de azúcar desde Costa Rica. Esta lectura del cargo que hacen ahora los investigados es equivocada por ser contraevidente puesto que en ningún momento la investigación se limitó exclusivamente a un país en particular.
- Los investigados en sus recursos de reposición adoptaron como estrategia de impugnación, plantear convenientemente una incongruencia que no existe entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y la Resolución Sancionatoria, con el objetivo de (i) cerrar el campo de acción del esquema colusorio a unos determinados países; (ii) alegar que el material probatorio que siempre ha reposado en el expediente respecto de obstrucciones de algunos países no puede ser utilizado en su contra; (iii) alegar una supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad de competencia; y (iv) alegar un supuesto principio de favorabilidad en materia sancionatoria.
- Es una obligación legal de la Superintendencia de Industria y Comercio valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo, siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación jurídica y fáctica. Hecho ese ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar.

- Las resoluciones de apertura de investigación con pliego de cargos, no contienen obligatoriamente una transcripción exhaustiva de todas y cada una de las pruebas obrantes en el expediente, en razón a que las normas de procedimiento para este tipo de actuaciones establecen que tan solo es requerido que contengan las pruebas que permitan sostener la necesidad de iniciar una investigación formal.
- Lo que condiciona el alcance y procedencia de las pruebas que deben valorarse en la investigación son los cargos sobre la comisión de conductas restrictivas de la competencia imputados (imputación jurídica e imputación fáctica).
- Si bien las pruebas que se practiquen en la investigación pueden servir para profundizar o controvertir las conductas imputadas en la apertura, también pueden evidenciar circunstancias de modo, tiempo o lugar complementarias dentro del ámbito de los cargos formulados, sin que ello implique violación alguna del principio de congruencia.
- La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos es el momento a partir del cual el trámite entra en su momento más dinámico desde el punto de vista probatorio, donde los investigados, luego de estudiado el expediente y las pruebas que lo componen, pueden aportar, solicitar pruebas o controvertir las existentes.
- El derecho de defensa conlleva inherente un deber de diligencia que le impone a los investigados o a sus apoderados la elemental carga de estudiar y conocer el expediente para, entre otras cosas, saber qué pruebas se deben o tienen que controvertir e identificar las pruebas que podrían ser advertidas como elemento propio de la defensa de sus prohijados.
- Vale la pena hacer énfasis en que por distintas circunstancias, los investigados y/o sus apoderados tuvieron en este caso en particular, las oportunidades y el tiempo que tal vez nadie ha tenido para estudiar el expediente y ejercer el derecho de defensa en una actuación por prácticas restrictivas de la libre competencia ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior, debido a que en este caso, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se dio mediante la expedición de tres actos administrativos (Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013 y Resolución No. 50925 del 27 de agosto de 2013), y en todas ellas, se dio la oportunidad no solo de ejercer el derecho de defensa y contradicción respecto de las circunstancias que incorporaban esos actos administrativos posteriores, sino en relación con cualquier circunstancia de la investigación, a través de nuevas oportunidades generales para rendir descargos, aportar y solicitar la práctica de pruebas para controvertir los cargos formulados.
- Los argumentos relacionados con la violación al debido proceso por incongruencia, al supuestamente no involucrar la restricción de importaciones de azúcar proveniente de países como Guatemala o El Salvador, denotan una posible falta de diligencia profesional o por lo menos una omisión deliberada de cualquier tipo de referencia a dichas pruebas como estrategia de defensa.
- Es evidente que el Despacho ha garantizado el debido proceso y ha respetado el principio de la congruencia porque: (i) los agentes considerados en la infracción son los mismos; (ii) la conducta y su objeto es el mismo: obstruir las importaciones de azúcar al país a través de entidades vinculadas tales como **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**; y (iii) el objeto anticompetitivo que tiene la conducta para afectar al mercado y la sociedad es igualmente reprochable.
- La conclusión del Informe de Agencia Especial de **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** frente a una eventual violación al derecho a la defensa por la *"imposibilidad de conocer desde el inicio de la investigación los hechos en su totalidad en que se funda y motiva la sanción"*, pudo haber sido producto de que la Agencia Especial de dicha Entidad de control, tuvo como característica la de haberse dado a través de la solicitud de unas pocas piezas procesales referidas en los memoriales que algunos de los investigados presentaron a dicho órgano de control en la solicitud de agencia especial, pero nunca sobre la totalidad del expediente. Si la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, hubiere efectuado una revisión de la totalidad expediente o hubiere solicitado la expedición de una copia física y digital de la totalidad del mismo, con toda seguridad sus conclusiones hubieren sido las mismas que aquí expone el Despacho.

4.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la inexistencia de una obstrucción de importaciones de azúcar proveniente de Guatemala

Señalaron los investigados en sus escritos de reposición, que uno de los correos electrónicos en el cual se fundamenta la obstrucción de importaciones de azúcar proveniente de Guatemala (correo electrónico enviado por un funcionario de **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE LECHE S.A. DISNAL S.A.** con sede en Medellín y dirigido a la **ASOCIACIÓN DE AZUCAREROS DE GUATEMALA (ASAZGUA)**, habría sido transcrito de forma selectiva por el Despacho para sustentar su acusación; también señalaron que el Despacho desconoció las funciones consultivas y de información que tiene **CIAMSA**.

A continuación se transcribe la cadena de correos correspondiente, en el texto y orden encontrados en el expediente:

"(...)

*From: Angelica Ospina
Sent: lunes, 18 de mayo de 2009 08:03 a.m.
To: ASAZGUA - Maria Eugenia Ruiz
Cc: Carlos Mira
Subject: RE: Azúcar refinada*

Buenos Dias Maria Eugenia,

Como siempre muy agradecidos estamos con ustedes que nos referencian estas situaciones. Estoy copiando a Carlos en el comunicado, justamente tenemos mañana reunión con los refinadores y les mencionaremos la solicitud.

Cordial saludo,

Angelica Ospina

Cualquier corrección, error u omisión que usted encuentre en el texto y anexos adjuntos, favor informarlo inmediatamente al envió de este correo

*De: ASAZGUA - Maria Eugenia Ruiz [mailto:mediaz@azucar.com.gt]
Enviado el: viernes, 15 de mayo de 2009 10:58 a.m.
Para: Angelica Ospina
Asunto: RV: Azúcar refinada
Importancia: Alta*

Estimada Angelica:

Es un gusto saludarte y a la vez te agradecería tu opinión en relación a la solicitud que aparece en el correo anterior.

Atentamente,

Ma. Eugenia Ruiz T.

*De: Carlos Quevedo [mailto:CQUEVEDO@telmex.net.co]
Enviado el: Viernes, 15 de Mayo de 2009 09:41 a.m.
Para: ASAZGUA - Lilian Cordon
Asunto: Azúcar refinada
Importancia: Alta*

Buenos días,

Nuestra empresa esta interesada en comprar 120 toneladas mensuales de azúcar blanca refinada de caña para el consumo humano y la industria alimenticia, agradezco me dejen saber costo por tonelada empacada en bultos/sacos de 50 kilos y cantidades para embalar en 1x40', gracias por mencionarme costo FOB puerto guatemalteco y CFR Cartagena, Buenaventura y Uraba - Colombia

Por su atención muchas gracias

Saludos cordiales,

*Carlos Quevedo
Director Comercio Exterior*

Distribuidora Nacional de Leche S.A. / DISNAL S.A.
Cra. 43 A 9 Sur - 91, Torre Norte, Of. 904
Medellín, Colombia
Te. directo 57 4 - 599 02 15
Móvil 57 - 316 323 81 08

(...)"

El Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria con relación al correo electrónico arriba transcrito, en el sentido de que este comprende, un ejemplo más, de la existencia de obstáculos no contemplados en la ley que tenían que enfrentar quienes quisieran importar azúcar, es decir, importaciones proyectadas por industriales colombianos, consistentes en que dichas transacciones eran consultadas previamente con organismos como **ASOCAÑA**, **DICSA** o **CIAMSA**, con el fin de que el cartel empresarial del azúcar las autorizara, las monitoreara, las conociera para efectos de cotizarlas en Colombia, y en general con el fin de obstruirlas, restringirlas u obstaculizarlas, sin razón jurídicamente atendible.

En la ocasión referida en el correo transcrito, se observa como **ASAZGUA** pone en conocimiento de **CIAMSA** la solicitud de importación que le formula **DISNAL** y esta a su vez responde que la pondrá en conocimiento de los "refinadores" colombianos, lo cual es muestra de la existencia de una práctica concertada entre los investigados en virtud de la cual las agremiaciones o empresas azucareras de la región deben avisarles de cualquier movimiento que exista respecto de cualquier agente del mercado que quiera comprar azúcar en países de la región. De ninguna manera puede aceptarse que sea una solicitud de información o consulta como lo afirman los recurrentes, pues del análisis del correo es claro que nada tiene que ver con las supuestas funciones de información o consultivas que dicen tendría **CIAMSA**.

La conducta que denota el correo electrónico no es otra que un elemento más de la estrategia de obstrucción permanente y continuada de importaciones de azúcar al país que los ingenios investigados habrían fraguado junto con entidades vinculadas, tales como **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**, para evitar que compradores colombianos adquirieran azúcar proveniente de otros países. En este caso, Guatemala.

Obsérvese que en el correo de **ASAZGUA** a **CIAMSA** (viernes, 15 de mayo de 2009), **MARÍA EUGENIA RUIZ** de **ASAZGUA** le dice a **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**) que "te agradecería tu opinión en relación a la solicitud que aparece en el correo anterior", es decir, en relación con la solicitud de cotización que **DISNAL** le pide a **ASAZGUA**. Aquí surgen necesariamente interrogantes como por ejemplo ¿por qué **ASAZGUA** le traslada una petición de cotización a **CIAMSA** que le ha sido elevada por un importador colombiano que quiere comprarle azúcar y traerla a Colombia? ¿Qué tipo de funciones consultivas hacen la opinión de **CIAMSA** sobre esta solicitud de cotización? A continuación, obsérvese que el día hábil siguiente (lunes, 18 de mayo de 2009), **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**), le responde a **MARÍA EUGENIA RUIZ** que "Como siempre muy agradecidos estamos con ustedes que nos referencian estas situaciones.", lo que significa que no es la primera vez que se producen ese tipo de avisos o alarmas en relación con las cotizaciones que industriales colombianos le hacen a **ASAZGUA**, adicionalmente le dice que le "Estoy copiando a Carlos", refiriéndose a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), además de decirle que "justamente tenemos mañana reunión con los refinadores y les mencionaremos la solicitud", lo que indica que obviamente no se trata de una consulta sino de adoptar una decisión al respecto de esa importación para obstruirla, negando un visto bueno para que se efectúe a través de una instrucción a **ASAZGUA** o para obstruirla proponiéndole a través de cualquiera de los co-cartelistas, una oferta a **DISNAL**, que como se verá fue lo que terminó ocurriendo. Y aquí surgen otros interrogantes. ¿Qué tipo de funciones consultivas son las que justifican que **CIAMSA** deba poner de presente a los refinadores de la "Industria Azucarera Colombiana" la solicitud de cotización que un importador colombiano hace en Guatemala?

Como se observa en este caso, la oferta de compra fue desviada y retransmitida a los ingenios colombianos para que fueran estos quienes suministraran el azúcar a **DISNAL** (importador que pretendía importarlo desde Guatemala). De hecho, como se observa a continuación, se encontró que al menos uno de los ingenios (**INGENIO RISARALDA**) efectivamente se comunicó directamente con el importador (**DISNAL**) con el fin de que desistiera de su intención de importar y adquiriera el azúcar localmente en el mercado colombiano. Veamos:

"From: Jose Horacio Martinez R.
To: CQUEVEDO@telmex.net.co

Sent: Tuesday, May 19, 2009 8:53 AM

Subject: Saludo

Respetado Señor Quevedo:

Tengo conocimiento de que usted está requiriendo azúcar Refinado, el Ingenio Risaralda tiene disponibilidad de este producto. Déjenos conocer más detalles de su requerimiento que con mucho gusto le atenderemos. Estamos ubicados a 230 kilómetros de Medellín y somos competitivos en fletes.

Cordialmente,

José Horacio Martínez Ramírez

Director Comercial

Ingenio Risaralda S.A.

Tel. 057 6 3679909

Cel. 311 7644918

De: Carlos Quevedo [mailto:CQUEVEDO@telmex.net.co]

Enviado el: martes, 19 de mayo de 2009 01:06 p.m.

Para: Jose Horacio Martinez R.

Asunto: Re: Saludo

Estimado Señor Martínez,

Es correcto, nuestra comercializadora esta manejando entre 60 y 120 toneladas de azúcar refinada mensuales las cuales estamos comprando en Buenaventura para su posterior comercialización en el país, nuestro interés esta basado en importarla directamente para obviarnos la intermediación y así obtener una ganancia en el commodity pues el margen de utilidad que manejamos es bastante pequeño y las variaciones de alza que nos dan el precio de venta nos afecta considerablemente pues no nos es posible transmitírselas a nuestros clientes con quienes ya tenemos pactado costos sostenidos por períodos estipulados.

De ser de su interés, le agradezco me deje saber su oferta por saco de 50 kilos para este volumen que manejamos y en que parte nos entregaría el producto.

Por su atención muchas gracias,

Saludos cordiales,

Carlos Quevedo

Director Comercio Exterior

Distribuidora Nacional de Leche S.A. / DISNAL S.A.

Cra. 43 A 9 Sur - 91, Torre Norte, Of. 904

Medellín, Colombia

Tel. directo 57 4 - 599 02 15

Móvil 57 - 316 323 81 08

From: Jose Horacio Martinez R. <IRISA/FIRST ADMINISTRATIVE GROUP/RECIPIENTS/JHMARTINEZ>

Sent: 5/19/2009 4:25:10 PM -0500

To: Carlos Quevedo <CQUEVEDO@telmex.net.co>

CC: Ruby Stella Aristizabal Arenas <raristizabal@ingeniorisaralda.com>; Maria Luney Montoya T <lmontoya@ingeniorisaralda.com>

Subject: RE: Saludo

Attachments: SOLICITUD DE CREDITO FORMATO.doc; SOLICITUD DE CREDITO FORMATO.xls; Distribuidora Nacional de Leche S.A. DISNAL S.A..pdf

Respetado señor Quevedo:

Adjunto cotización de nuestra Azúcar Refinada, puesta en nuestra Planta (FAS) ó puesta en Medellín (CIF). La cantidad debe ser múltiplo de 35 toneladas para que el flete sea el más económico.

Anexo los documentos requeridos para el estudio de crédito, si están interesados en él favor diligenciar los formularios correspondientes.

Cualquier aclaración bien puede ser resuelta por este medio o vía telefónica, mis datos van al pie de la firma.

Cordial saludo,

José Horacio Martínez Ramírez

Director Comercial

Ingenio Risaralda S.A.

Tel. 057 6 3679909
Cel. 311 7644918

De: Carlos Quevedo [mailto:CQUEVEDO@telmex.net.co]
Enviado el: martes, 19 de mayo de 2009 01:06 p.m.
Para: Jose Horacio Martinez R.
Asunto: Re: Saludo
Estimado Señor Martínez,

Es correcto, nuestra comercializadora esta manejando entre 60 y 120 toneladas de azúcar refinada mensuales las cuales estamos comprando en Buenaventura para su posterior comercialización en el país, nuestro interés esta basado en importarla directamente para obviarnos la intermediación y así obtener una ganancia en el commodity pues el margen de utilidad que manejamos es bastante pequeño y las variaciones de alza que nos dan el precio de venta nos afecta considerablemente pues no nos es posible transmitírselas a nuestros clientes con quienes ya tenemos pactado costos sostenidos por períodos estipulados.

De ser de su interés, le agradezco me deje saber su oferta por saco de 50 kilos para este volumen que manejamos y en que parte nos entregaría el producto.

Por su atención muchas gracias,

Saludos cordiales,

Carlos Quevedo
Director Comercio Exterior
Distribuidora Nacional de Leche S.A. / DISNAL S.A.
Cra. 43 A 9 Sur - 91, Torre Norte, Of. 904
Medellín, Colombia
Tel. directo 57 4 - 599 02 15
Móvil 57 - 316 323 81 08

----- Original Message -----

From: Jose Horacio Martinez R.
To: CQUEVEDO@telmex.net.co
Sent: Tuesday, May 19, 2009 8:53 AM
Subject: Saludo

Respetado Señor Quevedo:
Tengo conocimiento de que usted está requiriendo azúcar Refinado, el Ingenio Risaralda tiene disponibilidad de este producto. Déjenos conocer más detalles de su requerimiento que con mucho gusto le atenderemos. Estamos ubicados a 230 kilómetros de Medellín y somos competitivos en fletes.
Cordialmente,

José Horacio Martínez Ramírez
Director Comercial
Ingenio Risaralda S.A.
Tel. 057 6 3679909
Cel. 311 7644918

(...)"⁹⁴

Al respecto, para este Despacho es claro que el reproche a la situación referida en el correo que da cuenta de esta conducta, no recae sobre las supuestas y auto endilgadas funciones consultivas de **CIAMSA**, sino sobre el hecho de que **ASAZGUA** informe a **CIAMSA** sobre una solicitud de importación desde Colombia para "tu opinión" y que **ASAZGUA** se abstenga de dar respuesta a la solicitud hasta tanto no se pone en conocimiento de **CIAMSA**, circunstancia que en nada tiene que ver con funciones de información y consulta, que además, como ya se dijo, era algo rutinario pues el correo electrónico de **CIAMSA** a **ASAZGUA**, indica con total claridad el agradecimiento por avisar de estas situaciones.

⁹⁴ Acta obrante al Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2092647). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR2/CR2_CD10_F703/RISARALDA - Visita 08.10.2010 (DVD 1 de 1)/MarÃ-a Luney - Secretaria DirecciÃ³n Comercial/Mensajes Maria Luney.pst/Mensajes Maria Luney/Principio de las Carpetas personales/Elementos eliminados/Muy Especial/Trabajo/RE: Saludo

Para concluir, obsérvese que lo ocurrido nada tiene que ver con las funciones consultivas de **CIAMSA**. En efecto: (i) **DISNAL** pide cotización a **ASAZGUA** en Guatemala; (ii) **ASAZGUA** se abstiene de dar respuesta a **DISNAL**. (iii) **ASAZGUA** en Guatemala informa ese hecho a **CIAMSA** en Colombia para "tu opinión"; (iv) **CIAMSA** en Colombia agradece a **ASAZGUA** en Guatemala que como es costumbre ese hecho haya sido informado y dice que lo comunicará a los ingenios; (v) **CIAMSA** en Colombia avisa a los ingenios; (vi) **INGENIO RISARALDA** se comunica con **DISNAL** para averiguar sobre necesidad de azúcar (vii) **DISNAL** confirma necesidad de azúcar; y (viii) **INGENIO RISARALDA** cotiza azúcar a **DISNAL**.⁹⁵

El Despacho encuentra que todo lo anterior en relación con Guatemala, confirma o ratifica un patrón de comportamiento en la conducta colusoria de los co-cartelistas quienes fraguaron una estrategia permanente y continuada en la región para obstruir o restringir importaciones de azúcar al país, conducta en la que están involucrados los ingenios azucareros investigados y sus organismos vinculados. Nótese la similitud existente en lo ocurrido con Guatemala y lo sucedido con El Salvador y Costa Rica, que como ya se dijo, denotan que el *modus operandi* del acuerdo anticompetitivo de obstrucción de importaciones al país obedece a un mismo patrón de comportamiento.

Conclusiones

- El correo electrónico que da cuenta de la obstrucción de importaciones desde Guatemala es un elemento más de la estrategia de obstrucción de importaciones, para evitar que un comprador colombiano adquiriera azúcar proveniente de dicho país en lugar de los ingenios colombianos investigados, oferta de compra que fue desviada y retransmitida a los ingenios colombianos para que fueran estos quienes suministraran el azúcar al industrial colombiano.
- El reproche a la situación referida en el correo que da cuenta de esta conducta, no recae sobre las supuestas y auto endilgadas funciones consultivas de **CIAMSA** sino sobre el hecho de que **ASAZGUA** informe a **CIAMSA** sobre una solicitud de importación desde Colombia para "tu opinión" y que **ASAZGUA** se abstenga de dar respuesta a la solicitud hasta tanto no se pone en conocimiento de **CIAMSA**, circunstancia que en nada tiene que ver con las supuestas funciones de información y consulta.
- La similitud existente en lo ocurrido con Guatemala y lo sucedido con El Salvador y Costa Rica, denotan que el *modus operandi* del acuerdo anticompetitivo de obstrucción de importaciones al país, obedece a un mismo patrón de comportamiento.

4.6. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la imposibilidad de sancionar la conducta anticompetitiva por ausencia de efecto

Un argumento común en los recursos de reposición interpuestos por los investigados consiste en señalar que el supuesto acuerdo para la obstrucción de las importaciones de azúcar al país, no generó ningún efecto ni lesionó el mercado del azúcar, toda vez que se encuentra acreditado en el expediente con cifras del **DANE**, que al país ingresó azúcar provenientes de Bolivia y de otros países.

Por su parte, también señalaron que no podría configurarse la conducta por objeto toda vez que en el presente caso no se demostró la idoneidad necesaria para la configuración de la conducta anticompetitiva por objeto. Manifestaron además, que si se produjo una imposibilidad para importar azúcar desde Bolivia, fue en razón a una orden administrativa impartida por el gobierno de dicho país.

Del mismo modo, algunos investigados señalaron que en el derecho de la competencia colombiano la mera intención de ejecutar una conducta anticompetitiva (denominada por los investigados como conspiración o tentativa) no puede ser objeto de sanción.

Para resolver este argumento es oportuno indicar que la conducta anticompetitiva sancionada, tuvo que ver con la obstrucción a las importaciones de azúcar a Colombia. Dicha conducta fue sancionada por objeto con base en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que dispone:

⁹⁵ Estos son hechos lo más parecidos a una especie de sistema de alarmas tempranas, de espionaje o de uso de información privilegiada por parte de unos agentes del mercado en contra de otro agente.

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

(...)

10. Los que tengan por **objeto** o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización"⁹⁶. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En ese sentido, no les asiste razón a los sancionados al afirmar que se les debería exonerar por cuanto la conducta anticompetitiva no produjo efecto en el mercado, pues es claro que a la luz de la norma antes citada si una conducta tiene por **objeto** impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización, habrán de imponerse las sanciones previstas en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, cuando dicha conducta, se reitera, sancionada por objeto, tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado. Significa lo anterior, que cuando se trate de una conducta sancionada por objeto, obviamente no es necesario demostrar la causación de efecto alguno por cuanto resultaría un contrasentido. Esto es así en Colombia y en todos los países del mundo en donde la infracción está prevista en la ley tanto por objeto como por efecto.

Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan por **objeto** impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como **efecto** impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Los anteriores acuerdos comportan un carácter restrictivo de la competencia, de tal suerte que bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acredite en forma conjunta o concomitante el objeto y el efecto, bastando simplemente que cualquiera de ellos tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva por **objeto**, y que ella tiene la **potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia**⁹⁷ para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por **objeto** (objeto⁹⁸ + potencialidad = conducta sancionable por objeto). Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que "*Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado*".⁹⁹

Como ya se indicó, cuando se investiga y sanciona un acuerdo anticompetitivo por **objeto**, no se requiere demostrar el efecto, toda vez que basta con el solo convenio para lograr su represión¹⁰⁰. Ahora bien, en el Derecho Europeo de la Competencia, en el caso *Société Technique Minière Vs. Maschinenbau Ulm GmbH* se estableció que para determinar si un acuerdo es anticompetitivo por **objeto**, este debería, sobre la base de un cúmulo de objetivos legales o elementos fácticos, permitir esperar, con un suficiente grado de probabilidad, que se ejercitará un efecto directo o indirecto, actual o potencial, en los remolinos del comercio entre los países miembros. En el caso que nos ocupa, es evidente que la conducta sancionada por objeto tenía más que la potencialidad de afectar la libre competencia, pues este pretendía que a Colombia no llegara ni un solo grano o gramo de azúcar proveniente de esos países, o interferir con las posibilidades de los industriales colombianos o importadores colombianos de importar azúcar al país, sin más barreras que las meramente legales.

⁹⁶ Numeral adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.

⁹⁷ Todas estas expresiones se usan como sinónimas y tienen la misma connotación y alcance en el derecho colombiano de la libre competencia.

⁹⁸ El objeto puede ser declarado o no, exteriorizado o no, pretendido o no, buscado o no.

⁹⁹ Comisión Europea. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal. 2011/C 11/01). Numerales 24-25.

¹⁰⁰ Una distinción en cuanto a los comportamientos anticompetitivos por objeto o efecto puede verse en Korah, Valentine. *Cases and material son EC competition law*, Oxford, Hart, 2006, pág. 47.

De otra parte, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de una conducta anticompetitiva por **objeto**, y que ella generó un **efecto** sobre la competencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por **efecto** (objeto + efecto = conducta sancionable por efecto) ¹⁰¹.

Ahora bien, respecto del argumento planteado en cuanto a que la conducta de los sancionados se habría producido en el marco de una "conspiración", la cual no sería sancionable bajo las leyes colombianas, es de observar que el argumento no es de recibo, ya que se advierte una confusión entre la doctrina angloamericana del "conspiracy" y el reproche de una conducta anticompetitiva "por objeto" a la luz de las leyes colombianas vigentes. Son cosas diametralmente diferentes.

En el derecho de la competencia colombiano no existe el concepto jurídico de la conspiración. En Colombia se sancionan las conductas que violen las normas de competencia por acuerdos, actos y comportamientos constitutivos de abuso de posición de dominio, bien sea por objeto o bien sea por efecto. Los aquí investigados deben entender que la Superintendencia de Industria y Comercio no los sancionó por incurrir en una "conspiración" o "tentativa", sino por haberse probado que los ingenios azucareros hicieron parte de un acuerdo o cartel empresarial cuyo objeto era impedir o restringir la importación de azúcar al país, a través de entidades vinculadas a ellos tales como **CIAMSA, DICSA y ASOCAÑA**.

La Superintendencia de Industria y Comercio no imputó responsabilidad administrativa ni sancionó a los investigados a título de conspiración o tentativa en la celebración de un acuerdo anticompetitivo. Para confirmar lo anterior, basta leer los actos administrativos correspondientes a la imputación de cargos y la sanción, para advertir que esta actuación se ciñó a los títulos de imputación previstos en las normas colombianas de competencia, y le atribuyó a los investigados haber incurrido en un acuerdo anticompetitivo que tenía por objeto obstruir o restringir importaciones de azúcar al país, y no por la tentativa de celebración de un acuerdo anticompetitivo. Dicho de otra manera, esta Superintendencia los declaró responsables administrativamente por efectivamente haber integrado un cartel empresarial y no por la tentativa de integrarlo.

El gravísimo error argumentativo en que incurren los investigados y que lo utilizan falazmente para generar confusiones alrededor del tema de la posible sanción, según ellos, por "conspiración" o "tentativa", estriba en que los investigados pretenden probar la ausencia de potencialidad o la ausencia de idoneidad de la conducta para restringir la libre competencia, en la no producción de un efecto, lo cual es un desafuero mayúsculo, por cuanto se reitera, la falta de efecto no puede ser el argumento para desvirtuar una conducta sancionada por objeto, cuando la ley permite sancionar o bien por objeto o bien efecto. La falta de efecto de la conducta no puede entonces, en simple lógica de razonamiento elemental, desvirtuar el objeto de la conducta. Si así fueran, solamente serían reprochables las conductas anticompetitivas que producen un efecto probado en el mercado.

La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, en su Informe de Agencia Especial en varios apartes se refiere a que la conducta ilegal de cartelización empresarial o acuerdo anticompetitivo cuyo objeto era la obstrucción o restricción de las importaciones efectivamente se materializó, y no como lo pretenden alegar los investigados, que se quedó en el ámbito de la simple conspiración o tentativa. Dijo dicho Informe:

*"Es notable de las pruebas obrantes en el expediente, que las conductas sancionadas y valoradas en su espectro probatorio, implican una permanencia, prórroga o continuidad en el tiempo, **pues se infiere que la materialización del comportamiento reprochado data del año 2008 hasta el año 2011**, es decir, que la **infracción objetiva y material al decreto 2153 de 1992 y a la ley 155 de 1959, corresponde a hechos acaecidos durante el transcurso del tiempo ya señalado.**"*¹⁰²

En el caso de la conducta prevista en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se advierte claramente que está tipificado como violatorio de las normas de protección de la competencia el acuerdo que tenga por objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o las canales de comercialización (obstrucción), por lo que su aplicación al presente caso es claramente

¹⁰¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 46111 de 2011.

¹⁰² Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 - 2654 el 21 de octubre de 2015.

precedente, y ello se ha hecho a lo largo de la historia de la libre competencia en Colombia y en otras partes del mundo, pues son muchísimos los casos en donde se ha determinado sancionar por objeto y no por efecto.

Así las cosas, este Despacho encontró que una de las acciones de la estrategia desarrollada por los investigados para por objeto obstruir importaciones, consistió en las distintas negociaciones con ingenios bolivianos para adquirir coordinadamente excedentes de azúcar producidos en dicho país, con el único propósito de evitar que los mayoristas y comerciantes colombianos los adquirieran para importarlos al país y distribuirlos en el mercado nacional del azúcar, lo cual evidentemente generaría una presión competitiva para los investigados sancionados.

Reitera esta Superintendencia que no fue casual que los sancionados encaminaran su comportamiento a obstruir justamente las importaciones de azúcar boliviano, ya que al pertenecer aquel país a la CAN, este producto tiene libre acceso al mercado colombiano sin pagar aranceles, lo que repercute en una competencia más intensa para los investigados sancionados. Más aun, esto fue relevado en una presentación de **CIAMSA** que obra como prueba en el expediente intitulada: "Capacitación Marco Conceptual y Operativo Ciamsa" cuyo extracto se expone a continuación:

"Dado que los países de la CAN tienen libre acceso al mercado colombiano (no pagan aranceles), la oferta de estos productos en nuestro territorio se constituyen en los formadores de precios.

*Con Brasil se tiene un acuerdo comercial que le otorga un descuento del 12% sobre el arancel fijo cobrado. Dadas las distancias desde los ingenios hasta los mercados del norte de Colombia, con frecuencia este azúcar llega a precios muy competitivos."*¹⁰³

Con base en lo anterior, se advirtió que los investigados, encabezados por **DICSA** y **CIAMSA** planearon una serie de visitas a Bolivia cuyo objetivo consistió en establecer relaciones comerciales con los ingenios bolivianos productores de azúcar para que se comprometieran a no exportar "absolutamente ni un grano de azúcar a Colombia". Más aun, obra en el expediente evidencia relacionada con amenazas a los ingenios bolivianos en el sentido de saturar o inundar a ese país (Bolivia) con azúcar colombiana en caso de que no accedieran a los compromisos propuestos por la "Industria Azucarera Colombiana" consistentes en que no debería llegar "absolutamente ni un grano de azúcar a Colombia".

Según se indicó en el acto administrativo objeto de impugnación, en agosto de 2008 se hizo una primera visita a Bolivia, cuyo informe anexo se encontró en el correo electrónico del 26 de agosto de 2008¹⁰⁴, remitido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), dirigido a **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**) y a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**).

En el extracto de dicho informe, se observó que los objetivos de la visita fueron: (i) asumir el control de los excedentes de azúcar boliviana con el propósito de evitar que fuera adquirida por importadores colombianos; y (ii) suplir el desabastecimiento por el paro de corteros:

"(...)

INFORME DE VIAJE – Agosto del 2.008
OBJETIVO:

* Mirar la posibilidad de conseguir en **Argentina y Ecuador**, unas cantidades de azúcar que nos permitan **asegurar el abastecimiento** del producto en Colombia, **en el supuesto caso que se cumpla la amenaza de parar operaciones por parte de Las Cooperativas de Corteros de Caña.**

* Y analizar en profundidad en Bolivia la posibilidad de **comprar los excedentes** de azúcar que tiene la **Industria Boliviana**, con el objetivo de **asumir nosotros como Industria**

¹⁰³ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (3758661). RUTA DE ACCESO: IMG_PARC-EXTRACION_CIAMSA.ad1/D:\:Nuevo vol [NTFS]/[root]/Documents/DOCUMENTOS GENERALES/Imagenes/Ciamsa/Info/Ciamsa_F1308-1318CR4/MARIA PAULA GAMBOA/Outlook/outlookMPG.ost/[root]/RaÃ-z - BuzÃ³n/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/FEPA/FEPA/CapacitaciÃ³n en el Marco Conceptual y Operativo Ciamsa.ppt

¹⁰⁴ En la resolución sancionatoria este correo es el mismo que aparece identificado con fecha 26 de octubre de 2008.

Colombiana el control de esos excedentes y no que queden en mano de importadores".

¹⁰⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Esta Superintendencia también encontró en dicho informe de visita estos apartes donde se observó, que al celebrarse el negocio propuesto a los ingenios bolivianos, cuyo plazo podría ser cinco (5) o más años, estos se obligaban a "no exportar absolutamente ni un grano de azúcar a Colombia", de lo cual se advirtió que esta estrategia continuada no tuvo ninguna relación coyuntural con el paro de corteros de caña, como lo afirman los investigados sancionados, dando una lectura descontextualizada y acomodada a las conclusiones probatorias que reportan los correos electrónicos analizados en este caso.

De acuerdo con lo anterior, es absolutamente contrario a las evidencias decir que la obstrucción de importaciones de azúcar carece de la potencialidad, capacidad, idoneidad, aptitud o suficiencia, cuando los propios documentos electrónicos y archivos provenientes de las investigadas dan cuenta de la importancia que tenía para ellos evitar a toda costa la importación de azúcar al país. Las pruebas que reposan en el expediente dan cuenta, precisamente, de todo lo contrario, es decir, del alto valor estratégico que tenía para la "Industria Azucarera Colombiana" obstruir las importaciones de azúcar al país.

Por otro lado, no se encuentra de recibo el argumento de los recurrentes, según el cual, dichas negociaciones tuvieron como propósito mitigar los efectos negativos derivados de un paro de corteros de caña que pudiera generar desabastecimiento. Para la Superintendencia de Industria y Comercio es claro que dichas negociaciones, en definitiva, no tuvieron relación directa con el paro de corteros, y bien por el contrario, el propósito era lograr un acuerdo con los ingenios bolivianos para que durante un tiempo prolongado no ingresara a Colombia azúcar proveniente de Bolivia y así obstruir las importaciones de azúcar hacia Colombia.

Ahora bien, como se desprende del texto del correo electrónico de 26 de agosto de 2008, la contingencia relacionada con el eventual paro de corteros y el desabastecimiento que ello pudiera provocar, se pensaba enfrentar con cantidades de azúcar procedentes de Argentina y Ecuador. Por su parte, el mismo texto del correo electrónico, en lo que tiene que ver con los excedentes de azúcar procedentes de Bolivia, lo que plantea en forma inequívoca es la intención de que no queden en manos de importadores, a costa o con cargo a las finanzas de la "Industria Azucarera Colombiana". No obstante que así queda claro de la simple lectura del correo electrónico, los investigados proponen una muy conveniente pero contraevidente interpretación de la prueba, que consiste en presentar las motivaciones que quedaron consignadas en el correo electrónico para la posible adquisición de azúcar procedente de Argentina y Ecuador, como si fueran comunes o coincidentes con el móvil que hacía considerar la compra de los excedentes de Bolivia, el cual quedó declarado y es prueba fidedigna del objeto del cartel empresarial para obstruir importaciones de azúcar a Colombia.

De los detalles del informe de viaje de agosto de 2008 adjunto al correo electrónico del 26 de agosto de 2008, que da cuenta de la gira por Suramérica (Argentina, Ecuador y Bolivia) de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Presidente de **DICSA**), se observa claramente que el objetivo en relación con Argentina era analizar el mercado, los jugadores, los participantes, su ubicación geográfica, sus porcentajes y volúmenes de producción, consumo interno, excedentes de exportación, destino ordinario de dichas exportaciones, para concluir que en Argentina podrían estar disponibles "[E]n el supuesto caso que Colombia llegue a necesitar un azúcar", una cantidad cercana a 25.000 toneladas de azúcar entre refinados y blancos especiales; al tiempo que se plantean varias alternativas de importación en relación con el puerto de llegada a Colombia, que podría ser Cartagena, Barranquilla o Buenaventura. Adicionalmente, el encargado de eventualmente comprar ese azúcar en su condición de importador sería **CIAMSA**, en nombre de todos los ingenios, es decir, en nombre de la "Industria Azucarera Colombiana" ya que como expresamente lo dice el referido informe "cualquier negociación se haría entre las dos industrias azucareras sin ninguna participación de brokers o comercializadores." Llama la atención que la gira por Suramérica estuvo a cargo del Presidente de **DICSA** y en su informe fue enfático en comprometer que el importador sería **CIAMSA**, se insiste, en nombre de "Industria Azucarera Colombiana", lo cual ratifica el patrón de comportamiento coordinado de la industria a través de sus escenarios comunes.

¹⁰⁵ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2055619). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]\[root]\MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750\CUADERNOS_RESERVADOS\CR1\CD1_F76\Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09\Carlos Mira - Presidente\Luis A Jaramillo.pst\Carlos Mira - Luis A Jaramillo\Top of Personal Folders\Luis A. Jaramillo/Bolivia\INFORME DE VIAJE.doc

En relación con Ecuador, el informe revela los asuntos ya referidos en relación con Argentina y también advierte que la eventual negociación de los excedentes disponibles que podrían importarse a Colombia, se haría de industria a industria sin intermediarios ni *brokers* en una cantidad cercana a las 15.000 toneladas.

En el caso de Bolivia, el informe de viaje de agosto de 2008 al que se viene haciendo referencia, consigna una situación diametralmente distinta a lo referido de Argentina y Ecuador. La razón, ya fue indicada pues lo de Argentina y Ecuador eran eventuales negociaciones esporádicas enmarcadas en la coyuntura de los supuestos efectos del paro de corteros, mientras que lo de Bolivia implicaba una negociación de excedentes pensada de forma permanente para obstruir las importaciones:

(...)

• En Bolivia me reuní con *Edgar Coronado* que es el Gerente General de Azucaña que es el ente gremial de ellos, igualmente con *Enrique Montemuro* y *Adolfo Fariñas de Unagro*, con *Rudiger Trepp del Carpio* y *Luis Fernando Vasquez de Ingenio Guabirá*, con *Victor Domingo Paz*, *René Arzabé* y *Rodolfo Antelo* de Ingenio Bermejo, con *Miguel Velasco* y *Marco Anglarill* de Ingenio La Bélgica, con *Jorge Ernesto Antelo* y *Hernán Arauz* de Soca (Asociación de Productores Cañeros), con *Darko Zubieta* y *Oscar Sanchez* de Bibosi (Federación de Cañeros de Santa Cruz) y con otros cooperados de cañicultores. Por recomendación de *Azucaña* las reuniones las realicé inicialmente en forma individual con cada uno de los Ingenios y con cada una de las Asociaciones o Federaciones de cañicultores y el último día ya me reuní con todos en las oficinas de Azucaña.

(...)

• De los negocios con **comerciantes colombianos**, inicialmente **arrancó comprando solamente Dinpro, pero luego** ya empezaron a llegar y a venderles a los otros importadores y que ahora **son alrededor de 7** incluyendo 2 de Medellín.

• Entonces, según estas cifras les quedarían 29.700 tons, que en el orden de la situación el mejor destino es Colombia

(...) quienes mejor les pagan el azúcar de exportación son los comerciantes colombianos (...) entonces que si nosotros estamos interesados ellos podrían tener disponibles unas 40.000 tons. Estas 40.000 toneladas serian (sic) para entregar entre Septiembre 08 y Enero 09, o sea, que serian (sic) mas (sic) o menos unas 8.000 tons mensuales.

(...)

Punto Importante -(...) Es decir, miran los precios a los cuales pueden exportar a Perú, Chile, Venezuela y Colombia y se van por el que mejor les pague, sin importar que puede pasar en el Mercado Internacional.

• Para ellos sería muy importante que un negocio de esta naturaleza, que lo ven totalmente viable e interesante, **no sea un negocio de una solo (sic) vez, sino que pensemos en que podría ser un negocio para 5 o mas (sic) años, en donde nosotros compremos los excedentes que a ellos les queden (...)**

• Quedaría totalmente claro que en caso de cerrar un negocio, **ellos se comprometerían a no exportar absolutamente ni un grano de azúcar a Colombia** y nosotros a no llevar ni un grano de azúcar boliviana a Perú o Chile.

• Si se llega a realizar un **negocio**, debe realizarse **entre las Industrias Azucareras** de los dos países. (...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En virtud de lo anterior, y como ya se ha dicho, son claras para este Despacho las razones por las cuales no son de recibo las alegaciones de los recurrentes en cuanto a que dichas negociaciones con ingenios de Bolivia, se fundamentaron en la posible contingencia de desabastecimiento derivada del paro de corteros de caña en Colombia.

El informe de agosto de 2008 al que se viene haciendo referencia en relación con la gira por Suramérica (Argentina, Ecuador y Bolivia), remitido el 26 de agosto de 2008 por correo electrónico por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) y dirigido a **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**) y a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Gerente General

de CIAMSA), fue objeto de diversas opiniones respecto del caso particular de Bolivia, en varios correos electrónicos cruzados desde el 2 de septiembre de 2008¹⁰⁶.

Así, pues, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de CIAMSA), quien firma la comunicación junto con **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de DICSA) remite un informe con los avances de las negociaciones en Bolivia, tras el primero de los viajes realizado por este último. La comunicación tiene por destinatarios a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de INGENIO MANUELITA); **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de INGENIO RIOPAILA CASTILLA); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de INGENIO PROVIDENCIA); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de INGENIO INCAUCA) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de INGENIO MAYAGÜEZ), así¹⁰⁷:

"Mensaje original ----

De: Carlos Mira <cmira@ciamsa.com>

Para: al.velez@manuelita.com <al.velez@manuelita.com>; Bernardo Quintero Balcazar; gortiz@ingprovidencia.com <gortiz@ingprovidencia.com>; Juan José Lülle <jlulle@incauca.com>; miragorri@ingeniomayaguez.com <miragorri@ingeniomayaguez.com>

Enviado: Tue Sep 02 20:34:21 2008

Asunto: Bolivia

Apreciados señores:

Hemos avanzado en las conversaciones en una buena tónica. Los puntos más importantes son:

* Disponen de 45,500 TM para despacharnos entre sep 08 y feb 09. Alrededor de 9,000 TM/mes.

* Tienen además 21,120 TM comprometidas con contratos y anticipos con comerciantes de Colombia. Los comerciantes han importado a la fecha, 18,800 TM, lo que daría 40,000TM de ingreso al país de azúcar boliviana en el 2008, para estos intermediarios.

* El precio negociado es US\$397/TM en Arica o Matarani, Perú.

* Las disponibilidades para CIAMSA son 30,500 TM entre 50-100 ICUMSA y 15,000 TM entre 120-150.

* Se firmaría un contrato entre CIAMSA y cinco ingenios (31,500 TM) y tres federaciones de cañicultores (14.000 TM), con penalidades plenamente establecidas por incumplimiento.

* La mayor dificultad estriba en la forma de pago, en donde han planteado 20%, a la salida del producto del ingenio, 40% a la entrega en las bodegas del puerto y 40% contra B/L. Las federaciones son las más persistentes en prácticamente exigir este anticipo. Los importadores colombianos a la fecha les hacen anticipos en sus negociaciones.

* Los anticipos tendrán garantías, incluidas en el contrato, para lo cual tenemos la asesoría de la firma Von Borries Blanco, con quienes nos reuniremos mañana para solucionar este tema.

* El objetivo de esta negociación es conseguir elevar el PPP en Buenaventura al PPP de azúcar origen Brasil.

* Los bolivianos firmarían los contratos esta semana y serían ratificados por la Junta de CIAMSA el lunes entrante. Por favor tengan en cuenta que Carlos estará la semana entrante en el congreso mundial de fertilizantes y Luis Augusto hará la presentación respectiva en Junta.

Estaremos atentos a sus comentarios,

Cordialmente,

Luis Augusto Jaramillo, Carlos Mira"

¹⁰⁶ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (655244). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Enviados.pst/Carlos Mira - enviados/Top of Personal Folders/SIC/RV: Bolivia

¹⁰⁷ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (655255). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Enviados.pst/Carlos Mira - enviados/Top of Personal Folders/SIC/RE: Bolivia

En respuesta a este correo electrónico **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), plantea un interrogante tendiente a obtener certeza sobre el compromiso de los bolivianos de que no venderían azúcar con destino a Colombia, a los remitentes **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) con copia a los demás destinatarios del correo inicial, esto es a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **BERNARDO QUINTERO SALAZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), así¹⁰⁸:

"De: Bernardo Quintero Balcazar
Enviado el: mar 02/09/2008 21:12
Para: cmira@ciamsa.com; al.velez@manuelita.com; gortiz@ingprovidencia.com;
jlulle@incauca.com; miragorri@ingeniomayaguez.com
Asunto: Re: Bolivia

Carlos, Luis Augusto:
Hay compromiso de no vender mas con destino Colombia?
Se hablo algo de anos siguientes?
Atte
B Quintero"

CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de **CIAMSA**) contesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) con copia a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) con copia a los demás destinatarios del correo inicial, esto es a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General del **INGENIO MAYAGÜEZ**) y confirma que efectivamente ambas cosas fueron aceptadas por los bolivianos, es decir, tanto no vender más azúcar con destino a Colombia en esa específica zafra como de que se trata de un negocio a largo plazo para comprar los excedentes y que no sean exportados a Colombia por los bolivianos. Así consta:

"----- Mensaje original -----
De: Carlos Mira <cmira@ciamsa.com>
Para: Bernardo Quintero Balcazar; al.velez@manuelita.com <al.velez@manuelita.com>;
gortiz@ingprovidencia.com <gortiz@ingprovidencia.com>; jlulle@incauca.com
<jlulle@incauca.com>; miragorri@ingeniomayaguez.com
<miragorri@ingeniomayaguez.com>
CC: Luis Augusto Jaramillo (lajaramillo@dicsa.com.co) <lajaramillo@dicsa.com.co>
Enviado: Tue Sep 02 21:29:12 2008
Asunto: RE: Bolivia

Bernardo,
De ambas cosas, se tendría un compromiso de no más venta a Colombia en esta zafra y un negocio de largo plazo hacia adelante. Ambas cosas fueron aceptadas por ellos y estarían en el contrato.
Cordialmente,
Carlos Mira"

La respuesta de **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) con copia a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**); **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), expresa su complacencia por los términos del compromiso de no venta a Colombia y añade la necesidad de que la compra de los excedentes, además de que no lleguen a Colombia se direccionen a mercados que no causen

¹⁰⁸ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (655255). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Enviados.pst/Carlos Mira - enviados/Top of Personal Folders/SIC/RE: Bolivia

"trauma" con la actividad exportadora de los ingenios colombianos. Dicho de otro modo, las compras de esas cantidades de azúcar no estaban motivadas en la necesidad de suplir desabastecimiento alguno asociado con el paro de corteros, sino con el propósito de que no llegaran al mercado nacional y que, en todo caso, puestas a disposición de mercados extranjeros, no interfiriera con la actividad exportadora de los ingenios colombianos.

"De: Bernardo Quintero Balcazar
Enviado el: mar 02/09/2008 22:21
Para: cmira@ciamsa.com; al.velez@manuelita.com; gortiz@ingprovidencia.com;
jlulle@incauca.com; miragorri@ingeniomayaguez.com
CC: lajaramillo@dicsa.com.co
Asunto: Re: Bolivia

Carlos:
Asi resulta un trato conveniente; nos queda definir un destino que no cause perdidas ni trauma a nuestra exportacion.
Suerte en cerrar sin riesgos no medidos. Un anticipo del 20 por ciento suena alta, aun si hay la indispensable garantia de cumplimiento.
Atte
B Quintero"

CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de **CIAMSA**) contesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) con copia a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**); **ADOLFO LEÓN VELEZ VÉLEZ** (Gerente del **INGENIO MANUELITA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÛLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) e informa sobre la evaluación y cálculos que hizo sobre la forma como tiene proyectada la administración de los excedentes de azúcar que se adquieran. Indica entonces:

"De: Carlos Mira
Enviado el: mié 03/09/2008 7:24
Para: Bernardo Quintero Balcazar; al.velez@manuelita.com; gortiz@ingprovidencia.com;
jlulle@incauca.com; miragorri@ingeniomayaguez.com
CC: lajaramillo@dicsa.com.co
Asunto: RE: Bolivia

Bernardo, estamos calculando los pros y cons.
En un primer examen del tema y si conseguimos un incremento del precio en el MIT equivalente al 50% del diferencial en el PPPI (Brasil vs. Bolivia) puesto en BV, unos \$3,900, y vendemos en el caribe a NY+45 (el 50% de la prima actual), el ingreso adicional en el MIT mensual sería del orden de \$7,800 MM a la TRM de \$1980. En estas condiciones CIAMSA recibiría una pérdida de \$1,300 MM por mes. Con una prima de 90, la pérdida se reduce a \$627 MM.
Estamos en la comprobación de los números.
Cordial saludo,
Carlos Mira"

Y enseguida complementa **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) con copia a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**); **ADOLFO LEÓN VELEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÛLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), así:

"De: Carlos Mira
Enviado el: mié 03/09/2008 7:38
Para: Bernardo Quintero Balcazar; al.velez@manuelita.com; gortiz@ingprovidencia.com;
jlulle@incauca.com; miragorri@ingeniomayaguez.com
CC: lajaramillo@dicsa.com.co
Asunto: RE: Bolivia

Una aclaración sobre el correo anterior. Se consideró NY a 12,35. Con una corrida a NY 14,35, y en las mismas condiciones mencionadas (prima de 45) la pérdida de CIAMSA disminuye a \$700 mill. Con una prima de 90 salimos en PE. Manteniendose en ambos casos el ingreso adicional del MIT de \$7,800 Mill/mes.
Cordial Saludo,

Carlos Mira"

Esta cadena de correos revela, de manera incontrovertible, que los ingenios sancionados tenían conocimiento del objetivo perseguido en las negociaciones con los ingenios bolivianos y muestra sin lugar a dudas y a *prima facie*, que las relaciones entre **CIAMSA**, **DICSA**, y los distintos ingenios azucareros no corresponde a la de competidores en el mercado sino a la de un cartel empresarial, que diseña y ejecuta en bloque hasta los más mínimos detalles de la estrategia obstructiva respecto de importaciones de azúcar de otros país a Colombia, que lo hacen de manera directa, sin tapujos ni disimulos. Este Despacho advierte, que ese tipo de conversaciones, concertaciones y planeaciones no son propias de competidores o de rivales en un mercado sino de funcionarios de una misma empresa, que es en realidad lo que termina pasando con los carteles empresariales, que no es nada distinto a que los co-cartelistas terminan comportándose como si todo se tratara de una sola empresa con presencia en el mercado, en este caso bajo examen, *Industria Azucarera Colombiana*.

Posteriormente, en correo electrónico del 11 de septiembre de 2008¹⁰⁹, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**), se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA**¹¹⁰, los ingenios sancionados y ahora recurrentes autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos ya explicados, así:

"(...)

Asunto: AUTORIZACIÓN CIAMSA PARA COMPRAR AZUCAR (sic) BOLIVIA

Buenas tardes

Anexo encontrarán para su aprobación, el acta correspondiente a la reunión celebrada el día 8 de sept. (sic) en la que se autorizó a CIAMSA para comprar azúcar de origen Bolivia.

(...)"

En este correo electrónico se adjuntó un documento llamado "ACTA 736.doc"¹¹¹, que contiene lo discutido en la Junta Directiva del 8 de septiembre de 2008, en el que se resalta que el azúcar comprado a los ingenios bolivianos "será llevado a cualquier destino diferente a Colombia":

"(...)

¹⁰⁹ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2732002). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\.\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR2/CR2_CD27_F720/San Carlos - 7 oct 2010 (DVD 1 de 3)/Oscan Hernan Bohorquez Blandon-Correo 3 de 3/20101007-Backup2008OscarHernanBohorquez.pst/OscarBohorquez02/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de Entrada/RV: AUTORIZACION CIAMSA COMPRA AZUCAR BOLIVIA

¹¹⁰ Integrada por **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**); y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), como principales. **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**); **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**); **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**); **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**); **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como suplentes; con la asistencia entre otros de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), **BERNARDO QUINTERO**, **GERMÁN JARAMILLO**, **CATALINA LONDOÑO**, **OSCAR BOHÓRQUEZ**, **GUILLERMO LEÓN TEJADA**, como invitados, y **CLARA INÉS CABAL** en representación de **CIAMSA** y quienes no se encontraban presentes **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) y **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), y por aquellos que no asistieron **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) y **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), quienes fueron consultados telefónicamente, para su aprobación escrita.

¹¹¹ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2732003). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\.\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR2/CR2_CD27_F720/San Carlos - 7 oct 2010 (DVD 1 de 3)/Oscan Hernan Bohorquez Blandon-Correo 3 de 3/20101007-Backup2008OscarHernanBohorquez.pst/OscarBohorquez02/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de Entrada/RV: AUTORIZACION CIAMSA COMPRA AZUCAR BOLIVIA/ACTA 736.doc.

2. AUTORIZACIÓN COMPRA AZUCAR (sic) BOLIVIA

El Dr. Gonzalo Ortiz en su calidad de Presidente de la Junta Directiva, en ausencia del Dr. Carlos Mira, puso a consideración de los señores Directores la autorización para la administración, en el sentido de comprar 45.000TM de azúcar de origen boliviano (...) entre Septiembre de 2008 y marzo de 2009.

(...)

Se firmará un contrato con cada uno de los Ingenios o (sic) Asociaciones o Federaciones de Cañicultores por una parte como vendedores y por otra CIAMSA como compradora.

El azúcar que se compre será llevado a cualquier destino diferente a Colombia, mediante los canales que la administración considere convenientes.

Los señores Directores manifestaron su autorización a la administración de CIAMSA para realizar el negocio en las condiciones establecidas.

Carlos Alberto Martinez (sic) y Adolfo Leon (sic) Vélez que no se encontraban presentes, fueron consultados telefónicamente y manifestaron su aceptación de manera escrita. (...)" (Subrayado fuera de texto original).

Como si lo anterior no fuera suficiente, existe un correo electrónico del 26 de diciembre de 2008¹¹², enviado por LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO (Gerente de DICSA) a CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de CIAMSA), donde queda claro que el propósito de las negociaciones con los ingenios bolivianos era "cerrarle la puerta a los importadores", comportamiento con un objeto notoriamente obstructivo de la libre competencia. Se aprecia con claridad la mención de que dicho propósito es una orden de "La Junta" de DICSA, que está compuesta por los ingenios investigados y aquí sancionados. Se lee en el correo electrónico:

"(...)

El tema con los Bolivianos es el siguiente:

Tienen alrededor de 5.500 toneladas adicionales, que pueden llegar a ser menos

(...)

Los Mayoristas de Cali, están desesperados buscando azúcar por todas partes y si nosotros no tomamos decisión rápido sobre este azúcar, los bolivianos pueden sentirse en la libertad de vendérsela a ellos y nosotros tenemos la orden de La Junta de comprar lo que sobre en Bolivia y cerrarle la puerta a los importadores. Los mayoristas pueden traer de Brasil, pero les sale más costosa y esos \$6000 de diferencia es lo que queremos ganarnos en el mercado interno (...)"

CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de CIAMSA), hizo estos comentarios a lo dicho en el correo electrónico atrás transcrito:

"Esto para mí es clarísimo, pero no debemos perder de vista que el objetivo es quitarles el azúcar a los mayoristas para que no lo traigan a Colombia, venderlo en el Mercado Internacional y la perdida (sic) que se genere compensarla con mejor precio en el Mercado Interno, por el diferencial entre el PPI de Brasil y Bolivia que con los cálculos que hemos hecho se compensaría con creces. Y sabemos que para poder cumplir esta orden de La Junta tenemos que negociar sobre la base de negociación de los Bolivianos y contra la posibilidad de negociación de los Mayoristas-Importadores de Colombia.

Pensar en unir la directriz de La Junta, la forma como negocian los Bolivianos y los precios del Mercado Internacional, como yo lo veo no es posible. **Tenemos que perder en un lado, para ganar en otro y que al final para (sic) Industria Azucarera Colombiana en (sic) Balance sea positivo y esto es lo que estamos buscando.**

¹¹² Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056265). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis A Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis A Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis A. Jaramillo/Bolivia

(...)"¹¹³

Para la Superintendencia de Industria y Comercio es claro que el objeto de la conducta consiste en bloquear las importaciones de azúcar a Colombia ("quitarles el azúcar a los mayoristas para que no la traigan a Colombia"), tanto que convinieron que las pérdidas derivadas de la compra a los productores bolivianos se recuperarían con el diferencial del precio al que se comercializaría el azúcar en el mercado colombiano, es decir, como se explicó en detalle en la Resolución Sancionatoria, a través de un precio interno artificialmente elevado transferido a los consumidores domésticos e industriales nacionales. Lo revelado por las pruebas apreciadas hasta este punto dice sobre cómo el acuerdo para obstruir las importaciones se había perfeccionado mucho más allá de una conspiración o tentativa al punto que la ejecución de la estrategia se puso en marcha, lo cual implicaba un riesgo de una eventual pérdida para los ingenios comprometidos con la misma que tenía por aliciente el desquite en el mercado interno colombiano.

Este Despacho concluyó, de aquel correo electrónico, que es innegable que la finalidad de las negociaciones de los sancionados con los ingenios bolivianos, no era abastecer el mercado colombiano a propósito del paro de corteros de caña, como lo han venido afirmado los sancionados desde el principio de esta actuación administrativa y reiteran ahora en su recurso de reposición, sino que su verdadero propósito tenía como objetivo impedir el acceso al mercado de azúcar en Colombia mediante la ejecución de una estrategia coordinada y continuada para bloquear de múltiples maneras las mencionadas importaciones.

Ahora bien, comoquiera que el **INGENIO CARMELITA** reiteró en su recurso de reposición el argumento según el cual en distintas Juntas de **CIAMSA** manifestó por conducto de su Representante Legal su oposición a una eventual importación de azúcar desde Bolivia por parte **CIAMSA**, es oportuno reiterar que la sola inconformidad relacionada con el hecho de que se importara a Colombia azúcar boliviana no es de ninguna manera motivo para exonerar a **INGENIO CARMELITA** de las sanciones impuestas, en la medida en que el asunto discutido en las Juntas de **CIAMSA** para comprar azúcar a Bolivia e importarla a Colombia a las que hace referencia, no fue el acuerdo ilegal por el que se le sancionó, el cual, como se probó, tenía un objeto diferente y mucho más amplio consistente en obstruir cualquier importación de azúcar a Colombia durante varios años.

Sobre el particular, bien vale la pena reiterar, que la sanción impuesta a los investigados no se derivó de ese hecho en particular, sino de una conducta continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo, en la que todos los ingenios se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país, a través de entidades vinculadas a ellos como **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**, razón por la cual, el no querer importar azúcar de Bolivia en un momento determinado, no dice de la voluntad de oponerse a la obstrucción de importaciones, sino su desacuerdo con el método utilizado en ese particular escenario.

En efecto, no es posible concluir de esta prueba que el **INGENIO CARMELITA** tuviera la voluntad de no hacer parte del cartel empresarial, pues así no puede desprenderse por el hecho simple de oponerse a una determinada transacción de compra de azúcar, cuando en realidad, la conducta endilgada tiene incluso varios hechos precedentes que estructuran la conformación del cartel, como los viajes a Bolivia de **CIAMSA** y **DICSA** en busca de adquirir en conjunto los excedentes de azúcar de ese país, la amenaza a los bolivianos de que si exportan un solo grano de azúcar a Colombia serán inundados de azúcar colombiana, la minuta de contrato remitida para la celebración de un acuerdo entre la "Industria Azucarera Colombiana" que firmaría **CIAMSA** a nombre de todos y que los bolivianos firmarían de forma individual, entre otras pruebas, junto con los hechos a que se refiere la conducta que tenía por objeto obstruir importaciones de otros países como Guatemala, El Salvador y Costa Rica, sobre lo cual hay abundante material probatorio en el expediente.

Continuando con el análisis del objeto de la conducta, se encuentra el correo electrónico del 10 de marzo de 2009¹¹⁴, remitido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**)

¹¹³ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056270). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis A Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis A Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis A. Jaramillo/RE: Bolivia

¹¹⁴ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056403). RUTA DE ACCESO:

reportando a CIAMSA los resultados de una nueva visita a Bolivia, informando que les clarificó la situación a los ingenios bolivianos sobre la necesidad del compromiso para que "no llegará a Colombia un solo grano de azúcar boliviano importado por comerciantes colombianos o extranjeros". También dio cuenta de la advertencia que les hizo a dichos ingenios bolivianos, que de incumplir el compromiso le inundarían el mercado al decir que "nosotros pensaríamos en traer la misma cantidad a Bolivia para que quedáramos en igualdad de condiciones cosa que nos (sic) les gustó mucho pero había que mostrarles los dientes", lo cual se muestra como una clara retaliación frente a un posible incumplimiento del convenio celebrado.

De nuevo se muestra el extracto pertinente:

*"Fui muy claro en la reunión, que antes de hablar de cantidades y precios, **nosotros como Industria Azucarera Colombiana necesitamos un compromiso unánime de todos que no llegará a Colombia un solo grano de azúcar boliviano importado por comerciantes colombianos o extranjeros.** Les dije que si no existe un compromiso unánime nosotros no vamos en el negocio y que así como ellos habían exportado 60.000 tons a Colombia, **nosotros pensaríamos en traer la misma cantidad a Bolivia para que quedáramos en igualdad de condiciones cosa que nos (sic) les gustó mucho pero había que mostrarles los dientes.**"*

(...)

Les presenté las cifras de importación de azúcar boliviano a Colombia y les demostré que los compromisos que habíamos acordado, no habían sido cumplidos por parte de ellos y en especial por Guabirá y las cifras no mienten y quedaron claros. Y les hice énfasis en que todos los compromisos en que nosotros nos habíamos comprometido los cumplimos.

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Se reitera que para la Superintendencia está probado que las negociaciones en Bolivia no se hicieron solo por iniciativa de DICSA, ni menos exclusivamente por cuenta de LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO (Gerente de DICSA) a título personal -como lo manifestó la propia DICSA-, sino que en ellas fue claro el mensaje a la contraparte de que eran realizadas por los ingenios como industria azucarera colombiana ("**nosotros como Industria Azucarera Colombiana...**"), lo cual los vincula, así los investigados se esfuercen por pretender demostrar y explicar, de forma más que contra evidente, dicha situación de actuar en forma coordinada, concertada o colusoria.

Sobre el anterior correo electrónico, dijo el Despacho en la Resolución Sancionatoria y ahora lo reitera en la presente providencia que:

"Así las cosas, del anterior correo electrónico se vislumbra claramente el actuar conjunto de los ingenios investigados en el sentido de obstruir el acceso a las disponibilidades de azúcar provenientes de Bolivia por parte de los industriales, los distribuidores mayoristas y, en general, por parte de cualquier otro agente con la capacidad para adelantar dichas importaciones. Ello como quiera que de una lectura detenida del correo en cita, los ingenios colombianos habrían actuado como un solo agente cuyo derrotero no era otro que evitar a toda costa las importaciones de azúcar, en este caso específico desde Bolivia, que realizaban mayoristas que pretendían comercializar dicho producto en el mercado colombiano. Así, DICSA no habría hecho más que expresar la voluntad unánime de los ingenios colombianos y, en el mismo contexto, informar acerca de una posible retaliación en caso de no tener éxito con el bloqueo de las importaciones.

Tal era la intención de los ingenios de restringir las importaciones bolivianas, que llegaron al punto de presionar a los ingenios de dicho país, con la amenaza de llevar la misma cantidad de azúcar a su mercado interno, evaluando la posibilidad de ingresar 60.000 toneladas del producto."

Como si no fuera suficiente lo ya dicho, vale recordar que se adelantó una nueva visita a Bolivia en abril de 2009, en cuyo informe se halló el correo electrónico del 19 de abril de 2009¹¹⁵, remitido

IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case
[NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y
24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis A Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis A Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis A.
Jaramillo/Bolivia - Agenda

¹¹⁵ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056162). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case

por LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO (Gerente de DICSA) y dirigido a CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de CIAMSA). El informe da cuenta de que los sancionados deben "dar la guerra en el MI [mercado interno] colombiano para que no entre azúcar Boliviano". Del mismo modo, se exponen de nuevo las retaliaciones a tomar si el azúcar boliviana entra a Colombia, consistentes en "llevarles azúcar a Bolivia para desestabilizarles el MI de ellos".

(...)

INFORME DE VISITA A BOLIVIA
Abril 15 al 18 de 2.009
CONCLUSIONES DEFINITIVAS

• Ingenio Guabirá tiene compromisos con dos comerciantes Colombianos que suman 20.000 tons entre Junio 2.009 y Mayo 2.010.

(...)

• Argentina se autoabastece, Uruguay y Paraguay importan sus deficits de Argentina o Brasil y Brasil no tiene necesidad. Entonces, solo les queda Colombia como la única alternativa para vender sus excedentes. Y es Colombia un país en donde los precios a los cuales pueden vender son aceptables para ellos y además los riesgos por pagos o cumplimiento ya sea de Ciamsa o Comerciantes importadores es prácticamente nulo.

ALTERNATIVAS

• No comprarles el azúcar que tienen como excedente, después de atender otros mercados y esto nos lleva a tener que vender en el MI a precio de paridad de Bolivia y no de Brasil. Hoy, saliendo a US\$ 320 de Santa Cruz llega a B/tura a \$ 54.052 y a Cali \$56.558 qq. El PPI de Brasil es hoy de \$ 64.409 en Buenaventura y \$ 66.915 en Cali. El diferencial es de \$ 10.357 por quintal. Si tomamos esta alternativa tenemos que dar la guerra en el MI Colombiano para que no entre azúcar Boliviano, obligatoriamente debemos llevarles azúcar a Bolivia para desestabilizarles el MI de ellos en un mercado en donde el precio interno es alrededor de US\$ 370 tonelada y además tener que ir a dar la pelea a mercados como son el Peruano y el Chileno. Además, si tomamos esta alternativa deberíamos buscar que nos cambien a Buenaventura como único Puerto de entrada de azúcar a Colombia por uno de los Puertos de la Costa, para hacer mas (sic) difícil y mas (sic) costoso la importación de azúcar Boliviano.

• Comprarles el azúcar que tienen como excedente (alrededor de 110.000 tons), venderlas a través de Ciamsa en el Mercado Internacional, lo que significa sacarlas de la región y poder vender en el MI sobre la base del PPI de Brasil. Esta alternativa nos genera una pérdida (sic) obligatoria en las ventas que realicemos al Mercado Internacional, por que (sic) tendremos que vender en Puerto Chileno o Peruano por debajo del costo al cual compremos el azúcar. Además, nos exige una estricta disciplina en el precio de venta al MI, para lograr que lo que nos planteamos en esta alternativa se cumpla. Igualmente, nos lleva a tener que aceptar que Ingenio Guabirá venda como máximo 20.000 tons de azúcar a dos comerciantes Colombianos entre Junio 2.009 y Mayo 2.010.

• La otra alternativa, es comprarles en firme parte del excedente (por ej. El 40 o 50%, entre 50.000 y 60.000 tons) y en el resto convencerlos para que Colombia a través de Ciamsa se convierta en el Comercializador Internacional de Bolivia y que a través de Ciamsa pueda llegar a Mercados Internacionales por fuera de la Región o eventualmente llegar a Mercados donde Ciamsa llega y ellos no han podido como son el Peruano, el Chileno y el Venezolano. Esta alternativa nos permite que los azúcares Bolivianos (a excepción de las 20.000 tons de Guabirá) no lleguen a Colombia y podremos vender en el MI a PPI de Brasil.

(...)" (Subrayado fuera del texto original).

En el acto administrativo sancionatorio objeto de impugnación, la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que se plantearon tres opciones para impedir la entrada al mercado interno colombiano de los excedentes de azúcar bolivianos: (i) en caso de no poder adquirir el excedente de azúcar de Bolivia, incursionar agresivamente en el mercado boliviano a manera de retaliación; (ii) compra directa del excedente de azúcar boliviano para evitar su entrada al mercado colombiano,

asumiendo las pérdidas que ello comportaba; y (iii) comercializar los excedentes de azúcar boliviano a través de **CIAMSA** en otros mercados distintos al colombiano. Cada una de estas opciones evidencia la potencialidad, capacidad, idoneidad, aptitud o suficiencia de la estrategia desplegada por los investigados para bloquear o restringir las importaciones.

La firme intención concertada de los investigados de "frenar la entrada de azúcar boliviana a Colombia" no ha sido desvirtuada por los recurrentes y bien por el contrario, queda evidenciada a través de las negociaciones de los excedentes de azúcar de Bolivia en 2009, las cuales dan muestra del objetivo de lograr un acuerdo de largo plazo con la industria boliviana para cerrar la posibilidad de que el azúcar de ese país entrara a Colombia.

De esta manera, el documento titulado "COMPRAVENTA DE AZUCAR PLURAL Mayo 12-09.doc", contiene cláusulas de la estrategia obstructiva de los sancionados para impedir la entrada de azúcar boliviana a Colombia. Este documento fue remitido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**) a los azucareros bolivianos, y copiado a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**), mediante correo electrónico del 14 de mayo de 2009¹¹⁶.

Dice así en lo pertinente:

"Estimados Amigos de La Industria Azucarera Boliviana:

Adjunto encontrarán un archivo con la Minuta que estamos proponiendo, para que celebremos el contrato de Compraventa de azúcar para este 2.009.

Es un acuerdo en donde como ustedes aprecian, lo estamos haciendo de Industria a Industria y por esa misma razón es un solo documento en donde de parte de ustedes en Bolivia firma cada uno de los exportadores - vendedores y de parte de Colombia firma Ciamsa como importador - comprador". (Negrillas fuera de texto).

De lo anterior se aprecia con claridad que el objetivo era controlar los excedentes de azúcar boliviano y que dicho país no vendería bajo ninguna modalidad su azúcar en Colombia. Adicionalmente, obsérvese que se trata de una actuación en bloque, coordinada y concertada al interior de la denominada "Industria Azucarera Colombiana" representada en esta oportunidad por el co-cartelista **CIAMSA**, pues obsérvese que sin misterio alguno se dice que se trata de una negociación de "Industria a Industria" y que para instrumentarla por el lado de Bolivia se requiere la "firma cada uno de los exportadores - vendedores" y del lado de Colombia solo la "firma Ciamsa como importador - comprador", pues como se ha dicho hasta la saciedad, allí están representados los ingenios colombianos.

Según esta cláusula, los bolivianos tendrían que negar todas las posibilidades de compra a los mayoristas o industriales colombianos. Obsérvese la contundencia de lo allí expuesto:

"5. LAS VENDEDORAS, no comprometerán con terceras partes ventas de azúcar, que ellas destinan a su mercado de exportación y por lo tanto su única compradora, mientras esté cumpliendo con los recibos y pago del azúcar comprado será LA COMPRADORA.

(...)

7. Es interés de LA COMPRADORA, adquirir todas las cantidades de azúcar que como excedente de exportación le pueden vender LAS VENDEDORAS, salvo aquellos compromisos que puedan tener las mismas con terceros compradores, hasta que se terminen los plazos originales de los contratos que hoy tienen celebrados con dichos compradores.

SEPTIMA. COMPROMISO BILATERAL IRREVOCABLE.

¹¹⁶ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056166). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\A\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis A Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis A Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis A. Jaramillo/Acuerdo Bolivia - Colombia

7.1. LA COMPRADORA se obliga y compromete irrevocablemente a no exportar a Chile, Perú y Venezuela el azúcar comprado a LAS VENDEDORAS en virtud del presente contrato. Igualmente, se obliga irrevocablemente a no vender ni comercializar el azúcar adquirido, directamente ni por interpuesta persona dentro de la República de Bolivia.

7.2. **LAS VENDEDORAS, por su parte, se obligan irrevocablemente, a no comercializar azúcar en Colombia, ni a vender azúcar en el mismo mercado por si ni por interpuesta persona, ni venderlo a compradores de origen colombiano o de otro origen residentes o no en Colombia ni a otros compradores que adquieran el azúcar, con el fin de exportarlo a Colombia**". (Negritas y subrayas fuera de texto).

Del mismo modo, el Despacho encuentra impertinente el argumento de los recurrentes según el cual, la conducta no habría tenido efecto ya que según el DANE, las importaciones de azúcar han mostrado una tendencia creciente desde el 2005. Estos argumentos que se pretenden esbozar a partir de las cifras del DANE o de la DIAN sobre el efectivo ingreso de azúcar a Colombia de otros países no guardan relación alguna y por ende no son idóneos para controvertir una conducta sancionada por objeto. Lo anterior, ya que la conducta probada y sancionada en esta investigación, tuvo por objeto obstruir importaciones de azúcar al país. El hecho de que la conducta eventualmente no hubiese tenido efecto, o que no hubiere sido exitosa, no es óbice para que esta Superintendencia la sancione, estando suficientemente acreditado que la misma se realizó y consumó por **objeto**, como ya se ha indicado en varios apartes de este acto administrativo. Vale recordar que el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 prohíbe tanto los acuerdos que tengan por objeto como los que tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Por lo demás, la intención obstructiva de los investigados sancionados y su continuidad en el tiempo, se fundamenta en pruebas obrantes en el expediente, como el acta de la sesión del 2 de febrero de 2010 de la Junta Directiva de **INGENIO MANUELITA**¹¹⁷, en la que en el ítem de "Comentarios y decisiones de la Junta" se manifestó lo siguiente:

"Los directores solicitaron buscar la forma de frenar la entrada de azúcar boliviana a Colombia vía la compra de excedentes de azúcar boliviana o cualquier otro sistema ó (sic) protección que limite la entrada de azúcar de ese país a Colombia"". (Negritas y subrayas fuera de texto).

Así mismo, el correo electrónico del 10 de febrero de 2010¹¹⁸ enviado por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) a **HAROLD ÉDER** (miembro de Junta de **INGENIO MANUELITA**), **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como respuesta a una cadena de correos enviados por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), en la que adjunta una Presentación en PowerPoint denominada "**ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES**", por el cual los investigados planteaban un proyecto más organizado para evitar los efectos negativos en el mercado interno por cuenta de las importaciones, a través del control de los excedentes regionales de azúcar. Como se desprende el correo en mención que vincula a **ASOCAÑA** en este escenario propio de concertación en el que participan todos los ingenios investigados, en el que se discutiría el "viernes" ese "**ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES**" al que se viene haciendo referencia:

"From: Adolfo Velez <adolfo.velez@manuelita.com>
Sent: 2/10/2010 3:39:44 PM -0500
To: 'Harold Eder' <harold.eder@manuelita.com>
CC: ivan.posse@manuelita.com
Subject: RV: Bolivia

¹¹⁷ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (134707). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR2/CR2_CD16_F709/MANUELITA - Visita 06.10.2010 (DVD 1 de 3)/Adolfo LeÃ³n VÃ©lez - Gerente General/SIC - Adolfo LeÃ³n VÃ©lez 3.pst/Adolfo LeÃ³n VÃ©lez 3/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RV: BORRADOR ACTA JUNTA DIRECTIVA No. 978.

¹¹⁸ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (700269). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR2/CR2_CD17_F710/MANUELITA - Visita 06.10.2010 (DVD 2 de 3)/IvÃ¡n Posse - Gerente Comercial/IvÃ¡n Posse - Gerente Comercial.pst/sic/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Gerencia Gral/RV: Bolivia

Attachments: Presentación VB.ppt; Producción Bolivia.xls; Tabla de Tiempos.xls; Agroindustria.pdf

Hoy me reuní con **G.L.Tejada y me amplió** (sic) **detalles de la visita a Bolivia y sobre el contenido de la presentación que le harán a la industria el viernes en Asocaña.** El resultado de este viaje me parece muy interesante y creo que **debe seguirse trabajando hasta hacer realidad algún sistema que permita comercializar y neutralizar los efectos negativos en el mercado interno de los cuatro países de los excedentes de azúcar.** (sic) Según Guillermo el 100% de los bolivianos (miembros de juntas directivas y administradores) estuvieron de acuerdo en avanzar en este sentido. Lo anterior sumado a lo hablado con los peruanos y si hay consenso de los industriales colombianos (...) Ivan asistirá a la **reunión del viernes** y a una reunión que es posible **que se dé con los peruanos en Panamá.**

Ivan asistirá a la reunión del viernes y a una reunión que es posible que se dé con los peruanos en Panamá.

Cordial saludo,

Adolfo L. Vélez V.
Gerente General.
Manuelita S.A.

De: Luis Augusto Jaramillo [mailto:lajaramillo@dicsa.com.co]
Enviado el: Miércoles, 10 de Febrero de 2010 10:05 a.m.
Para: adolfo.velez@manuelita.com
Asunto: Bolivia

Adolfo:

Te estoy enviando la presentación que vamos a tener el viernes, para que en la reunión que vas a tener ahora con Guillermo León les sirva de base.

Atte.

Luis Augusto Jaramillo P." (Negritas fuera de texto).

Así, se empezó a organizar un **"ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES"** que fundamentó el futuro proyecto de **"CIAMSA INTERNACIONAL"** mediante el cual los sancionados desarrollaron a gran escala el propósito de controlar los excedentes de azúcar de los ingenios regionales para evitar su entrada al mercado nacional, prueba en la que se involucra a **ASOCAÑA**. Así, dentro del objetivo del acuerdo en cita estaba el de **"comercializar los excedentes de azúcar de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, asegurando con esto el abastecimiento adecuado de los mercados internos en cada uno de estos países"**.

Presentación en PowerPoint **"ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES"**
Diapositiva No. 2

OBJETIVO

Comercializar los excedentes de azúcar de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, asegurando con esto el abastecimiento adecuado de los mercados internos en cada uno de estos países.

Como si lo anterior fuese poco, en la diapositiva No. 10 de la Presentación en PowerPoint denominada "**ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES**" se expresa con absoluta claridad que como una de las conclusiones en relación con Bolivia que "**nos debemos organizar para bien de los mercados internos y PARA EVITAR UNA GUERRA SIN SENTIDO**". (Negrillas, subrayas y mayúsculas sostenidas fuera de texto).

Presentación en PowerPoint "ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES" Diapositiva No. 10

CONCLUSIONES - BOLIVIA

- Proyecto importante, de premura en aplicación
- La mecánica debe ser clara y aceptada por todos
- Necesita mantenimiento y vigilancia constantes para que perdure en el tiempo
- No entrará un líder, todos tenemos igual injerencia y participación
- Colombia coordinará inicialmente el proyecto
- Se requiere involucrar a las Casas Operadoras más representativas
- Debemos tener la mecánica organizada antes del arranque de Zafra en Abril (Bolivia y Ecuador)
- Por los niveles del precio internacional, estamos en el momento indicado de realizar el proyecto.
- Nos debemos organizar para bien de los mercados internos y para evitar una guerra sin sentido

En suma, para este Despacho queda plenamente demostrado, con las pruebas anteriormente expuestas, que parte de su estrategia para obstruir las importaciones de azúcar hacia Colombia fue desarrollada a través del proyecto para controlar los excedentes regionales de azúcar e impedir su ingreso al mercado colombiano, especialmente desde Bolivia, y según palabras exactas de la presentación "**PARA EVITAR UNA GUERRA SIN SENTIDO**".

Igualmente, la potencialidad, capacidad, idoneidad, aptitud o suficiencia para bloquear o restringir la competencia, se demuestra también mediante la forma en que operaba el acuerdo anticompetitivo de obstrucción con relación a las importaciones de azúcar provenientes de Guatemala, El Salvador y Costa Rica, en la que: (I) asociaciones de azucareros o ingenios de estos países informaban a entidades como **CIAMSA** o **ASOCAÑA** sobre solicitudes de importaciones de azúcar desde Colombia para revisión, seguimiento o "*tu opinión*"; (ii) las asociaciones de azucareros o ingenios se abstienen de dar respuesta a los importadores colombianos hasta tanto **CIAMSA** o **ASOCAÑA** no

den su respuesta o autorización; (iii) las solicitudes de importación son puestas en conocimiento de los ingenios investigados para que la necesidad del consumidor sea atendida por cualquiera de los co-cartelistas; y (iv) la importación queda suspendida hasta que CIAMSA o ASOCAÑA la aprueben.

El anterior *modus operandi*, tal y como lo señaló el Despacho en la Resolución Sancionatoria, se encuentra demostrado mediante correos electrónicos y comunicaciones. Por ejemplo, el correo electrónico del 6 de mayo de 2011 de KAREN RODRÍGUEZ (funcionaria de INGENIO SAN RAMÓN COOPECAÑERA) en Costa Rica a JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS (Negociador de Materias Primas de NACIONAL DE CHOCOLATES); la cadena de correos electrónicos del 18 de mayo de 2009 sobre la solicitud de importación de DISNAL S.A. a ASOCIACIÓN DE AZUCAREROS DE GUATEMALA (ASAZGUA); y el correo electrónico del 10 de mayo de 2011 remitido por GRACE PERLA RUÍZ (funcionaria de la ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR) a MARÍA PAULA GAMBOA (funcionaria de CIAMSA); entre otros.

4.7. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio

Los recurrentes coincidieron en alegar la operancia de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en razón a que la conducta, según ellos, relacionada con un acuerdo que tenía por objeto obstruir las importaciones de azúcar de Bolivia data de 2007, 2008 y primer semestre de 2009, así como que la supuesta exigencia de autorizaciones para la importación de azúcar de Costa Rica habría finalizado el 11 de julio de 2011 (fecha en la que se llevó a cabo la importación). Con base en lo anterior, los recurrentes afirman que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia habría expirado tres (3) años después del último acto supuestamente ilegal, es decir, en 2014.

Para resolver el anterior planteamiento, observa el Despacho que esta misma línea argumentativa ya había sido expuesta por los sancionados al momento de presentar sus descargos, y reiterada en las observaciones hechas al Informe Motivado. En efecto, afirmaron que para este caso aplica la caducidad de tres (3) años señalada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y no la de cinco (5) años prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, ya que las supuestas conductas anticompetitivas habrían iniciado antes de la expedición y entrada en vigencia de dicha ley.

Pues bien, como se dijo en la Resolución Sancionatoria objeto de impugnación, el régimen legal colombiano de protección a la libre competencia económica contiene una norma especial sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la cual reza:

"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado" (se resalta).

Bajo el amparo de esta disposición normativa, cuando se investigan conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica, **el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio es de cinco (5) años, contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva si esta es de aquellas de ejecución instantánea, vale decir, que se realiza en un momento único en el tiempo, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo.** Así las cosas, resulta obligatorio recordarles nuevamente a los investigados que constituye un mayúsculo yerro legal querer interpretar que el término de caducidad aplicable, al caso bajo examen, es el de tres (3) años previsto en el Código Contencioso Administrativo, pues en realidad, el término de caducidad es el de cinco (5) años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, tema este más que pacífico en la doctrina y la jurisprudencia.

Para este Despacho, las conductas ejecutadas por los investigados relacionadas con que los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea sino que, como quedó ampliamente explicado, se desarrollaron a través de varios actos

sucesivos en el tiempo, unos ejecutados por todos y otros ejecutados por alguno o algunos de los cartelistas a nombre de los demás miembros del cartel, comprendidos todos dentro de una estrategia general, coordinada, sistemática, continuada y concertada de las distintas empresas investigadas como parte de la denominada "Industria Azucarera Colombiana", bajo el esquema ya mencionado.

Según se dijo en la Resolución Sancionatoria, la conducta anticompetitiva relacionada con la obstrucción a las importaciones de azúcar provenientes del exterior al país es continuada, permanente o de tracto sucesivo, razón por la cual, no es posible que se investiguen y sancionen como hechos independientes, según se pide por los investigados en los recursos de reposición, para efectos de considerar la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Recuérdese que ya se explicó en esta resolución que el cargo formulado a los investigados nunca fue el de haber obstruido o restringido importaciones de azúcar desde Bolivia. De la misma manera, nunca el cargo formulado fue el de obstruir o restringir importaciones de azúcar desde Costa Rica. Es más, en ningún momento el cargo formulado se limitó o se circunscribió a un país en particular. Se reitera, el cargo formulado fue el de que **"los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA, a los que pertenecen y que de hecho presiden."** Basta leer la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos para advertir que desde dicho acto, la conducta se imputó como permanente, continuada o de tracto sucesivo. Obsérvese que allí se indicó que **"Dicha conducta ha sido continuada en el tiempo, pues la presunta estrategia anticompetitiva de los ingenios azucareros vía restricción de las importaciones también se orienta a obstruir la participación tanto de distribuidores importadores como industriales que utilizan este bien como insumo, con respecto a estos últimos, en el expediente reposan pruebas que señalan que los ingenios a través de ASOCAÑA y CIAMSA estarían imponiendo a los industriales barreras de acceso a estas importaciones (...)"**.

Está probado en el expediente, que se trata de una conducta continuada, permanente o de tracto sucesivo, razón por la cual el término de caducidad solo cuenta a partir del último acto o conducta (julio de 2011) conforme lo indica la norma *sub examine* y ello ocurrió en vigencia del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, que prevé un término de caducidad de cinco (5) años que vence como ya se dijo, en julio de 2016.

Vale mencionar que si bien es cierto la conducta sancionada se inició antes de la expedición de la Ley 1340 de 2009, el acuerdo colusorio o cartel empresarial que tenía por objeto la obstrucción de importaciones de azúcar al país, continuó en vigencia de esta -la Ley 1340 de 2009-, por lo que, como ya se indicó, el término de caducidad aplicable es el previsto en el artículo 27 *ibídem*, que prevé que la facultad sancionatoria **"... caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo..."**, lo cual es francamente indiscutible.

Finalmente, obsérvese que la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN también coincide plenamente con las conclusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a este punto de la no caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de industria y Comercio en el caso *sub examine*.

Dice la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN sobre la inexistente caducidad:

"De conformidad con la valoración de la prueba, la conducta restrictiva sancionada, debe indicarse con toda claridad que las acciones catalogadas como práctica comercial restrictiva de la libre competencia cometida por los sancionados, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada."

"Es notable de las pruebas obrantes en el expediente, que las conductas sancionadas y valoradas en su espectro probatorio, implican una permanencia, prórroga o continuidad en el tiempo, pues se infiere que la materialización del comportamiento reprochado data del año 2008 hasta el año 2011, es decir, que la infracción objetiva y material al decreto 2153 de 1992 y a la ley 155 de 1959, corresponde a hechos acaecidos durante el transcurso del tiempo ya señalado."

De acuerdo con lo expuesto, queda claro que el análisis jurídico y fáctico que realizará este Órgano de Control se circunscribirá a la interpretación que corresponda con ocasión a la

infracción del ordenamiento jurídico respecto de una conducta sancionable ejercida o ejecutada de manera continuada o permanente.¹¹⁹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del concepto citado es evidente no solo que los investigados efectivamente incurrieron en la conducta anticompetitiva, sino además que la violación de las normas de la libre competencia económica a través de la obstrucción o restricción de las importaciones se prolongó en el tiempo, por lo menos hasta el 2011, por lo que se trata de una conducta ejecutada de forma permanente, continuada o de tracto sucesivo, como la catalogó, incluso, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

Por todo lo anterior, está plenamente probado que el último acto de tracto sucesivo ejecutado por los investigados del que obra evidencia en el expediente data de julio de 2011, así pues será desde aquella fecha, en el escenario más estricto, que inicia la cuenta del término de caducidad de cinco (5) años de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia económica en este caso, el que sólo se vencería, como mínimo, en julio de 2016, es decir, bajo ninguna circunstancia habría operada la caducidad que pretenden los investigados sea declarada, en contravía del claro ordenamiento legal y de las particularidades del caso bajo examen.

De otra parte, los impugnantes reclaman la aplicación del principio de favorabilidad en el presente caso y de cara a la supuesta operancia de la caducidad. En síntesis, alegan los impugnantes sancionados que, la favorabilidad implica para ellos, en este caso, que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, debe regirse por las normas vigentes al momento en que inició la conducta sancionada y no bajo el amparo de las normas vigentes al momento en que buena parte de la conducta se ejecutó y terminó, ello, rigiendo la Ley 1340 de 2009. Frente a este argumento, el Despacho advierte que los elementos estructurales del principio de favorabilidad, en este caso, brillan por su ausencia. La Superintendencia de Industria y Comercio no puede valorar la favorabilidad por cuanto los hechos permanentes, continuados o de tracto sucesivo que aquí se sancionaron ocurrieron también en vigencia de la nueva ley, esto es, la Ley 1340 de 2009 que impone un plazo de caducidad de cinco (5) años contados a partir de la ejecución del último de ellos. Este es un tema pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, pues obviamente, tratándose de conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo, la fecha que debe advertirse no es la de su iniciación sino de su finalización (el último acto).

Obsérvese lo que con meridiana claridad ha indicado el Consejo de Estado:

"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del CCA, sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación (...)".

De la misma manera, el Consejo de Estado ya indicó que:

*"Sin embargo, observa la Sala que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 ("Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia"), esto es el 24 de julio de 2009, los distribuidores de combustible relacionados en las Resoluciones demandadas continuaban desarrollando las conductas constitutivas como infractoras a las normas de promoción de competencia y práctica comercial restrictiva, extendiéndolas hasta el mes de diciembre de ese mismo año, **sometiéndose, en consecuencia a la legislación vigente por esa fecha, esto es, la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 27 reza:**"*
(Negrillas fuera de texto).

Por lo anteriormente expuesto, el argumento de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar la conducta imputada a los investigados no está llamado a prosperar, y por lo tanto será rechazado como argumento incorporado en el recurso de reposición presentado por los investigados sancionados.

Conclusiones

¹¹⁹ Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 – 2654 el 21 de octubre de 2015.

- El artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 prevé que cuando se investigan conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica, el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio es de cinco (5) años, contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva si esta es de aquellas de ejecución instantánea, vale decir, que se realiza en un momento único en el tiempo, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas o de tracto sucesivo.
- Resulta obligatorio recordarles nuevamente a los investigados que constituye un mayúsculo yerro legal querer interpretar que el término de caducidad aplicable, al caso bajo examen, es el de tres (3) años previsto en el Código Contencioso Administrativo, pues en realidad, el término de caducidad es el de cinco (5) años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.
- Para este Despacho, las conductas ejecutadas por los investigados relacionadas con que los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es **ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA**, a los que pertenecen y que de hecho presiden, son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea sino que, como quedó ampliamente explicado, se desarrollaron a través de varios actos sucesivos en el tiempo, unos ejecutados por todos y otros ejecutados por alguno o algunos de los co-cartelistas a nombre de los demás miembros del cartel, comprendidos todos dentro de una estrategia general, coordinada, sistemática, continuada y concertada de las distintas empresas investigadas como parte de la denominada "*Industria Azucarera Colombiana*", bajo el esquema ya mencionado.
- Se encuentra plenamente demostrado que los investigados ejecutaron la conducta anticompetitiva a través de varios actos prolongados en el tiempo (como se dijo, se trató de una estrategia coordinada y continuada), que por lo menos se prolongó hasta julio de 2011. Al ser la conducta sancionada continuada o de tracto sucesivo, el término de caducidad empieza a correr desde la ocurrencia del último acto contrario al régimen de protección de la libre competencia, es decir, al menos desde julio de 2011 y por el término establecido en la ley vigente para ese momento, es decir, el término especial de caducidad de cinco (5) años previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, por lo que la caducidad que alegan los sancionados está lejos de configurarse.
- La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** también coincide plenamente con las conclusiones de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a este punto de la no caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de industria y Comercio.
- Del concepto de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** es evidente no solo que los investigados efectivamente incurrieron en la conducta anticompetitiva, sino además que la violación de las normas de la libre competencia económica a través de la obstrucción de las importaciones se prolongó en el tiempo, por lo menos hasta el 2011, por lo que se trata de una conducta ejecutada de forma permanente y continuada, como la catalogó, incluso, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.
- Los elementos estructurales del principio de favorabilidad, en este caso, brillan por su ausencia. La Superintendencia de Industria y Comercio no puede valorar la favorabilidad por cuanto los hechos permanentes, continuados o de tracto sucesivo que aquí se sancionaron ocurrieron también en vigencia de la nueva ley, esto es, la Ley 1340 de 2009, que impone un plazo de caducidad de cinco (5) años contados a partir de la ejecución del último de ellos. Este es un tema pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, pues obviamente, tratándose de conductas continuadas, permanentes o de tracto sucesivo la fecha que debe advertirse no es la de su iniciación sino de su finalización (el último acto).

4.8. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la dosificación de las sanciones

4.8.1. Argumentos de los recurrentes

En términos generales, todos los recurrentes manifestaron su inconformidad frente al monto de la sanción impuesta mediante la Resolución Sancionatoria, para lo cual adujeron diversos argumentos tanto generales como particulares en sus escritos de reposición, los cuales se resumen principalmente en que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la totalidad de criterios de graduación de la sanción establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153

de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, y por el contrario, según ellos, se dio aplicación a nuevos criterios no contemplados en la ley, tales como el tamaño de las empresas, la idoneidad de la conducta para causar daño, la sensibilidad del producto afectado y particularmente el relativo a los ingresos operacionales de los agentes de mercado recurrentes.

En similar sentido se pronunció la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, señalando que los argumentos usados por la Superintendencia de Industria y Comercio para graduar la sanción desconocen los criterios y reglas definidos por el legislador en la Ley 1340 de 2009, ya que no se observan análisis o estudios relacionados con los criterios de impacto sobre el mercado, dimensión del mercado afectado, los beneficios obtenidos por los infractores, su grado de participación, su cuota de mercado, así como la parte de sus activos y/o ventas involucrados en la infracción¹²⁰.

Señalan los recurrentes que el Despacho incurrió en faltas a los principios de igualdad y proporcionalidad de la sanción al no explicar minuciosamente el método de dosimetría de la multa, ni exponer las razones de por qué se aplicaron proporciones diferentes a uno y otro ingenio investigado, limitándose simplemente a indicar que la sanción correspondía a un porcentaje sobre los ingresos operacionales y el patrimonio de las empresas recurrentes. Con relación a los ingresos, indican que los que debían tenerse en cuenta para efectos de graduar la sanción son los derivados del azúcar industrial, y que en general deben excluirse los que no guardan relación con la producción y comercialización de azúcar.

De otra parte, aducen los recurrentes que la multa impuesta resulta desproporcionada y confiscatoria, por cuanto la obstrucción de importaciones no está catalogada como un "*hard core cartel*" que deba ser sancionado con tanta severidad, y porque la sanción se apropia de bienes e ingresos que corresponden a actividades que la Autoridad de Competencia no consideró como ilícitas (exportaciones, etanol, azúcar de consumo, etc.).

Varios de los ingenios manifiestan que la sanción no tuvo en cuenta su difícil situación económica y que en algunos casos supera ostensiblemente sus utilidades netas, las cuales tendrían que destinarse exclusivamente durante varios años para efectos del pago de la sanción, haciendo inviable su actividad económica¹²¹.

Otros argumentos de los recurrentes están dirigidos a señalar que la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó el salario mínimo legal mensual vigente al momento de realizarse la conducta, por cuanto el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 no especificó a qué salario mínimo legal mensual vigente hace referencia y que por ende, en aplicación del principio de favorabilidad, dicen los recurrentes, debía aplicarse el correspondiente al año de ocurrencia de la infracción y no el vigente al momento de la imposición de la sanción. En similar sentido, señalaron que para la graduación de la multa, el Despacho debió referirse al patrimonio que presentaban los ingenios en el periodo investigado y no el del año anterior a la imposición de la sanción.

Con el objetivo de dar respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes en sus escritos de reposición, este Despacho seguirá la siguiente estructura de análisis: (i) contexto general de las sanciones por prácticas restrictivas de la competencia, explicando la importancia de que sean lo suficientemente idóneas para cumplir sus fines de represión y disuasión, y analizando los ejemplos de sanciones frente a prácticas anticompetitivas en diferentes jurisdicciones o países del mundo; (ii) análisis del caso concreto respecto de los agentes de mercado sancionado, explicando la legalidad del monto de la sanción, legalidad de los criterios y metodología de dosificación utilizados, proporcionalidad de la sanción, y ajustes a la dosificación si resultan procedentes; y (iii) análisis del caso concreto respecto de las personas naturales.

4.8.2. Contexto general

4.8.2.1. Finalidad de la función sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia económica e intención del legislador al incrementar las multas con la adopción de la Ley 1340 de 2009

¹²⁰ Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 – 2654 el 21 de octubre de 2015.

¹²¹ En este sentido se pronunciaron ingenios como **INGENIO LA CABAÑA**, **INGENIO PICHICHÍ**, **INGENIO MANUELITA**, **INGENIO RISARALDA**, entre otros.

La facultad administrativa que permite a la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única de protección del régimen de libre competencia económica, imponer sanciones para la protección del derecho colectivo a la libre competencia, se fundamenta en las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 2, 4, 6, 29, 88, 150 numeral 8, 189 numerales 21, 22, 24 y 26, 209, 333, 334, 365, 366 y 370 de la Constitución Política¹²².

En el ejercicio de su facultad sancionadora, el Estado debe respetar ciertas garantías dentro de las cuales se encuentra el principio de legalidad, el cual se manifiesta a través de: (i) el principio de reserva de ley; y (ii) el principio de tipicidad¹²³. Según el primero de estos principios –reserva de ley–, el legislador es el único habilitado para establecer cuáles son las acciones y las omisiones que dan lugar a que el Estado ejerza su poder punitivo, así como para determinar cuáles son las sanciones y procedimientos para poder imponerlas. Por su parte, el segundo de esos principios –tipicidad– le impone al legislador la carga de establecer los elementos fundamentales del tipo, tales como la descripción de la conducta sancionable, la cuantía, la autoridad competente, entre otras¹²⁴.

El Consejo de Estado ha precisado la forma en la cual la potestad sancionadora se sujeta al principio de legalidad:

*"Visto lo anterior, la potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción"*¹²⁵.

En el marco del principio de legalidad, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional coinciden en reconocer que el legislador es el encargado de establecer los lineamientos a partir de los cuales el Estado ejercerá la función administrativa sancionadora en los casos particulares¹²⁶. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de la libertad de configuración legislativa en materia de sanción administrativa, en virtud de la cual: "[e]l legislador dispone de un margen de configuración de las sanciones administrativas, que es amplio habida cuenta de la gran diversidad de sectores de la administración y de las necesidades y particularidades en cada uno de ellos (...)"¹²⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normativa anterior.

El legislador colombiano consideró, en la Ley 1340 de 2009, que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían previamente (antes de la Ley 1340 de 2009), se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se mande

¹²² Corte Constitucional. Sentencia C - 595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹²³ "El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008). Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009).

¹²⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU - 1010 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia octubre 22 de 2012. M.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

¹²⁶ "Así, las cosas, todos los elementos que conforman la conducta reprochada no necesariamente deben haber sido previstos por el legislador, en atención a que el derecho administrativo admite una participación activa del reglamento en la definición del ilícito administrativo". Ibid.

¹²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C - 616 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de protección de la libre competencia económica. El legislador también hizo mención a que internacionalmente las multas buscan en ocasiones disuadir a los que incurren en conductas contrarias a la libre competencia económica¹²⁸.

Respecto del efecto disuasivo, el legislador se pronunció en los siguientes términos:

- *"El proyecto propone un aumento de la multa o sanción pecuniaria que va desde el 100% al 150% de la utilidad obtenida con la conducta y en los casos en que no pueda ser determinada la utilidad se propone una multa hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Las modificaciones propuestas son considerables en términos del aumento de los valores y rangos, pero las considero suficientes y ajustadas a las dinámicas de los negocios que en la actualidad se desarrollan en nuestro país; **es conveniente resaltar la necesidad del establecimiento de potenciales multas que logren el efecto disuasivo para combatir las correspondientes conductas restrictivas de la competencia**"¹²⁹. (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

4.8.2.2. Aproximación al tratamiento de las multas en el derecho comparado

La *International Competition Network - ICN* (Red Internacional de Autoridades de Competencia) ha identificado tres (3) objetivos principales que siguen las sanciones en materia de protección a la libre competencia económica en el mundo:

- objetivo disuasivo: la multa debe ser efectiva para desincentivar la participación en futuras prácticas anticompetitivas, tanto por parte del infractor como por parte de otros agentes del mercado;
- objetivo punitivo: la multa debe tener un efecto punitivo y funcionar como represión al infractor; y
- privar de beneficio: la multa debe privar al infractor del beneficio económico ilícito obtenido a partir de la conducta infractora¹³⁰.

Es precisamente que en cumplimiento de estos objetivos, especialmente el relacionado con la disuasión de las prácticas anticompetitivas (considerándose los carteles empresariales como conductas de la mayor gravedad, o en palabras de la **OCDE**, la conducta más vergonzosa en la que puede incurrir un empresario), que distintos países o jurisdicciones del mundo han adoptado sistemas y criterios eficientes para determinar las sanciones en materia de protección al régimen de libre competencia económica, incrementando los costos que representan para los infractores involucrarse en dichas prácticas y así eliminar el incentivo perverso que estas conductas suponen en caso de que las sanciones sea insignificantes, irrisorias o simplemente leves.

A manera de ejemplo, se exponen a continuación algunos de estos sistemas y criterios para la determinación de las sanciones:

Unión Europea

¹²⁸ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007, pág. 5.

¹²⁹ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 340 del 10 de junio de 2008, pág. 3. Adicionalmente, en cuanto a la necesidad de incrementar las multas a las personas que intervienen de manera activa o pasiva en el desarrollo de la conducta, la siguiente intervención del Senador Álvaro Antonio Ashton Giraldo resulta aún más dicente sobre el objetivo de disuasión perseguido con el incremento de las multas:

"(...) De tal manera que 47 mil, lo que hace es prevenir para que no incurra en prácticas restrictivas de comercio, intimidar tal vez y en el caso de las sanciones individuales de los funcionarios o de los revisores fiscales o gerentes que estimulen a sabiendas ese tipo de prácticas restrictivas, en la actual legislación, las sanciones no son significativas, no exceden sino a 300 salarios mínimos, nosotros proponemos que sea 2.000 para que un gerente o un revisor fiscal le tiemble el pulso para no impetrar su firma si es contador público o dar un concepto si es revisor fiscal, para que su empresa intente hacer prácticas restrictivas de comercio". (Subrayado fuera de texto).

Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 490 del 30 de julio de 2008, Acta de Comisión 21 del Senado del 6 de mayo de 2008.

¹³⁰ International Competition Network - Cartels Working Group. SETTING OF FINES FOR CARTELS IN ICN JURISDICTIONS. Office for Official Publications of the European Communities. Luxembourg. 2008. 47 P.

En el sistema de la Unión Europea se aplica un porcentaje de hasta el 30% sobre el volumen de ventas del infractor- que tengan relación directa o indirecta con la conducta- durante el último ejercicio social, dependiendo de la gravedad de la conducta infractora, multiplicado por el número de años de participación en la infracción. La sanción no puede superar el 10% del volumen de negocios total del infractor (no puede superar el 10% del valor de los ingresos operaciones o ingresos globales)¹³¹.

Reino Unido

El sistema del Reino Unido se basa en un porcentaje de hasta el 30% de las ventas del infractor relacionadas con el producto afectado y durante el último año de negocios anterior a la finalización de la conducta. Las conductas consistentes en carteles empresariales son consideradas como las más graves y usualmente se aplican los porcentajes más altos. Las multas por infracciones que duren más de un año se multiplican por el número de años de duración de la conducta. En todo caso, la sanción no puede superar el 10% de los ingresos operacionales totales globales del infractor, obtenido en el último año de negocios¹³². En el Reino Unido, las personas naturales involucradas en el cartel empresarial pueden ser también condenadas a penas privativas de la libertad (cárcel).

Estados Unidos de América

En Estados Unidos se utiliza el concepto de "volumen de comercio afectado" (bienes y servicios afectados por la conducta infractora). Sobre este valor se aplica el 20% para definir el importe base, cuando no es posible calcular la ganancia ilícita obtenida o la pérdida pecuniaria sufrida por los consumidores. La legislación estadounidense basa su política de imposición de multas en perseguir un fin punitivo, es decir imponiéndole una pena al infractor¹³³. En Estados Unidos de América, las personas naturales involucradas en el cartel empresarial pueden ser también condenadas a penas privativas de la libertad (cárcel).

Francia

El sistema francés aplica un porcentaje sobre el valor total de los productos y servicios relacionados con la infracción y vendidos por el infractor durante el último año contable de participación en la conducta anticompetitiva, con rangos de entre el 0% y el 30%, dependiendo de la gravedad de la conducta y del nivel de afectación al mercado. En todo caso, la multa no puede superar el 10% del mayor valor de los ingresos anuales obtenidos por el infractor a nivel mundial¹³⁴.

Alemania

En el sistema alemán, la sanción se da aplicando un porcentaje de hasta 10% sobre los ingresos obtenidos por el infractor por la venta de productos y servicios relacionados con la conducta infractora y durante el tiempo que esta dure. El límite para sanciones frente a conductas cometidas con intención es el 10% de esos ingresos anuales, mientras que respecto de conductas cometidas de forma negligente es de 5%. En el caso de acuerdos horizontales (carteles empresariales) la autoridad podría llegar hasta el máximo permitido¹³⁵.

España

En el sistema español se aplica un porcentaje de hasta el 30%, dependiendo de la gravedad de la infracción y la afectación al mercado, sobre la suma ponderada de las ventas obtenidas por el

¹³¹ Unión Europea. Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003. Punto 13. Diario Oficial de La Unión Europea. 1 sept. 2006.

¹³² Office of Fair Trading. OFT's guidance as to the appropriate amount of penalty. United Kingdom. September 2012. Disponible en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284393/oft423.pdf

¹³³International Competition Network. Óp. Cit. P 16.

¹³⁴ Autorité de la Concurrence. *Notice of 16 May 2011 on the Method Relating to the Setting of Financial Penalties.*

¹³⁵ Bundeskartellamt. *Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceedings.* 25 de Junio de 2013. Disponible en http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidelines%20for%20the%20setting%20of%20fines.pdf?__blob=publicationFile&v=3

infractor en los mercados en los que la conducta se ha producido o sea susceptible de producir efectos y durante el tiempo que haya durado la infracción¹³⁶.

Brasil

Las sanciones impuestas a las compañías infractoras se establecen teniendo en cuenta los ingresos "antes de impuestos" obtenidos por el infractor en el sector afectado por la conducta y en el año anterior al inicio de la investigación, aplicando un porcentaje de entre 0.1% al 20% de dichos ingresos, dependiendo de la gravedad de la infracción. La Autoridad de Competencia puede tener en cuenta para el cálculo de la sanción el total de ingresos operacionales del infractor, en caso que la información relativa a los ingresos o ventas en el sector afectado no esté disponible¹³⁷. En Brasil, las personas naturales involucradas en el cartel empresarial pueden ser también condenadas a penas privativas de la libertad (cárcel).

México

La Autoridad de competencia puede aplicar, entre otro tipo de sanciones, las siguientes sanciones pecuniarias frente a prácticas que resulten restrictivas de la competencia: a) Multa de hasta el 10% de los ingresos del agente económico por incurrir en una práctica económica absoluta (cartel empresarial); y b) Multa de hasta el 8% de los ingresos del agente económico por haber incurrido en una práctica monopólica relativa (actos unilaterales y abuso de posición de dominio). En caso de reincidencia, se puede imponer una multa hasta por el doble de la que se hubiera determinado por la Comisión¹³⁸. En México, las personas naturales involucradas en el cartel empresarial pueden ser también condenadas a penas privativas de la libertad (cárcel).

Perú

La Comisión de Libre Competencia puede imponer sanciones pecuniarias de hasta el 10% del valor facturado de las ventas de la empresa sancionada, percibidas en el año anterior a la terminación de la infracción¹³⁹.

Ecuador

En el sistema ecuatoriano las multas se determinan aplicando un porcentaje sobre los ingresos totales del infractor, obtenidos en el año fiscal anterior. Los porcentajes se aplican dependiendo de la gravedad de la conducta: a) Infracciones menores: 8%; b) Infracciones serias: 10%; c) Infracciones muy serias: 12%¹⁴⁰.

Multas impuestas en distintas jurisdicciones

A continuación se presentan ejemplos de sanciones impuestas en las distintas jurisdicciones arriba mencionadas, entre otras, y en aplicación de los criterios de determinación y dosificación correspondientes a cada jurisdicción:

Tabla
Sanciones por prácticas restrictivas de la competencia en otras jurisdicciones

¹³⁶ Comisión Nacional de la Competencia. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES DERIVADAS DE INFRACCIONES DE LOS ARTÍCULOS 1, 2 Y 3 DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. España 2009. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/11/pdfs/BOE-A-2009-2356.pdf>.

¹³⁷ Martínez Ana Paula, Tavares de Araujo Mariana. *Overview of Competition Law in Brazil – Chapter IX: ANTI-CARTEL ENFORCEMENT IN BRAZIL: STATUS QUO & TRENDS*. Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional IBRAC. Pág. 259.

¹³⁸ Referencia: Ley Federal de Competencia Económica de México 3 de mayo de 2014.

¹³⁹ El Derecho de la Competencia en Perú. Centro de Libre Competencia UC. Disponible en http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/peruanterior.pdf.

¹⁴⁰ OCDE. LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM. Session I: Criteria for Setting Fines for Competition Law Infringements. Pág. 28. Disponible en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2013\)4/REV1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2013)4/REV1&docLanguage=En).

Pais	Fecha	Sector / No. de empresas sancionadas	Multa	Conducta
Chile	2012	Farmacéutico	USD 20 millones	Cartelización
	2014	Sector avícola (carne de pollo)	USD 61 millones y disolución del gremio	Cartelización
México	2010	Farmacéutico	USD 11 millones	Cartelización
	2014	Mercado de compresores herméticos para refrigeradores y congeladores	USD 17 millones	Cartelización
Brasil	2013	Transporte Aéreo	USD 100 millones	Cartelización
	2012	Peróxido de Hidrogeno	USD 47 millones	Cartelización
	2005	Barras de Acero	USD 120 Millones	Cartelización
Perú	2013	Empresas productoras de oxígeno	USD 8 millones	Cartelización
Ecuador	2014	Telecomunicaciones	USD 138 millones	Abuso
Francia	2015	Yogur	€ 192 millones	Cartelización
	2014	Sector de la limpieza del hogar	€ 951 millones	Cartelización
Alemania	2014	Salchichas	€ 338 millones	Cartelización
	2014	Azúcar	€ 855 millones	Cartelización
Unión Europea	2001	Vitaminas	€ 855 millones	Cartelización
	2013	Tecnología	€ 561 millones	Abuso
	2013	Sector Bancario	€ 1.712 millones	Cartelización
	2014	Rodamientos para autos y camiones	€ 953 millones	Cartelización
USA	2015	Sector Bancario	USD 2.547 millones	Cartelización

4.8.3. Análisis del caso concreto frente a la sanción impuesta a las personas jurídicas

4.8.3.1. Legalidad del monto de las sanciones impuestas a 15 personas jurídicas investigadas (ninguna sanción supera los topes máximos establecidos en la ley)

Como se observa a continuación, cada una de las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria a las 15 personas jurídicas investigadas se encuentran por debajo del límite legal de los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV)¹⁴¹ establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Obsérvese a continuación la tabla que muestra el porcentaje que representa la sanción impuesta a cada una de las 15 personas jurídicas sancionadas en relación con la multa máxima que podría imponerse de acuerdo con lo establecido en la legislación colombiana.

Tabla
Sanciones Resolución No. 80847 de 2015 a personas jurídicas

PERSONA JURÍDICA	MULTA MÁXIMA APLICABLE	SANCIÓN IMPUESTA	% MULTA IMPUESTA SOBRE MÁXIMO APLICABLE
ASOCAÑA	\$ 64.435.000.000	\$ 30.445.537.500	47.3%
CIAMSA	\$ 64.435.000.000	\$ 36.470.210.000	56.6%
DICSA	\$ 64.435.000.000	\$ 900.156.950	1.4%
INGENIO RIOPAILA	\$ 64.435.000.000	\$ 40.157.825.050	62.3%
INGENIO INCAUCA	\$ 64.435.000.000	\$ 49.059.520.300	76.1%
INGENIO MANUELITA	\$ 64.435.000.000	\$ 32.854.762.150	51.0%
INGENIO PROVIDENCIA	\$ 64.435.000.000	\$ 35.399.300.300	54.9%
INGENIO MAYAGÜEZ	\$ 64.435.000.000	\$ 28.732.855.200	44.6%
INGENIO LA CABAÑA	\$ 64.435.000.000	\$ 18.419.389.100	28.6%
INGENIO PICHICHÍ	\$ 64.435.000.000	\$ 13.399.902.600	20.8%
INGENIO RISARALDA	\$ 64.435.000.000	\$ 16.687.376.300	25.9%
INGENIO SANCARLOS	\$ 64.435.000.000	\$ 5.361.636.350	8.3%
INGENIO CARMELITA	\$ 64.435.000.000	\$ 7.492.501.800	11.6%
INGENIO CENTRAL TUMACO	\$ 64.435.000.000	\$ 1.794.514.750	2.8%

¹⁴¹ La multa máxima que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio en el 2015 asciende a sesenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y cinco millones de pesos (\$ 64.435.000.000), que corresponde al salario mínimo legal mensual vigente para 2015 de \$ 644.350 por cien mil (100.000) veces.

PERSONA JURÍDICA	MULTA MÁXIMA APLICABLE	SANCIÓN IMPUESTA	% MULTA IMPUESTA SOBRE MÁXIMO APLICABLE
INGENIO MARÍA LUISA	\$ 64.435.000.000	\$ 2.223.651.850	3.5%

La máxima sanción impuesta, en este caso, a una persona jurídica infractora asciende al 76.1% del tope que permite el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, lo cual evidencia que las sanciones impuestas en el acto administrativo que se recurre se enmarcan dentro de lo permitido por la ley y que las variaciones en los porcentajes atiende a la discrecionalidad que al respecto tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, al momento de aplicar los distintos criterios establecidos en la ley para tasar la sanción y del análisis en concreto de cada una de las condiciones particulares de cada persona jurídica sancionada, en virtud de que todos los agentes no tienen las mismas participaciones de mercado y por ende los mismos ingresos operacionales o las mismas ventas, como tampoco los mismos patrimonios.

Si bien es cierto para algunas de las personas jurídicas sancionadas la multa equivale al 76.1%, para otras tan solo equivale al 1.4%, 2.8%, 3.5%, 8,3%, 20,8%, 47,3%, 51% etc. respecto de la máxima multa permitida por la ley, se reitera, habida cuenta de que son empresas diferentes, con condiciones diferentes, con patrimonios diferentes, con ventas diferentes y con participaciones de mercado diferentes. La razón por la cual, frente al tope máximo legal permitido, la sanción impuesta a cada sancionado tiene un porcentaje diferente, se debe a que si las sanciones fueran iguales en valor y en porcentaje para todos los investigados en relación con el máximo legal, en la mayoría de los casos, podría ser catalogada de confiscatoria o expropiatoria dicha sanción. Esta es la forma de preservar la proporcionalidad en relación con el infractor.

En un cartel empresarial, las sanciones que imponen las autoridades de competencia del mundo no son idénticas para todos los co-cartelistas, pues hay que evitar, entre otras cosas, que ella resulte siendo irrisoria para unos agentes del mercado y expropiatoria o confiscatoria para otros. De ahí, una de las razones para que estos porcentajes sean distintos es precisamente en atención a las características propias de cada agente económico sancionado. Ahora bien, obsérvese que en todo caso, para ningún sancionado, la multa está por encima del tope máximo legal permitido, y la máxima sanción que se impuso representa tres cuartas partes (3/4) del tope aplicable, razón por la cual el principio de legalidad de la sanción está debidamente garantizado.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"(...) la parte actora considera que las sanciones impuestas son expropiatorias en tanto que, en algunos casos, ascienden al 10% de la utilidad neta de algunas de las sancionadas, al tiempo que considera que para dosificar correctamente la multa económica, debieron tenerse en cuenta factores distintos a los balances económicos de las empresas.

*(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...) "¹⁴². (Negritas fuera de texto).*

Ahora bien, considera el Despacho que el argumento esgrimido por los recurrentes en su escrito de reposición, según el cual debió aplicarse en el presente caso el valor del salario mínimo vigente al momento de realizarse la conducta, por cuanto el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no especificó a qué salario mínimo legal mensual vigente hace referencia, constituye una interpretación que para este Despacho resulta inaceptable y es a todas luces improcedente. La simple lógica, por utilizar las palabras del Consejo de Estado, indica que el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual legal vigente al momento de la imposición de la sanción.

De hecho, el Consejo de Estado ya se ha pronunciado al respecto indicando que se aplica el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción y no el vigente al momento de la infracción. Veamos:

*"(...) Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, (...), **debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual***

¹⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.

(...)

Considera esta Sala, que si bien la Ley (...) no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, **es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción** (...) pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub judice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante. (...)”¹⁴³(Negrillas y subrayas fuera de texto).

Conforme con la jurisprudencia anteriormente citada, resulta claro para este Despacho que el salario mínimo legal mensual vigente al que se refiere el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el correspondiente al momento de imponerse la sanción y no al momento de la ocurrencia de la infracción. De esta manera, el monto de la sanción impuesta a los recurrentes se encuentra dentro del límite establecido en la ley (incluso por muy debajo del tope legal) y en el presente caso se aplicó, además, el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción, como lo ordena la ley, como lo ha hecho la Superintendencia de Industria Comercio en todos sus casos, como lo hacen todas las entidades públicas al momento de ejercer su función sancionadora y como lo dice la simple lógica, se reitera, por utilizar las palabras del propio Consejo de Estado.

Pero si lo anterior fuese poco, obsérvese que la propia Ley 1340 de 2009, al modificar el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que se refiere a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a las personas naturales por infracciones al régimen de libre competencia, se refiere expresamente a “salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción”, lo que obviamente dentro de una interpretación armónica y sistemática de la normatividad obliga a concluir que tratándose de personas jurídicas también son salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Sostener lo contrario, como lo hacen algunos sancionados, no hace sentido alguno.

De otra parte, reclaman los recurrentes la aplicación del principio de favorabilidad, señalando que la Superintendencia de Industria y Comercio debió imponer las multas de conformidad con los topes máximos establecidos en el Decreto 2153 de 1992 (antes de la modificación introducida por la Ley 1340 de 2009) y no de acuerdo con los topes estipulados y aumentados por la Ley 1340 de 2009, por cuanto los primeros resultan más favorables para los investigados. Este Despacho reitera lo indicado líneas atrás, en el sentido de que en el presente caso no se configuran de manera alguna los elementos estructurales del principio de favorabilidad, por cuanto las conductas de carácter permanente, continuado o de tracto sucesivo que fueron sancionadas, si bien iniciaron en vigencia de la ley anterior, lo cierto es que se ejecutaron y terminaron en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la cual establece el tope máximo de los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 smlmv) para las multas por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica.

En consecuencia, el argumento sobre la aplicación de topes máximos de la sanción diferentes a los establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no está llamado a prosperar, por lo que será rechazado, por las razones suficientemente expuestas.

4.8.3.2. Legalidad de la dosificación, aplicación de los criterios y metodología utilizada

Frente a los argumentos y observaciones hechas tanto por los recurrentes en sus escritos de reposición como por la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, según los cuales la Resolución Sancionatoria desconoció los criterios de dosificación y graduación establecidos en la ley, esta Superintendencia reitera lo señalado en anteriores decisiones, al precisar que los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los

¹⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de marzo de 2014. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Expediente 44001-23-31-000-2008-00124-01.

mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación¹⁴⁴, como ya se explicará.

La anterior posición ha sido validada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como se observa en el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado relativo a la dosificación de la sanción en materia administrativa:

"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"¹⁴⁵. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **NO** impone en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "razonamiento expreso y especial" sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Por esta razón, tampoco es de recibo el argumento de los recurrentes, según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no explicó el proceso concreto de dosimetría, pues ello no es obligatorio según las voces de la propia jurisprudencia del Consejo de Estado.

Así las cosas, la Superintendencia reafirma los parámetros objetivos que se tuvieron en cuenta para la dosificación y graduación de la sanción en la Resolución Sancionatoria: (i) *la dimensión del mercado afectado*; (ii) *el grado de participación de los implicados*; (iii) *la conducta procesal de los investigados*; (iv) *la cuota de mercado de la empresa infractora, parte de activos y/o ventas involucradas*; y (v) *patrimonio de los investigados*. En relación con los criterios de agravación se advierte que se aplicó el referido a "la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia", y que fue incluido como un adicional determinado en la multa que se le impuso a quienes tenían antecedentes.

Estos criterios fueron los que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que era procedente aplicar al presente caso, tal y como se ilustra en la siguiente tabla, porque se reitera, no en todos los casos de infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica son utilizables la totalidad de los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para efectos de graduar o dosificar las sanciones. En unos casos son utilizables todos y en otros, solo algunos de ellos.

Tabla
Criterios de graduación aplicables en la Resolución No. 80847 de 2015.

CRITERIO DE DOSIFICACIÓN Num. 15 D. 2153 de 1992, modificado artículo 25 Ley 1340 de 2009	APLICACIÓN AL CASO Resolución No. 80847 de 2015
1. Impacto de la conducta en el mercado	No aplica El presente caso fue sancionado por una conducta "por objeto" y no "como efecto"
2. Dimensión del mercado afectado	Fue valorado en la Resolución Sancionatoria Se valoró de manera cualitativa en relación con la importancia del mercado y no sobre los efectos de la conducta en el mismo. El presente caso fue sancionado por una conducta "por objeto" y no "como efecto"
3. Beneficio obtenido por el infractor	No aplica El presente caso fue sancionado por una conducta "por objeto" y no "como efecto"
4. Grado de participación de los implicados	Fue valorado en la Resolución Sancionatoria La conducta comprende un acuerdo de obstrucción importaciones. En el presente caso el grado de participación de los sancionados se tomó como equivalente al encontrarse cada uno de los miembros del cartel en un mismo nivel como co-cartelistas

¹⁴⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 del 19 de noviembre de 2013. Versión Pública Hoja No 90.

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

CRITERIO DE DOSIFICACIÓN Num. 15 D. 2153 de 1992, modificado artículo 25 Ley 1340 de 2009	APLICACIÓN AL CASO Resolución No. 80847 de 2015
5. Conducta procesal de los investigados	Fue valorado en la Resolución Sancionatoria Los investigados tuvieron un similar comportamiento procesal, por lo que no procedían reducciones o aumentos que los diferenciara unos de otros
6. Cuota de mercado, parte de activos y/o ventas involucradas	Fue valorado en la Resolución Sancionatoria
7. Patrimonio del infractor	Fue valorado en la Resolución Sancionatoria

De esta manera, los criterios que se relacionan con el efecto de una conducta, como lo son el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado* y el *beneficio obtenido por los infractores*, no son aplicables en el presente caso por cuanto la sanción se impone frente a una conducta anticompetitiva "por objeto" y no por una conducta anticompetitiva que haya tenido "como efecto" impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización (obstrucción de importaciones de azúcar al país).

Al tratarse de un acuerdo o cartel cuyo objeto era la obstrucción de las importaciones, el criterio relacionado con el *grado de participación de los implicados* se tomó como equivalente al encontrarse cada uno de ellos en un mismo nivel y no haber, de cara a la responsabilidad, diferencias sustanciales en su papel dentro del cartel, pues actuaron todos durante muchos años como co-cartelistas y contribuyeron al objeto anticompetitivo. Dicho lo anterior, debe indicarse que este criterio sí fue valorado en Resolución Sancionatoria de manera igual frente a todas las personas jurídicas sancionadas, generando un impacto neutro (no diferenciador) al momento de dosificar las sanciones impuestas.

Ahora bien, en cuanto a *la conducta procesal de los investigados* como criterio de graduación, el Despacho observó que todos ejercieron su derecho de defensa y contradicción de igual manera, sin que se presentara ninguna conducta procesal irregular por parte de estos que implique una agravación de la conducta ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que se concluyó que era procedente su aplicación, pero también con efecto neutro (no diferenciador) al momento de dosificar las sanciones impuestas, como se hizo también con el criterio de *grado de participación del implicado*.

Con el fin de controvertir los cuestionamientos presentados por los recurrentes y el Ministerio Público en cuanto a la dosificación de la sanción, procede este Despacho a explicar las razones por las cuales la motivación incluida en la Resolución Sancionatoria sobre la tasación de la multa, refleja un ejercicio de cuantificación objetivo y uniforme en aplicación de los criterios contenidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que tenía a su alcance el Despacho en este caso concreto, dada la comisión de una infracción "por objeto" al régimen de competencia.

En primer lugar, con relación a la aplicación del criterio relativo a *la dimensión del mercado afectado*, y aun cuando la sanción recayó sobre una conducta "por objeto" respecto de la cual no es posible cuantificar el impacto al mercado afectado por la misma, este Despacho en el considerando Décimo de la Resolución Sancionatoria, indicó con claridad lo siguiente:

"(...) En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el azúcar, producto que, como se mencionó anteriormente, tiene un rol importante en la economía nacional, en la vida diaria de los hogares y en el desempeño industrial de aquellos que en el mercado la demandan como insumo. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la competencia en este sector tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

(...)"¹⁴⁶ (Subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, el Despacho realizó expresamente una valoración cualitativa de *la dimensión del mercado* sobre el cual recayó la conducta sancionada, destacando la gran importancia del mercado del azúcar para la economía nacional, y así determinar la gravedad de la conducta con el fin de graduar el monto de la sanción. Es evidente que el producto involucrado en el cartel, en este caso azúcar, tiene que ser un elemento a tener en cuenta para referirse a la dimensión del mercado

¹⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015. Versión Pública. Hoja 172.

en el que se ejecuta la conducta reprochada por la autoridad de competencia, habida cuenta de que se trata de un producto de consumo masivo tanto en los hogares colombianos como por parte de los industriales que lo compran como insumo o materia prima para incorporarlo en sus procesos productivos.

Frente a la aplicación de este criterio, señaló la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**¹⁴⁷ en su escrito de agencia especial lo siguiente:

"(...)

Tampoco se observa la dimensión del mercado afectado, pues la Superintendencia no es clara en relación con el mercado al que fue restringida la competencia, lo anterior atendiendo la incongruencia que es ostensible del escrito en razón a sí el mercado afectado corresponde al Industrial (al que pertenecen los quejosos-denunciantes), o si por el contrario los efectos sobre el mercado corresponden al consumidor común. No hay un análisis o estudio que materialice o exponga claramente la dimensión, es decir, los extremos y espacio del mercado que sufrió la afectación con respecto a la conducta sancionada.

(...)"

La anterior observación de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, además de omitir que la conducta sancionada fue "por objeto", no tiene en cuenta que en la Resolución No. 80847 de 2015 se señaló con claridad que el mercado en el cual se desarrolló dicha conducta es el definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos e identificado como el del "azúcar en todas sus presentaciones y calidades, independientemente del uso que le dé el consumidor, sea este directo, industrial o de cualquier otra naturaleza", en la medida en que las decisiones empresariales y económicas objeto de reproche versaron sobre el mercado del azúcar en general, sin que se predicaran de forma particular a algún tipo de azúcar especial.

Así las cosas, no son de recibo las observaciones hechas por los recurrentes en sus escritos de reposición, así como por parte de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, que se refieren a la supuesta falta de aplicación del criterio legal y objetivo de la *dimensión del mercado afectado* por la conducta sancionada. Tampoco se acepta el reproche que hacen los recurrentes y el Ministerio Público sobre la supuesta aplicación de criterios no contemplados en la ley como lo son la idoneidad de la conducta para causar daño y la sensibilidad del producto afectado, pues resulta apenas obvio que las referencias a estos aspectos relacionados con el mercado del azúcar se enmarcan precisamente en el criterio de la *dimensión del mercado afectado*. De otra parte, el valor de las ventas de las empresas investigadas y de los ingresos operacionales de las mismas, muestran sin lugar a dudas el valor estratégico y económico del mercado del azúcar en Colombia, que de suyo implica también la valoración respectiva, en la medida en que dicho mercado tiene ingresos de cercanos a los 3 billones de pesos colombianos.

Por la misma razón, tampoco son de aceptación los argumentos de los sancionados según los cuales este Despacho contradujo lo dicho por la Delegatura en cuanto a la definición del mercado relevante, al afirmar supuestamente que el acuerdo de obstrucción por el cual fueron investigados los ingenios fue para "afectar la participación de los importadores en el mercado de comercialización del azúcar, bien sean distribuidores mayoristas de este producto o industriales que lo utilizan como insumo productivo", limitando el bien afectado al azúcar usado como insumo en la producción de bienes industriales. Claramente, cuando se hace referencia a los importadores del azúcar que son distribuidores mayoristas o industriales no se está limitando el producto al azúcar de tipo industrial, ya que los importadores que son mayoristas también pueden comercializar este bien cuando tiene un uso doméstico. Sobre este errado supuesto, los ingenios sancionados igualmente afirman que con relación a la aplicación de los ingresos operacionales, únicamente deben tenerse en cuenta aquellos que son derivados del azúcar industrial, y que en general deben excluirse todos aquellos ingresos que no guardan relación con la producción y comercialización de azúcar, petición que no se puede aceptar por las razones antes mencionadas.

¹⁴⁷ Mediante comunicación No. 171895 del 20 de octubre de 2015, la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** emitió pronunciamiento dentro de la Agencia Especial a la presente actuación administrativa, el cual fue radicado en la Superintendencia de Industria el 20 de octubre de 2015 por correo electrónico y físicamente con el No. 10-57750 – 2654 el 21 de octubre de 2015.

Ahora bien, en lo relacionado con el criterio de *cuota de mercado, activos y ventas*, este Despacho señala que los argumentos de los investigados referidos a una supuesta desproporción en la dosimetría por una errónea aplicación del criterio obedecen a una lectura descontextualizada de la explicación que dio la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la tasación de la sanción. El Despacho encontró que la utilización del criterio de *cuota de mercado, activos y ventas*, por sí solo, implicaba en este caso, un riesgo para la autoridad administrativa de omitir en su ejercicio de dosificación un análisis sobre la capacidad de pago del infractor, fundamentalmente de cara a su patrimonio. Es decir, *cuota de mercado, activos y ventas* sí fueron tenidos en cuenta, de forma indirecta, cuando se analizó y valoró el ingreso operacional de las empresas, que obviamente es un criterio representativo, para cada uno de los investigados, de su participación de mercado y sus ventas.

Los ingresos operacionales de los investigados, que incorporan el análisis sobre ventas y participaciones de mercado, fueron tenidos en cuenta como criterio auxiliar o complementario que le permitieron al Despacho, asegurarse de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que las sanciones pecuniarias no fueran confiscatorias o expropiatorias y garantizar la capacidad de pago de los infractores. De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política¹⁴⁸ y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión¹⁴⁹ que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan poco tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo a todas luces es no deseado como que "violiar la ley paga". Por esta y otras razones, el criterio de principal aplicación en el presente caso fue el referente al **patrimonio de los investigados**, acompañado de los ingresos operaciones como criterio auxiliar y de verificación de la liquidez, y los demás que ya se mencionaron en el cuadro en el que se enlistaron los criterios.

De esta forma, las sanciones impuestas a los ingenios azucareros fueron aplicadas dentro de un rango que no superó el 6.6% del patrimonio de los investigados, y que incluso en algunos casos estuvo alrededor del 1.6%, 3.3%, 3.4%, 3.6%, 4.0%, 5,6%, etc. de dicho patrimonio. El porcentaje que sobre el patrimonio representa la sanción es distinto para todos, en razón a que primero se aplicó un techo en los ingresos operaciones que permite identificar el valor de las ventas globales de las empresas, para luego ajustarlas por la vía del patrimonio (que es criterio de dosificación legal), como más adelante se indica. En otras palabras, se realizó un doble chequeo, con dos criterios económicos objetivos, que le permitieron a la Autoridad de Competencia, la decisión de dosificar la sanción con base en criterios legales, objetivos y proporcionales.

A continuación se resumen las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria:

Tabla
Porcentaje de sanciones impuestas sobre patrimonio e ingresos operacionales

PERSONA JURÍDICA	MONTO DE LA SANCIÓN IMPUESTA	% SOBRE INGRESOS OPERACIONALES (APROX.)	% SOBRE PATRIMONIO (APROX.)
ASOCAÑA ¹⁵⁰	\$ 30.445.537.500	N/A	263,0%
CIAMSA ¹⁵¹	\$ 36.470.210.000	7,5%	57,0%
DICSA EN LIQUIDACIÓN ¹⁵²	\$ 900.156.950	N/A	6,0%
INGENIO RIOPAILA	\$ 40.157.825.050	5,4%	6,0%
INGENIO INCAUCA	\$ 49.059.520.300	6,6%	3,6%

¹⁴⁸ **Artículo 34.** *Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.*

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

¹⁴⁹ Catherine Craycraft, Joseph L. Craycraft & Joseph C. Gallo. Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay. Review of Industrial Organization 12: 171-183, 1997.

¹⁵⁰ **ASOCAÑA** no aportó Estados Financieros antes de la expedición de la Resolución Sancionatoria.

¹⁵¹ **CIAMSA** con ingresos operacionales y patrimonio a 2013.

¹⁵² **DICSA** con ingresos operacionales y patrimonio a 2013.

PERSONA JURÍDICA	MONTO DE LA SANCIÓN IMPUESTA	% SOBRE INGRESOS OPERACIONALES (APROX.)	% SOBRE PATRIMONIO (APROX.)
INGENIO MANUELITA	\$ 32.854.762.150	6,6%	5,5%
INGENIO PROVIDENCIA	\$ 35.399.300.300	6,6%	6,4%
INGENIO MAYAGÜEZ	\$ 28.732.855.200	6,6%	4,0%
INGENIO LA CABAÑA	\$ 18.419.389.100	6,6%	3,3%
INGENIO PICHICHÍ	\$ 13.399.902.600	6,6%	5,6%
INGENIO RISARALDA	\$ 16.687.376.300	6,6%	6,6%
INGENIO SANCARLOS	\$ 5.361.636.350	6,0%	1,6%
INGENIO CARMELITA	\$ 7.492.501.800	6,6%	5,6%
INGENIO CENTRAL TUMACO ¹⁵³	\$ 1.794.514.750	3,3%	6,0%
INGENIO MARÍA LUISA	\$ 2.223.651.850	6,0%	3,4%

A diferencia de lo que creen los recurrentes, lo que evidencia el anterior cuadro es que la dosificación de la sanción no fue caprichosa ni antojadiza. Para su imposición, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó el patrimonio como criterio principal de dosificación, pero utilizó además, los ingresos operacionales como criterio auxiliar, el cual es comúnmente utilizado por la gran mayoría de las autoridades de protección de la libre competencia del mundo, pues este criterio auxiliar de los ingresos operacionales o ingresos globales de las empresas, permite mostrar, en gran medida, el volumen de sus negocios, entre ellos, el involucrado en el cartel.

La Superintendencia, en el caso de los ingenios azucareros investigados, determinó dentro de su discrecionalidad que pondría un primer límite sancionatorio (no el único límite) en un porcentaje bajo respecto de los ingresos operacionales o globales de la compañía (criterio auxiliar) que se calculó en el 6% y de allí salió una primera cifra. Posteriormente, esa cifra se confrontó con el patrimonio con lo cual se aseguró mediante criterios netamente objetivos que la multa no fuera expropiatoria y que reflejara la capacidad real de pago de la compañía (los activos de las empresas y de las personas naturales, es decir, sus bienes, son posible fuente de pago en caso de que haya que realizarlos para satisfacer una obligación). Acudiendo a un porcentaje de los ingresos operacionales y ajustando por patrimonio se garantizó que la sanción no fuera expropiatoria o confiscatoria, pues de no ajustarse por patrimonio podría una empresa de grandes ingresos o ventas pero poco patrimonio, quedar en grandes dificultades después de la imposición de una sanción.

Así las cosas, la cifra resultado de la aplicación de un techo en el criterio auxiliar de ingresos operacionales (que permite dimensionar a toda la empresa en su contexto general), que se reitera se limitó en este caso al 6% de dichos ingresos operacionales o globales, fue contrastada con el criterio legal de su propio patrimonio, para asegurar que dicha sumas no superara ese mismo porcentaje del 6% pero en relación con el patrimonio, que es un criterio, como se dijo, bastante dicente de la capacidad de pago del sancionado, bien por liquidez o bien por la posibilidad de realizar bienes para pagar obligaciones (en este caso, una multa del Estado).

Esa suma del 6% de los ingresos operacionales se contrastó o confrontó con el patrimonio para que en ningún caso, tampoco superara el 6% del patrimonio de los investigados, como ya se dijo, de manera tal que, si para algún ingenio ese 6% de los ingresos operacionales extraído como dato preliminar, constituía un porcentaje mayor en relación con su patrimonio (ejemplo, el 15%, el 25%, el 30%), se ajustara también al tope del 6% del patrimonio y así descartar cualquier posibilidad de afectación grave del patrimonio que representara la imposibilidad de pago o que pudiera calificarse la sanción de expropiatoria o confiscatoria.

En consecuencia, la limitación por patrimonio se aplicó de la siguiente manera:

a) Cuando la cifra correspondiente al 6% de los ingresos operacionales o globales del ingenio, excedía el 6% del patrimonio, la sanción quedó limitada al 6% del patrimonio del ingenio; y

Ejemplo: En el caso de **CENTRAL TUMACO**, los ingresos operacionales para el año 2012 ascendieron a \$54.677.032.006 y por ende el 6% equivalía a \$3.280.621.920. El patrimonio de **INGENIO SANCARLOS** de 2012 ascendió a \$29.909.780.000, siendo el 6%, \$1.794.586.800. Así las cosas, la Superintendencia tomó el menor valor entre \$3.280.621.920 (6% de los ingresos operacionales) y \$1.794.586.800 (6% del patrimonio), es decir, la suma de \$1.794.586.800 que

¹⁵³ **INGENIO CENTRAL TUMACO** con ingresos operacionales y patrimonio a 2012. Los demás fueron liquidados con ingresos operacionales y patrimonio a 2014.

equivalen a 2.785.11 SMLMV, que eliminando decimales, son 2.785 SMLMV por \$644.350 (valor del SMLMV para el momento de la imposición de la multa) efectivamente equivalen a \$1.794.514.750, que como se dijo representan el techo fijado por la Superintendencia del 6% respecto del patrimonio y que como se ajustó por tope de patrimonio, ya no representan el 6% de los ingresos operacionales, sino el 3.3% de los ingresos operacionales.

b) Cuando la cifra correspondiente al 6% de los ingresos operacionales o globales del ingenio, era menor al 6% del patrimonio, la sanción quedó limitada al porcentaje menor respecto del patrimonio del ingenio (3%, 4%, etc. del patrimonio del ingenio).

Ejemplo: En el caso de **INGENIO SANCARLOS**, los ingresos operacionales para el año 2014 ascendieron a \$89.356.728.000 y por ende el 6% equivalía a \$5.361.403.680. El patrimonio de **INGENIO SANCARLOS** de 2014 ascendió a \$328.841.584.000, siendo el 6%, \$19.730.495.000. Así las cosas, la Superintendencia tomó el menor valor entre \$5.361.403.680 (6% de los ingresos operacionales) y \$19.730.495.000 (6% del patrimonio), es decir, la suma de \$5.361.403.680 que equivalen a 8.321 SMLMV, que efectivamente representan el 1,6% del patrimonio.

Es de anotar, que en el caso de los ingenios azucareros a los que se los agravó la sanción por tener antecedentes sancionatorios por infracciones al régimen de protección de la libre competencia, y que la Superintendencia decidió agravarles la sanción en un 10%, lo dicho aquí en relación con el 6% de límite sancionatorio en el patrimonio, para ellos asciende al 6.6% de ese mismo patrimonio y por ello, la cifra de 6.6% aparece en el cuadro arriba expuesto.

En el caso de **DICSA**, se aplicó la sanción solamente teniendo en cuenta directamente su patrimonio, habida cuenta de que está sociedad se encuentra en proceso de liquidación y no registra ingresos operacionales.

Respecto de **CIAMSA** y **ASOCAÑA**, el ejercicio fue distinto y frente a ellos nos referiremos en otros apartes de este acto administrativo, en razón a que las sanciones a dichas personas jurídicas va a ser modificadas en esta decisión.

Tanto los recurrentes como el Ministerio Público reprochan igualmente la aplicación de criterios no contemplados en la ley tales como el tamaño de las empresas y, especialmente, el relativo a los ingresos operacionales de los investigados. No es de aceptación de esta Superintendencia tal afirmación, en razón a que, en primer lugar, el criterio relativo al tamaño de las empresas guarda precisamente relación con el criterio legal de graduación relativo al patrimonio, criterio que como se está indicando, fue efectivamente abordado en la Resolución Sancionatoria.

Ahora bien, en la Resolución Sancionatoria, el Despacho hizo alusión a los ingresos operacionales de los sancionados de manera auxiliar y no como un criterio principal de determinación y dosificación de la sanción; ello con el fin de demostrar la proporcionalidad del monto de la multa respecto de cada agente del mercado sancionado ya que, en concurrencia con el patrimonio, constituye un referente de la habilidad de pago de los respectivos infractores, como se ha expuesto.

Debe observarse que, bajo este enfoque, el haber aislado los ingresos por concepto de azúcar del total de los ingresos operacionales, hubiera podido sesgar a la baja el esfuerzo de valorar la liquidez y, por consiguiente, la habilidad de pago del infractor. En contraposición, mirar la cuota de mercado de manera alejada al patrimonio o a los ingresos operacionales hubiera podido sesgar al alza el esfuerzo de dosificación. Siendo el criterio de patrimonio un punto medio y objetivo para llegar a una multa razonable, el compararla con los ingresos operacionales constituyó tan solo un esfuerzo por verificar que la sanción no tuviera un carácter confiscatorio o expropiatorio y garantizar así su proporcionalidad.

Adicionalmente, se debe advertir que los ingresos operacionales, además de servir como un elemento de valoración de la liquidez del infractor, también se erige en el presente caso como un proxy (aproximación) tanto de la cuota de mercado como de las ventas involucradas de los agentes, de manera que al acudir a esta alternativa se está considerando el criterio contenido en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y aplicado con más racionalidad económica en este caso, en el medida en que se contrastó con el patrimonio para asegurarse de que la sanción no pudiera ser catalogada, bajo ninguna circunstancia, como expropiatoria o confiscatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, si se analizan las sanciones impuestas desde la proporcionalidad de los montos en relación con las ventas de azúcar como producto involucrado en la conducta anticompetitiva, las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio conservan su

proporcionalidad. Como se observa en la tabla, las multas impuestas oscilan entre el 3,6% y el 11,5% de los ingresos operacionales por ventas de azúcar de los ingenios sancionados en el 2014.

Tabla
Porcentaje de sanciones impuestas sobre ingresos por ventas de azúcar

Empresa	Ingresos Operacionales Anuales	Ingresos por Venta de Azúcar Anuales	Monto de la sanción impuesta	% Sobre ingresos por ventas de azúcar (Aprox.)
ASOCAÑA	\$ 9.675.205.214	N/A	\$ 30.445.537.500	N/A
CIAMSA	522.704.120.000	401.894.853.728	\$ 36.470.210.000	9,0%
DICSA EN LIQUIDACIÓN	N/A	N/A	\$ 900.156.950	N/A
INGENIO RIOPAILA	\$ 737.361.663.000	\$ 646.635.585.161	\$ 40.157.825.050	6,2%
INGENIO INCAUCA	\$ 743.325.767.347	\$ 465.994.651.959	\$ 49.059.520.300	10,5%
INGENIO MANUELITA	\$ 497.802.364.448	\$ 345.509.679.934	\$ 32.854.762.150	9,5%
INGENIO PROVIDENCIA	\$ 536.354.663.697	\$ 318.257.110.871	\$ 35.399.300.300	11,1%
INGENIO MAYAGÜEZ	\$ 435.347.937.000	\$ 248.987.268.000	\$ 28.732.855.200	11,5%
INGENIO LA CABAÑA	\$ 279.086.065.518	\$ 219.644.233.814	\$ 18.419.389.100	8,4%
INGENIO PICHICHÍ	\$ 203.027.634.000	\$ 188.522.274.251	\$ 13.399.902.600	7,1%
INGENIO RISARALDA	\$ 263.073.168.000	\$ 183.178.637.776	\$ 16.687.376.300	9,1%
INGENIO SANCARLOS	\$ 89.356.728.000	\$ 83.463.580.000	\$ 5.361.636.350	6,4%
INGENIO CARMELITA	\$ 113.529.707.000	\$ 91.074.539.000	\$ 7.492.501.800	8,2%
INGENIO CENTRAL TUMACO	\$ 57.067.991.000	\$ 49.394.494.000	\$ 1.794.514.750	3,6%
INGENIO MARÍA LUISA	\$ 37.057.405.380	\$ 34.608.405.800	\$ 2.223.651.850	6,4%

De esta manera se advierte que, incluso atendiendo la observación de los investigados de solo tener en cuenta los ingresos operacionales de venta de azúcar para efectos de dosificar las sanciones en este recursos de reposición, las multas impuestas resultan claramente proporcionales, por cuanto representan entre el 3,6% y el 11,5% de los ingresos por ventas de azúcar, lo que a todas luces confirma que los criterios y referentes económicos tenidos en cuenta en la Resolución Sancionatoria recurrida, fueron y siguen siendo apropiados para garantizar la proporcionalidad y descartar cualquier consecuencia confiscatoria o expropiatoria.

De otra parte, llama la atención del Despacho el siguiente argumento expuesto por alguno de los recurrentes (**INGENIO PICHICHÍ**) sobre los criterios empleados para graduar el monto de la sanción impuesta. Dicen algunos de los recurrentes:

"El vicio advertido en relación con la ausencia de criterios para la graduación de la sanción en la Resolución No. 80847 de 2015 no puede ser corregido por la Superintendencia al resolver el recurso de reposición, pues dicha irregularidad ya causó un grave e irreparable daño al derecho de defensa de los investigados".

De lo planteado, no se logra comprender cuál es la pretensión del recurrente al esgrimir este argumento. Indica que existiría un "vicio" consistente en la ausencia de criterios para la graduación de la sanción, y que dicho "vicio" no podría ser corregido por esta Superintendencia al resolver el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria. De ser así ¿cuál es entonces el interés jurídico del impugnante al presentar su recurso de reposición? Dicho de otro modo: se impugna el acto administrativo para que la Superintendencia lo revoque o modifique, pero a la vez se le indica que no puede reponerlo porque existe un "grave e irreparable daño" atribuible a una decisión que por virtud del recurso interpuesto ni siquiera ha cobrado ejecutoria.

Sobre el particular, debe el Despacho señalar en primer lugar que el argumento del recurrente parte de una premisa equivocada, por cuanto ha quedado demostrado hasta la saciedad que la sanción impuesta sí se encuentra soportada en los criterios previstos en los criterios aplicables. Por otro lado, vale retomar la más autorizada doctrina procesal que enseña el principio "sin interés no hay acción", según el cual, sin un verdadero interés sustancial no es posible decidir de fondo la cuestión planteada¹⁵⁴. En efecto, si el interés del recurrente consiste en que se reponga el acto administrativo impugnado y a la vez se solicita que se abstenga de hacerlo en razón a que ya es muy tarde porque la lesión sufrida por el impugnante es irreparable, no se lograría un efecto concreto con la petición,

¹⁵⁴ Cfr. Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*, t. I, Bogotá, Ed. ABC, 2000, págs. 191 y 192.

es decir, no se advierte un interés jurídico en la petición. Eso es tanto como sostener, que vía recurso no se puede revisar una sanción o una pena indebidamente tasada. Es francamente insólito y desconcertante el argumento del recurrente.

Corolario de las anteriores consideraciones, para el Despacho no es de recibo el argumento según el cual se le habría causado a los sancionados un "grave e irreparable daño al derecho de defensa" con ocasión de la imposición de la sanción pecuniaria, ya que durante toda la actuación administrativa han contado con plenas garantías para ejercer su derecho constitucional fundamental de defensa, incluyendo, como en este caso, el derecho a recurrir la providencia desfavorable, para como es entendible, controvertir el monto de la sanción económica, en procura de su revocatoria o modificación a favor de sus representados, los aquí investigados.

Otro argumento recurrente de los sancionados en sus recursos de reposición hace referencia a que el Despacho, a pesar de haber tenido en cuenta el patrimonio de las personas jurídicas, lo hizo con base en el de 2014, cuando debió haber utilizado el patrimonio que presentaban los ingenios en el periodo investigado. Este argumento no puede ser de aceptación por parte del Despacho, en razón a que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece el patrimonio como uno de los criterios de graduación de la multa sin señalar a qué periodo específico debe aplicarse. Adicionalmente, la referencia al año inmediatamente anterior permite asegurar que la dosificación de la sanción no se realice con un valor desactualizado del patrimonio y que, como se explicó en detalle, se acuda a la capacidad de pago del infractor para evitar que sea confiscatorio o expropiatorio. Con toda seguridad, y ahí si hasta con razón, de haber escogido un patrimonio registrado años atrás, hubiera tenido la glosa de los investigados de cara a su desactualización. Se trata de la imposición de una multa, que genera la obligación de pagarla, y obviamente entre más recientes sean los datos con los que se efectúa el límite de la dosificación, más acertado es el ejercicio.

Ahora bien, demostrada la aplicación por parte del Despacho en el presente caso de los criterios legales y objetivos de determinación y graduación de las multas, resulta pertinente abordar otras observaciones y objeciones hechas por los recurrentes referidas a la proporcionalidad de la sanción impuesta mediante la Resolución Sancionatoria impugnada.

Aducen los recurrentes que la multa impuesta por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria resulta desproporcionada y confiscatoria, por cuanto la obstrucción de importaciones no está catalogada como un "hard core cartel" que deba ser sancionado con tanta severidad, y porque la sanción se apropia de bienes e ingresos que corresponden a actividades que la autoridad no consideró como ilícitas (exportaciones, etanol, azúcar de consumo, etc.). De la misma forma, varios de los recurrentes manifiestan que la sanción no tuvo en cuenta su difícil situación económica y que en algunos casos supera ostensiblemente sus utilidades netas, las cuales tendrían que destinarse exclusivamente durante varios años al pago de la sanción, haciendo inviable su actividad económica¹⁵⁵.

Las anteriores observaciones no son aceptables, toda vez que, en ninguna parte de la Resolución Sancionatoria se hace alusión al concepto de "hard core cartel" y porque, la multa impuesta en el presente caso resulta proporcional a la gravedad de la conducta en la que incurrieron los sancionados atendiendo a la dimensión del mercado afectado, cumpliendo así con el objetivo de castigar y disuadir de las sanciones en materia de protección de la libre competencia. En el curso de la actuación administrativa se demostró la existencia de un cartel entre empresarios y agentes del mercado, producto de un acuerdo deliberado entre competidores para obstruir la competencia que suponían las importaciones de azúcar al país, obstrucción que en sí misma constituye una conducta que reviste la mayor gravedad, tal y como lo señaló el Despacho en la Resolución Sancionatoria. Veamos;

*"(...) No sólo las conductas de acuerdos o cartelización empresarial, revisten por su condición un carácter grave de cara a las diferentes tipologías de infracciones, **sino que la modalidad de obstrucción a terceros de ingreso a un mercado, resultan a todas luces altamente censurables y mucho más cuando como en este caso, existen las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se perpetraron, en donde, no solo tenían el propósito de obstruir sino incluso de eliminar cualquier posibilidad de intercambio comercial de azúcar de otros países hacia Colombia, que se sintetizan en pretender que al país no entrara "ni un solo grano de azúcar" proveniente de esos otros países productores.***

¹⁵⁵ En este sentido se pronunciaron ingenios como INGENIO LA CABAÑA, INGENIO PICHICHÍ, INGENIO MANUELITA, INGENIO RISARALDA, entre otros.

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Al respecto, debe ponerse de presente a los recurrentes que la imposición de multas sustancialmente inferiores, como al parecer las pretenden los investigados, implica una falta grave a los deberes de la Autoridad de Competencia, pues una multa en la cuantía que para los investigados sí resultare conveniente por irrisoria, antes que ser disuasiva para que el sancionado termine la conducta anticompetitiva o se abstenga de incurrir en una nueva, resulta en un verdadero incentivo para que el investigado o cualquier agente de mercado infrinja las normas de protección de la libre competencia económica, una vez sopesa las potenciales ventajas que podrían resultar de la infracción, frente al riesgo de la posible multa en caso de ser descubierto. Nótese la perversa secuela en el evento en que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga sanciones que no cumplen con el objetivo ni de reprimir ni de ser lo suficientemente disuasorias, pues estaría incentivando las conductas prohibidas cuando su deber legal es reprimirlas, castigarlas y ejecutar una política pública preventiva.

Tampoco pueden aceptarse las afirmaciones hechas por algunos recurrentes, al señalar que la sanción impuesta es confiscatoria por superar ostensiblemente sus utilidades netas. Las utilidades netas del infractor, vistas de manera aislada de otros criterios como el patrimonio y los ingresos operacionales, resultan insuficientes para formarse un juicio sobre el carácter proporcional o no de la sanción. Adicionalmente, resulta paradójico que los investigados acusen a la Administración de utilizar unos criterios supuestamente no previstos en la ley, pero cuando les resulta conveniente a sus intereses sí reclaman la aplicación de un criterio, como lo son las utilidades netas, que no solo no está en la ley colombiana, sino que tampoco lo contempla ninguna de las jurisdicciones del mundo estudiadas, pues técnicamente es absurda su aplicación. No son las utilidades el criterio que puede utilizarse en el derecho de la competencia para sancionar, sí lo son los ingresos operacionales o ventas globales, las ventas del producto involucrado en la conducta o el patrimonio del infractor.

Por último, algunos de los recurrentes afirman que con la imposición de la multa resultan gravemente perjudicados, teniendo en cuenta su situación económica poco prominente, por lo que resulta inminente su desaparición del mercado en afectación de la libre competencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio insiste en que la aplicación del criterio del patrimonio de los investigados, en conjunto con el análisis de los ingresos operacionales garantiza que los sancionados cuentan con la suficiente capacidad de pago respecto de la sanción impuesta.

Conclusiones

- Mediante la Ley 1340 de 2009, el legislador decidió robustecer la capacidad sancionatoria en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de disuadir y reprimir las prácticas restrictivas de la libre competencia económica en Colombia. En efecto, la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para proteger el régimen de libre competencia económica pasó de una multa máxima equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2.000 SMLMV) a cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMMV), es decir, se multiplicó por cincuenta (50) el poder sancionatorio.
- El legislador fundamentó este incremento en la necesidad de que las multas para quienes incurran en conductas contrarias al régimen de la libre competencia económica tuvieran un carácter disuasorio y que la represión o sanción resultase razonable atendiendo la gravedad de la conducta y no fuese irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que un agente pudiere haber obtenido mediante prácticas anticompetitivas, sin perjuicio incluso que pueda mejorarse dicha capacidad sancionatoria en el futuro.
- Internacionalmente se han identificado tres objetivos principales de las sanciones en materia de protección a la libre competencia: i) objetivo disuasivo; ii) objetivo punitivo; y iii) la privación del eventual beneficio económico ilícito obtenido a partir de la conducta infractora, bien sea porque esté probado en el caso concreto o bien sea porque en términos de racionalidad económica le hubiese podido generar un beneficio. En este sentido, se observa una concordancia entre el espíritu del legislador colombiano y la práctica mundial.
- Distintas jurisdicciones o países en el mundo han adoptado criterios de fijación y dosificación de las sanciones pecuniarias en materia de protección a la libre competencia, que regularmente guardan relación con los ingresos operacionales (ventas globales) de los agentes de mercado infractores, niveles de ventas del producto involucrado, ingresos mundiales, daño ocasionado por la conducta, beneficio del infractor, entre otros. De igual forma, puede verse que las distintas

jurisdicciones o países castigan con mayor severidad las prácticas constitutivas de acuerdos anticompetitivos, colusiones o carteles empresariales, toda vez que son consideradas de la mayor gravedad, pues constituyen en palabras de expertos y de la propia OCDE, conductas altamente vergonzosas y lesivas para el bienestar de los consumidores, para el buen funcionamiento de los mercados y para la eficiencia económica habida cuenta de su gran capacidad para extraer rentas ilícitas de toda la sociedad.

- La imposición de multas sustancialmente inferiores comprendería una falta grave a los deberes de la Autoridad de Competencia ya que, el castigo antes que cumplir con el objetivo disuasorio de impedir que los agentes del mercado incurran en prácticas anticompetitivas, derivaría en un incentivo para la infracción de las normas de protección de la libre competencia económica, lo que en efecto, constituiría el peor escenario de cara a la efectiva materialización de una política pública de Estado.
- La sanción impuesta a los impugnantes en el presente caso, se encuentra ajustada al principio de legalidad, y está comprendida dentro del límite de los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV), establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. A todos los sancionados se les impusieron multas por debajo de las multas máximas autorizadas por la legislación, incluso a ninguno se le impuso la máxima prevista en la ley colombiana.
- Los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, pues dependiendo de la modalidad de la infracción es menester aplicar unos o aplicar otros. La razón, porque unos criterios pueden aplicarse cuando la conducta anticompetitiva se sanciona por **objeto** y otros para cuando se sanciona por **efecto**.
- El ejercicio de dosificación **NO** impone en cabeza de la Autoridad Administrativa la carga de exponer un razonamiento minucioso sobre la metodología aplicada para la estimación de la sanción, como bien lo ha sostenido el Consejo de Estado y la carga de demostrar que la sanción es desproporcionada, expropiatoria, confiscatoria, exagerada, irracional, descomunal o cualquier cosa similar, corresponde al infractor sancionado cuando pretenda controvertirla en la vía administrativa o judicial, según fuere el caso.
- La Superintendencia reafirma los parámetros objetivos que se tuvieron en cuenta para la dosificación y graduación de la sanción en la Resolución Sancionatoria: (i) *la dimensión del mercado afectado*; (ii) *el grado de participación de los implicados*; (iii) *la conducta procesal de los investigados*; (iv) *la cuota de mercado de la empresa infractora, parte de activos y/o ventas involucradas*; y (v) *patrimonio de los investigados*. En relación con los criterios de agravación se advierte que se aplicó el referido a *“la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia”*, y que fue incluido como un adicional determinado en la multa que se le impuso a quienes tenían antecedentes.
- Los criterios que se relacionan con el efecto de una conducta, como lo son el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado* y el *beneficio obtenido por los infractores*, no son aplicables en el presente caso por cuanto la sanción se impone frente a una conducta anticompetitiva “por objeto” y no por una conducta anticompetitiva que haya tenido “como efecto” impedir a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización (obstrucción de importaciones de azúcar al país).
- Las sanciones impuestas a los ingenios azucareros fueron aplicadas dentro de un rango que no superó el 6.6% del patrimonio de los investigados, y que incluso en algunos casos estuvo alrededor del 1.6%, 3.3%, 3.4%, 3.6%, 4.0%, 5.6%, etc. de dicho patrimonio. El porcentaje que sobre el patrimonio representa la sanción es distinto para todos, en razón a que primero se aplicó un techo en los ingresos operaciones que permite identificar el valor de las ventas globales de las empresas, para luego ajustarlas por la vía del patrimonio (que es criterio de dosificación legal). En otras palabras, se realizó un doble chequeo, con dos criterios económicos objetivos, que le permitieron a la Autoridad de Competencia, la decisión de dosificar la sanción con base en criterios legales, objetivos y proporcionales.
- Para la imposición de las sanciones, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó el patrimonio como criterio principal de dosificación, pero utilizó además, los ingresos operacionales como criterio auxiliar, el cual es comúnmente utilizado por la gran mayoría de las autoridades de

protección de la libre competencia del mundo, pues este criterio auxiliar de los ingresos operacionales o ingresos globales de las empresas, permite mostrar, en gran medida, el volumen de sus negocios, entre ellos, el involucrado en el cartel.

- La Superintendencia, en el caso de los ingenios azucareros investigados, determinó dentro de su discrecionalidad que pondría un primer límite sancionatorio (no el único límite) en un porcentaje bajo respecto de los ingresos operacionales o globales de la compañía (criterio auxiliar) que se calculó en el 6% y de allí salió una primera cifra. Posteriormente, esa cifra se confrontó con el patrimonio con lo cual se aseguró mediante criterios netamente objetivos que la multa no fuera expropiatoria y que reflejara la capacidad real de pago de la compañía (los activos de las empresas y de las personas naturales, es decir, sus bienes, son posible fuente de pago en caso de que haya que realizarlos para satisfacer una obligación). Acudiendo a un porcentaje de los ingresos operacionales y ajustando por patrimonio se garantizó que la sanción no fuera expropiatoria o confiscatoria, pues de no ajustarse por patrimonio podría una empresa de grandes ingresos o ventas pero poco patrimonio, quedar en grandes dificultades después de la imposición de una sanción.
- La cifra resultado de la aplicación de un techo en el criterio auxiliar de ingresos operacionales (que permite dimensionar a toda la empresa en su contexto general), que se reitera se limitó en este caso al 6% de dichos ingresos operacionales o globales, fue contrastada con el criterio legal de su propio patrimonio, para asegurar que dicha sumas no superara ese mismo porcentaje del 6% pero en relación con el patrimonio, que es un criterio, como se dijo, bastante dicente de la capacidad de pago del sancionado, bien por liquidez o bien por la posibilidad de realizar bienes para pagar obligaciones (en este caso, una multa del Estado).
- Esa suma del 6% de los ingresos operacionales se contrastó o confrontó con el patrimonio para que en ningún caso, tampoco superara el 6% del patrimonio de los investigados, como ya se dijo, de manera tal que, si para algún ingenio ese 6% de los ingresos operacionales extraído como dato preliminar, constituía un porcentaje mayor en relación con su patrimonio (ejemplo, el 15%, el 25%, el 30%), se ajustara también al tope del 6% del patrimonio y así descartar cualquier posibilidad de afectación grave del patrimonio que representara la imposibilidad de pago o que pudiera calificarse la sanción de expropiatoria o confiscatoria.
- En consecuencia, la limitación por patrimonio se aplicó de la siguiente manera:
 - a) Cuando la cifra correspondiente al 6% de los ingresos operacionales o globales del ingenio, excedía el 6% del patrimonio, la sanción quedó limitada al 6% del patrimonio del ingenio; y
 - b) Cuando la cifra correspondiente al 6% de los ingresos operacionales o globales del ingenio, era menor al 6% del patrimonio, la sanción quedó limitada al porcentaje menor respecto del patrimonio del ingenio (3%, 4%, etc. del patrimonio del ingenio).
- En el caso de los ingenios azucareros a los que se los agravó la sanción por tener antecedentes sancionatorios por infracciones al régimen de protección de la libre competencia, y que la Superintendencia decidió agravarles la sanción en un 10%, lo dicho aquí en relación con el 6% de límite sancionatorio en el patrimonio, para ellos asciende al 6.6% de ese mismo patrimonio y por ello, la cifra de 6.6% aparece en el cuadro arriba expuesto.
- En el caso de **DICSA**, se aplicó la sanción solamente teniendo en cuenta directamente su patrimonio, habida cuenta de que está sociedad se encuentra en proceso de liquidación y no registra ingresos operacionales.
- Respecto de **CIAMSA** y **ASOCAÑA**, el ejercicio fue distinto y frente a ellos nos referiremos en otros apartes de este acto administrativo, en razón a que las sanciones a dichas personas jurídicas va a ser modificadas en esta decisión.
- Las multas impuestas a los ingenios azucareros resultan claramente proporcionales, por cuanto representan entre el 3,6% y el 11,5% de los ingresos operacionales por ventas de azúcar, es decir, sin contar otros ingresos.
- Para la Superintendencia de Industria y Comercio y para ninguna autoridad importante de protección de la competencia económica en el mundo resulta pertinente realizar un análisis respecto de las utilidades de las empresas sancionadas, como lo pretendieron algunos de los

investigados, toda vez que estas –las utilidades- no comprenden un criterio para medir la proporcionalidad de la sanción ni mucho menos un criterio de graduación que esté consagrado en la ley, además de que no resulta lógico utilizarlo pues qué hacer con una empresa con grandes ingresos operacionales o gran patrimonio y que haya reportado pérdidas y no utilidades en alguno o algunos de sus ejercicios de años anteriores.

4.8.4. Modificación y ajuste a la dosificación de las sanciones impuestas a ASOCAÑA y CIAMSA en la Resolución Sancionatoria (Resolución No. 80847 de 2015)

De conformidad con el análisis sobre la aplicación de los criterios de fijación y dosificación, así como de la metodología utilizada para la determinación de la sanción impuesta a los recurrentes, encuentra este Despacho que procede efectuar un ajuste sobre el monto de las multas impuestas a **ASOCAÑA** y **CIAMSA** mediante la Resolución Sancionatoria

4.8.4.1. Modificación y ajuste a la dosificación de la sanción impuesta a ASOCAÑA en la Resolución Sancionatoria

Encuentra el Despacho pertinente señalar, en primer lugar que, durante el curso de la presente actuación administrativa y hasta el momento de expedirse la Resolución Sancionatoria, **ASOCAÑA** no allegó con destino al expediente sus Balances Generales, Estados de Resultados, o Declaraciones de Renta que permitieran determinar cuál era su patrimonio correspondiente a 2014 o años anteriores, para de esa manera proceder con la aplicación de los criterios de fijación y graduación de la multa que se aplicaron a este caso. Ante tal situación, atribuible a **ASOCAÑA** y no a la Superintendencia, este Despacho liquidó el monto de la multa a **ASOCAÑA** teniendo en cuenta la gravedad de la conducta anticompetitiva y demás circunstancias del caso, sin establecer un límite en relación con su patrimonio, toda vez que si el investigado incumple con su obligación de dar la información financiera, el Estado presume que en relación con ese tópico de patrimonio o ingresos, procede cualquier sanción hasta el límite máximo permitido en la ley.

Adicionalmente, es importante dejar también por sentado, que en el recurso de reposición presentado por **ASOCAÑA**, este gremio no se refirió en manera alguna a la sanción impuesta o a la aplicación de los criterios de fijación y determinación de la misma, o petición alguna en el sentido de reducir su monto, aunque sí lo hicieron algunos de los ingenios sancionados y asociados a la organización gremial, todos aquí sancionados como co-cartelistas.

En consecuencia y teniendo en cuenta que en virtud de las pruebas de oficio decretadas por el Despacho, se arribó la información financiera de **ASOCAÑA**, esta Superintendencia procede, oficiosamente, a hacer una modificación a la sanción impuesta a dicho gremio.

Frente a la infracción de las normas de protección de la competencia por parte de gremios o asociaciones de empresas, este Despacho considera pertinente poner de presente a los impugnantes que a nivel internacional dichas infracciones son castigadas severamente por las autoridades de competencia, con sanciones ejemplarizantes tasadas teniendo en cuenta no solo la información financiera de la propia asociación, sino los ingresos de sus agremiados cuando ellos están involucrados en los hechos. Incluso, algunas jurisdicciones prevén como castigo a la infracción, además de altas multas, la orden de disolución de la asociación.

En efecto, como se observa a continuación, la normativa europea dispone que la multa a un gremio o asociación de empresarios infractora de las normas de protección de la competencia se tasará con base en el importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación:

"Reglamento 01 de 2003

CAPÍTULO VI

SANCIONES

Artículo 23. Multas sancionadoras

(...)

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de

negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación.

(...)

4. Cuando se imponga una multa a una asociación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y ésta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa.

En caso de que no se aporten dichas contribuciones a la asociación dentro del plazo fijado por la Comisión, la Comisión podrá exigir el pago de la multa directamente a cualquiera de las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos de gobierno de que se trate dentro de la asociación de que se trate.

Una vez que la Comisión haya requerido el pago con arreglo a lo dispuesto en el segundo párrafo, podrá exigir el pago del saldo a cualquier miembro de la asociación que operase en el mercado en el que se hubiese producido la infracción cuando ello sea necesario para garantizar el pago íntegro de la multa.

(...)

La responsabilidad financiera de cada empresa con respecto al pago de la multa no podrá ser superior al 10 % de su volumen de negocios total realizado en el ejercicio social anterior.¹⁵⁶

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de Chile mediante sentencia del 29 de octubre de 2015, ratificó la **orden de disolución** de la **ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES AVÍCOLAS DE CHILE (APA)** e impuso una multa de dos mil unidades tributarias anuales chilenas (2.000 UTA), lo que corresponde, aproximadamente, a cuatro mil novecientos millones de pesos colombianos (\$ 4.900.000.000.00), por haber sido demostrada su participación en un cartel en el sector avícola chileno.

A continuación se presentan los apartes relevantes de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de Chile:

"Nonagésimo cuarto: Que habiendo sido creada esta asociación gremial el año 1994 y establecido que tanto en el periodo de los acuerdos preliminares, como en el del acuerdo colusivo mismo **dicha entidad se constituyó en el instrumento utilizado por las tres empresas más importantes del mercado avícola nacional para comportarse colusivamente**, no cabe duda que su participación contribuyó gravemente a la afectación del mercado de la carne con mayor demanda en el consumo nacional, como ha quedado establecido en el presente fallo, particularmente entre otros, en el considerando cuadragésimo sexto.

Nonagésimo quinto: Que, como se concluyó en el considerando cuadragésimo séptimo precedente, **la asociación gremial participó como coordinadora entre las tres avícolas requeridas**, en relación a una variable de competencia consistente en la limitación de la producción de carne destinada al mercado nacional; existiendo además evidencia, según deja asentado el fundamento cuadragésimo octavo en su punto B, de la existencia de expresas alusiones a las medidas que resultaban, a juicio de la asociación, necesarias para reducir la producción, o congelarla.

Nonagésimo sexto: Que, según se ha dejado también asentado en el considerando sexagésimo cuarto, **la asociación gremial aludida tuvo participación en las diversas etapas de la planificación de producción de las empresas avícolas, proyectando su crecimiento en forma tal de alcanzar determinados precios, restringiendo o suprimiendo la competencia entre sus partícipes.**

Nonagésimo séptimo: Que en las condiciones recién descritas se hace evidente, el rol gravitante y decisivo que ha jugado la requerida en la ejecución del ilícito indicado, que excede en forma exorbitante lo que puede entenderse como el objeto de una asociación gremial, transformándose en el mecanismo idóneo para la colusión que se ha investigado. Por otra parte, y desprendiéndose del tenor del artículo 26 del DL 211 en el

¹⁵⁶ Reglamento (CE) No 1/2003 del Consejo de la Unión Europea del 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

texto que ha resultado aplicable en la especie, que es posible imponer a un mismo agente participante de un cartel más de una sanción de las allí previstas, no se divisa razón o motivo que justifique exonerar a esa entidad de sanción pecuniaria como lo ha solicitado la Fiscalía Nacional Económica, petición que se acogerá en los términos que se expresará en lo resolutivo.

(...)

Por estos fundamentos, normas legales citadas y particularmente lo dispuesto por los artículos 3° y 27° del Decreto Ley N° 211, **se declara que:**

(...)

III.- Se acoge el recurso de reclamación de la FNE en contra de la mencionada sentencia sólo en cuanto se declara que **se condena a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 Unidades Tributarias Anuales, además de disponerse la disolución de dicha Asociación.**" (Negrillas fuera de texto).

Como se vio, las condenas a los gremios a nivel internacional por infracciones a las normas de protección de la competencia son severas, se tasan con base en los ingresos operacionales o globales de sus integrantes e incluso contemplan la disolución de las mismas. Con todo, esta Superintendencia mantendrá su doctrina en relación con la tasación de multas a gremios con base en su propia información financiera, y procederá a ajustar el monto de la multa impuesta a **ASOCAÑA**, a pesar de que las conductas de los gremios en materia de cartelización empresarial, son igual o incluso tanto más reprochables que las de las propias empresas que participan en el respectivo mercado, pues sin duda, las autoridades de competencia del mundo y las autoridades judiciales que han adoptado decisiones frente a los gremios, han reprochado esas conductas por considerarlas de un alto nivel de gravedad habida cuenta de que su conducta comporta un abuso del derecho de libre asociación previsto en la Constitución Política.

En este sentido y teniendo en cuenta la información allegada a este Despacho en virtud de lo ordenado mediante la Resolución No. 86338 de 2015 (pruebas de oficio dentro del trámite del recurso de reposición), se modifica la sanción impuesta a **ASOCAÑA**, reduciéndola a un valor de **QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 579.915.000.00)** equivalentes a **NOVECIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (900 SMLMV)**.

La sanción modificada equivale al 5% aprox. del patrimonio registrado por **ASOCAÑA** a 2014 y al 6% de los ingresos operacionales de 2014.

La anterior sanción equivale al 0,9% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

4.8.4.2. Modificación y ajuste a la dosificación de la sanción impuesta a CIAMSA en la Resolución Sancionatoria (Resolución No. 80847 de 2015)

Teniendo en cuenta que la sanción impuesta a **CIAMSA** supera el límite porcentual respecto del patrimonio aplicado a los demás investigados, este Despacho modifica la sanción impuesta a **CIAMSA**, reduciéndola a un valor de **TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 3.840.326.000.00)** equivalentes a **CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5.960 SMLMV)**.

La sanción modificada equivale al 6% aprox. del patrimonio registrado por **CIAMSA** a 2014 y el 0,7% aprox. de sus ingresos operacionales de 2014.

La anterior sanción equivale al 5,9% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

4.8.5. Cuadro definitivo de las sanciones impuestas a las personas jurídicas en la Resolución Sancionatoria con las modificaciones introducidas en este acto administrativo

Las sanciones a las 15 personas jurídicas sancionadas en esta actuación administrativa quedan de la siguiente manera y representan los porcentajes allí indicados en relación con sus ingresos operacionales y patrimonio:

Tabla
Sanciones definitivas a personas jurídicas

PERSONA JURÍDICA	MONTO DE LA SANCIÓN IMPUESTA	% SOBRE INGRESOS OPERACIONALES (APROX.)	% SOBRE PATRIMONIO (APROX.)
ASOCAÑA	\$ 579.915.000	6,0%	5,0%
CIAMSA	\$ 3.840.326.000	0,7%	6,0%
DICSA	\$ 900.156.950	N/A	6,0%
INGENIO RIOPAILA	\$ 40.157.825.050	5,4%	6,0%
INGENIO INCAUCA	\$ 49.059.520.300	6,6%	3,6%
INGENIO MANUELITA	\$ 32.854.762.150	6,6%	5,5%
INGENIO PROVIDENCIA	\$ 35.399.300.300	6,6%	6,4%
INGENIO MAYAGÜEZ	\$ 28.732.855.200	6,6%	4,0%
INGENIO LA CABAÑA	\$ 18.419.389.100	6,6%	3,3%
INGENIO PICHICHÍ	\$ 13.399.902.600	6,6%	5,6%
INGENIO RISARALDA	\$ 16.687.376.300	6,6%	6,6%
INGENIO SANCARLOS	\$ 5.361.636.350	6,0%	1,6%
INGENIO CARMELITA	\$ 7.492.501.800	6,6%	5,6%
INGENIO CENTRAL TUMACO	\$ 1.794.514.750	3,3%	6,0%
INGENIO MARÍA LUISA	\$ 2.223.651.850	6,0%	3,4%

4.9. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el mercado relevante

En los recursos de reposición, los investigados manifestaron que la definición del mercado relevante es incorrecta ya que no existiría un único "mercado del azúcar en general" y que, por el contrario, habría distintos mercados abastecidos por diferentes clases de azúcar. Lo anterior, desde la óptica del consumidor en cuanto al uso, sustituibilidad y propiedades físico-químicas del azúcar.

Con base en lo anterior, alegan los recurrentes que varios de los ingenios sancionados se habrían visto particularmente afectados, ya que participarían únicamente en la producción de ciertos tipos de azúcar y no en otros. Así mismo, se afirma que en la Resolución Sancionatoria se modificaron los criterios utilizados por la Delegatura en su Informe Motivado para definir dicho mercado.

También se indica que esta Superintendencia se estaría alejando de los criterios y metodologías de definición del mercado relevante cuando adelanta las actuaciones relacionadas con las concentraciones o integraciones empresariales y abusos de posición de dominio.

Observa esta Superintendencia que la línea argumentativa de los recurrentes sobre este particular, corresponde en esencia a lo ya dicho por ellos en sus escritos de observaciones al Informe Motivado presentado por la Delegatura de Protección de la Competencia.

Para resolver sobre el particular, este Despacho comparte lo expresado por la Delegatura en su Informe Motivado en el que expuso lo siguiente a propósito de la existencia en el mercado de distintos tipos de azúcar:

"Existen diferentes tipos de azúcar, como evidencia la Tabla No. 7. Sin embargo, el producto en sí es el mismo, dado que la molécula principal que lo compone es la sacarosa¹⁵⁷, que otorga a su vez, la principal característica que es el sabor dulce. Así mismo, en cuanto a la textura, todos los tipos de azúcar de caña tienen apariencia granulada y las características de dichos tipos no representan grandes variaciones entre uno y otro, a excepción del color

¹⁵⁷ La sacarosa es un disacárido de glucosa y fructosa que se encuentra libre en la Naturaleza. Se obtiene de la caña de azúcar y de la remolacha: <http://recursos.cnice.mec.es/biosfera/alumno/2bachillerato/biomol/explicasac.htm>, http://www.nlm.nih.gov/cgi/mesh/2006/MB_cgi?mode=&term=Sucrose&field=entry Consulta: 27/abr/15

del azúcar. No obstante lo anterior, sin importar el tipo de azúcar de que se trate, todos son un producto natural apto para el consumo humano (se subraya).

Bajo este panorama, en la Resolución Sancionatoria objeto de la impugnación se dijo lo siguiente:

*"Para este Despacho, contrario a lo afirmado por algunos de los investigados en las observaciones al Informe Motivado, es claro que el mercado relevante afectado con las conductas investigadas está claramente establecido en la Resolución de Apertura (es decir, el azúcar en todas sus presentaciones y calidades), independientemente de que en dicho mercado puedan existir algunas segmentaciones particulares. Lo anterior, en la medida en que las decisiones empresariales y económicas que se investigan en el presente trámite versan sobre el mercado del azúcar en general, sin que las mismas se prediquen de forma particular de algún tipo de azúcar especial. De hecho, el Secretario Técnico del FEPA señaló en testimonio rendido ante esta Entidad que ni siquiera el propio FEPA discrimina entre los tipos de azúcar, cuestión que resulta obvia teniendo en cuenta la naturaleza de commodity de este producto"*¹⁵⁸.

Así mismo, en la Resolución Sancionatoria el Despacho fue claro en indicar que tratándose de prácticas anticompetitivas como los acuerdos o carteles empresariales, en síntesis el mercado relevante se determina metodológicamente por el alcance del propio cartel, es decir, por los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia. Aquí basta reiterar entonces, lo dicho en la Resolución Sancionatoria en cuanto que: *"Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia. Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva, lo que en definitiva significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo"*¹⁵⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que no puede prosperar el argumento esgrimido por los investigados relacionado con que supuestamente la Entidad se habría apartado de los criterios utilizados en casos anteriores, por las razones ya expuestas. También es importante desvirtuar el argumento según el cual, esta Superintendencia, supuestamente, se estaría apartando en esta investigación de las metodologías de determinación del mercado relevante en casos de abusos de posición de dominio o de concentraciones o integraciones empresariales, pues en realidad y aunque suene coloquial, una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa. En efecto, una es la metodología utilizada para determinar el mercado relevante en casos de abusos de posición de dominio o de concentraciones o integraciones empresariales y otra muy distinta la metodología para determinar el mercado relevante afectado por el cartel, pues se reitera, *"el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia"*.¹⁶⁰

Como se señaló, en casos de cartelización empresarial, como el que nos ocupa, la definición del mercado relevante está determinada por los productos o servicios objeto de cartelización, que para el caso objeto de investigación, correspondió al azúcar en general.

De otro lado, en lo que tiene que ver con un tipo especial de azúcar denominado *"fair trade"*, el Despacho reitera lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, al observarse como una exteriorización más del acuerdo obstructivo de los ingenios sancionados y de las entidades vinculadas a ellos como **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**, según lo cual entre la co-cartelista organización gremial **ASOCAÑA** de Colombia y **LAICA** de Costa Rica existiría un *"pacto"* del que se deriva la exigencia de una autorización para el embarque y el posterior envío a Colombia de azúcar de origen costarricense con independencia de qué tipo de azúcar se trata. El tipo de azúcar sobre el cual se quería obstruir su importación en este caso es irrelevante y se plantea por los investigados como un distractor del hecho realmente importante y consistente en que **ASOCAÑA** se atribuyó la facultad de autorizar o desautorizar qué azúcar podía entrar o no al país proveniente de Costa Rica.

¹⁵⁸ Resolución No. 80847 de 2015, págs. 34 y 35.

¹⁵⁹ Resolución No. 80847 de 2015, págs. 34 y 35.

¹⁶⁰ Resolución No. 80847 de 2015, págs. 34 y 35.

Respalda la tesis de un mercado relevante referido al azúcar en general, recordar que cuando los investigados hicieron las reuniones con la industria boliviana tampoco se limitaron a un específico tipo azúcar ni siquiera en la minuta del que se alcanzó a preparar para perfeccionar la compra de excedentes; tampoco se hizo distinción alguna cuando los investigados pretendieron que a Colombia no ingresara un solo grano o gramo de azúcar; o como cuando amenazaron a los bolivianos con "inundar" a ese país de azúcar tampoco dijeron qué tipo de azúcar era el que se utilizaría para tal "inundación"; o como cuando hablaron de un "**PLAN DE ATAQUE A IMPORTACIONES**" de azúcar, tampoco especificaron el tipo de azúcar cuyas importaciones era menester atacar. En este mismo sentido, debe señalarse que la certificación expedida por **CARLA VELDHUYZEN**, Representante Legal de Fairtrade International y su testimonio que acredita que el tipo de azúcar "fair trade" no se produce ni comercializa en Colombia es igualmente irrelevante para efectos de desvirtuar la existencia del cartel empresarial, pues como se dijo, este recae sobre las importaciones de azúcar en general y no sobre un tipo determinado o especial de azúcar. El sistema o *modus operandi*, implicaba el aviso de intenciones de importación, con independencia de si un determinado tipo de azúcar era o no objeto de posible importación a Colombia.

Es claro que todas las pruebas de la obstrucción, provenientes de documentos elaborados, remitidos, suscritos y en general provenientes de los mismos investigados, no hacen distinción de tipos de azúcar y todo lo contrario, ellos mismos –los investigados- han pretendido, en términos generales, que no ingrese un solo grano o gramo de azúcar a Colombia proveniente de otros países, sin que se vea, en esas pruebas, que se hable de hacerlo en relación con un tipo determinado de azúcar, pues se reitera, siempre se habla de azúcar en general. El presente cartel empresarial no se ha limitado, para nada, a un solo tipo de azúcar y por ello, es clarísimo que el mercado relevante es el azúcar en general.

Por lo anterior, la afectación del mercado del azúcar en general se hace latente con ocasión de las conductas concertadas tendientes a obstruir o restringir a los comercializadores mayoristas el acceso a importaciones de azúcar. Al respecto debe anotarse, que los investigados diseñaron e implementaron una estrategia mancomunada o concertada con el objeto de obstruir la entrada no solo de azúcar para la industria como han pretendido hacerlo ver durante la actuación administrativa, sino también del azúcar dirigido a mayoristas, lo que evidencia que en efecto el producto afectado es el azúcar en general.

Es así como en correo electrónico remitido el 26 de diciembre de 2008, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA** afirmó:

*"Esto para mí es clarísimo, pero no debemos perder de vista que **el objetivo es quitarles el azúcar a los mayoristas para que no lo traigan a Colombia, venderlo en el Mercado Internacional y la pérdida (sic) que se genere compensarla con mejor precio en el Mercado Interno**, por el diferencial entre el PPI de Brasil y Bolivia que con los cálculos que hemos hecho se compensaría con creces. Y sabemos que para poder cumplir esta orden de La Junta tenemos que negociar sobre la base de negociación de los Bolivianos (sic) y contra la posibilidad de negociación de los Mayoristas-Importadores de Colombia.*

***Pensar en unir la directriz de La Junta, la forma como negocian los Bolivianos y los precios del Mercado Internacional, como yo lo veo no es posible. Tenemos que perder en un lado, para ganar en otro y que al final para (sic) Industria Azucarera Colombiana en (sic) Balance sea positivo y esto es lo que estamos buscando. (...)**"*¹⁶¹

Como puede observarse, de lo anterior se advierte una implementación de las estrategias para bloquear la entrada de azúcar al país a través del canal de comercialización mayorista, sin distinción sobre el uso o destino final de este *commodity*. Del mismo modo, se observa la intención obstructiva en el canal mayorista en el correo electrónico remitido el 26 de diciembre de 2008¹⁶² por **LUIS**

¹⁶¹ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056270). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis A Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis A Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis A. Jaramillo/RE: Bolivia

¹⁶² Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056255). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis Jaramillo/Bolivia

AUGUSTO JARAMILLO PALACIO, Gerente de **DICSA**, y dirigido a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, afirmando lo siguiente:

"El tema con los Bolivianos (sic) es el siguiente: Tienen alrededor de 5.500 toneladas adicionales, que pueden llegar a ser menos

(...)

Los Mayoristas de Cali, están desesperados buscando azúcar por todas partes y si nosotros no tomamos decisión rápido sobre este azúcar, los bolivianos pueden sentirse en la libertad de vendérsela a ellos y nosotros tenemos la orden de La Junta de comprar lo que sobre en Bolivia y cerrarle la puerta a los importadores. Los mayoristas pueden traer de Brasil, pero les sale más costosa y esos \$6000 de diferencia es lo que queremos ganarnos en el mercado interno (...)"

De lo anterior se advierte con claridad que los ingenios acordaron una estrategia conjunta para obstruir la importación de azúcar -en general- a los importadores mayoristas, toda vez que fue por orden de la misma Junta Directiva que debían comprar los excedentes de azúcar de Bolivia, para ser vendidos en países diferentes de Colombia. Es por ello que, como se dijo en el acto administrativo recurrido, la conducta obstructiva está suficientemente probada en relación con el mercado relevante definido en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, esto es, del azúcar en general.

De otra parte, de ninguna manera puede aceptarse el argumento de la presunta violación del derecho de defensa con la modificación que se hiciera del mercado relevante en la Resolución No. 50925 de 2013¹⁶³, pues como ha quedado acreditado, fue justamente en salvaguardia del derecho de contradicción que se precisó el mercado relevante de producto afectado, ante lo cual, en todo caso, el Despacho le concedió un traslado adicional de veinte (20) días para que solicitaran y aportaran las pruebas que consideraran pertinentes, así como las existentes.

Conclusiones

- Para las actuaciones en las que se investigan conductas anticompetitivas en la modalidad de acuerdos o carteles empresariales como en el caso bajo examen, la delimitación del mercado relevante tiene menor importancia que la requerida en una investigación por abuso de la posición de dominio o el control previo de integraciones empresariales.
- En los casos de investigaciones por acuerdos anticompetitivos, el mercado relevante se determina metodológicamente por el alcance del propio cartel, es decir, por los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia.
- Una es la metodología utilizada para determinar el mercado relevante en casos de abusos de posición de dominio o de concentraciones o integraciones empresariales y otra muy distinta la metodología para determinar el mercado relevante afectado por un cartel.
- La afectación del mercado del azúcar en general se hace latente con ocasión de las conductas tendientes a obstruir o restringir a los comercializadores mayoristas el acceso a importaciones de azúcar.
- Los investigados diseñaron e implementaron una estrategia con el objeto de obstruir la entrada al país no solo de azúcar para la industria, sino también del azúcar dirigido a mayoristas colombianos.
- Respalda la tesis de un mercado relevante referido al azúcar en general, recordar que cuando los investigados hicieron las reuniones con la industria boliviana tampoco se limitaron a un específico tipo azúcar ni siquiera en la minuta del que se alcanzó a preparar para perfeccionar la compra de excedentes; tampoco se hizo distinción alguna cuando los investigados pretendieron que a Colombia no ingresara un solo grano o gramo de azúcar; o como cuando amenazaron a los bolivianos con "inundar" a ese país de azúcar tampoco dijeron qué tipo de azúcar era el que se utilizaría para tal "inundación"; o como cuando hablaron de un "**PLAN DE ATAQUE A**

¹⁶³ Mediante el Artículo Tercero de la Resolución No. 50925 de 2013, se otorgó a los investigados un término de veinte (20) días para solicitar o aportar las pruebas que pretendieran hacer valer, ofrecer garantías y presentar descargos.

IMPORTACIONES" de azúcar, tampoco especificaron el tipo de azúcar cuyas importaciones era menester atacar.

4.10. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con que la Superintendencia de Industria y Comercio reprochó su legítima preocupación en relación con la entrada de azúcar importada a Colombia

Varios de los investigados manifestaron en los recursos de reposición su inconformidad con el hecho de que, a su parecer, la Superintendencia de Industria y Comercio haya censurado como ilegal su preocupación en relación con las importaciones de azúcar al mercado colombiano. Al respecto, afirmaron que sus preocupaciones por el incremento de importaciones manifestadas en escenarios como los Comités Directivos del FEPA o en el seno de ASOCAÑA, CIAMSA y DICSA son totalmente legítimas y están dirigidas a proteger al sector azucarero de las distorsiones externas del mercado del azúcar.

En relación con este aspecto el Despacho advierte que, en efecto, la Resolución Sancionatoria valoró varias pruebas obrantes en el expediente que daban cuenta de que históricamente ha existido una constante preocupación por parte de los investigados en relación con el azúcar proveniente de países con capacidad para exportar este producto hacia Colombia

Dichas pruebas corresponden principalmente a actas del Comité Directivo del FEPA, correos electrónicos cruzados entre los investigados en los diferentes escenarios comunes como CIAMSA, DICSA y ASOCAÑA y correos electrónicos circulados entre los propios ingenios investigados, así como varios documentos internos de los investigados recaudados durante la actuación administrativa, que contienen manifestaciones relacionadas con que las importaciones de azúcar son consideradas como una amenaza para su estabilidad y un problema que debe ser solucionado.

Desde hace varios años, inclusive décadas, ha existido una gran preocupación de los ingenios azucareros por las consecuencias que para el mercado interno genera el ingreso de azúcar de otros países hacia Colombia. En la Resolución Sancionatoria se hizo mención a varias pruebas que obran en el expediente, entre ellas, el documento denominado "**PLAN DE ATAQUE A IMPORTACIONES**" y encontrado en un computador de INGENIO RIOPAILA CASTILLA en el curso de una visita administrativa de inspección realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio. Dicho documento, elaborado por LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO en el año 2003, y quien a la postre se convertiría en Gerente de DICSA (año 2006). En efecto, el documento denominado "**PLAN DE ATAQUE A IMPORTACIONES**" devela un plan, una estrategia, que se llevaría a cabo a través de decisiones rápidas para evitar convocar a la Junta de Productores y devela también que todos los ingenios habrían aceptado la participación en el "programa de Ataque a las Importaciones".

Veamos:

"PLAN DE ATAQUE IMPORTACIONES

(...)

El objetivo del programa tiene éxito dependiendo de la rapidez como se tomen las decisiones de precio, de manera que nos permitan atacar las importaciones de azúcar de un momento a otro, sin darle mucho espacio a los importadores para que actúen. Esto exige que en ciertos momentos no se pueda esperar a una Junta de Productores para tomar la decisión de cambio de precio, sino que debe ser en forma inmediata.

Para obviar esto, el precio definido en una Junta podrá ser autorizado de cambio (hacia abajo o hacia arriba) por el Presidente de La Junta de Exportadores, ante la recomendación de quien dirige el programa, luego de presentar las razones y de demostrar los hechos, que soporten la solicitud de cambio de precio. Estos cambios serán informados en la siguiente Junta de Productores que tenga lugar.

(...)

Hasta el momento todos los Ingenios han aceptado la participación en el programa de Ataque a las Importaciones, pero puede suceder que en un momento del programa, algún Ingenio por cualquier razón manifieste su deseo de no seguir participando y entonces en ese momento se debe tomar una decisión.

Cuando una situación de estas ocurra, los compromisos adquiridos hasta ese momento deben ser cumplidos y se debe llevar a la próxima Junta de Productores o

*citar a una Junta Extraordinaria para tratar el tema como de especial importancia y tomar una decisión al respecto, en donde haya la participación de todos los Ingenios. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en La Junta de Productores, se recomienda tener un mecanismo (póliza de cumplimiento, un pagaré o el que la junta decida) de carácter legal, que obligue al cumplimiento de los compromisos."*¹⁶⁴

Es importante también mencionar que el creador de dicho documento, **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO**, fue posteriormente designado Gerente de **DICSA** y es precisamente quien se pone al frente de las misiones y visitas posteriores a Bolivia y a otros países de Suramérica (que aquí se ha denominado como la Gira Suramericana), junto con **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) que precisamente se efectuaron para materializar o concretar la conducta de obstrucción de importaciones sancionada por objeto, como más adelante se detalla. En ese sentido, resta importancia el hecho de que **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** para el año 2003 no fungiera como Gerente de **DICSA**, pues lo cierto es que después sí lo fue y estuvo directamente a cargo de ejecutar algunas labores dentro del cartel empresarial a favor de todos los co-cartelistas, lo que lo involucra tanto a él como a **DICSA**.

De hecho, en un correo electrónico del 18 de marzo de 2008 enviado por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIOS** (Gerente de **DICSA**) a **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente General de **INGENIO MANUELITA**), **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **CÉSAR AUGUSTO ARANZO ISAZA** (Gerente de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General **INGENIO SANCARLOS**), **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) quien posteriormente fue Presidente de **CIAMSA**, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **GERMÁN JARAMILLO** (funcionario de **INGENIO LA CABAÑA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**), **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÚEZ**), **SILVIO FERNANDO QUINTERO** (funcionario de **INGENIO PICHICHÍ**), se encontró que el remitente alertaba a los destinatarios del correo electrónico que el Gobierno Nacional hubiera autorizado a **DINPRO LTDA**, el mayor importador de azúcar, para actuar como Usuario Aduanero Permanente.

Dice el correo electrónico del 18 de marzo de 2008:

"De: Luis Augusto Jaramillo [mailto:Lajaramillo@ciamsa.com]

Enviado el: Martes, 18 de Marzo de 2008 11:12 a.m.

Para: jmund@asocana.com.co; lflondono@asocana.com.co; al.velez@manuelita.com;
Bernardo Quintero Balcazar; caai@ingeniorisaralda.com;
cmartinez@ingeniosancarlos.com.co; cmira@ingeniocarmelita.com;
gerenciageneral@centumaco.com.co; gjaramillo@ingeniolacabana.com;
gortiz@ingprovidencia.com; hceron@telesat.com.co; j.vargas@ingeniomarialuisa.com;
jlulle@incauca.com; jromero@ingeniolacabana.com; miragorri@ingeniomayaguez.com;
sfquintero@ingeniopichichi.com

Asunto: Nueva UAP

Doctores: Les informo que La Empresa Dinpro Ltda, el mayor importador de azúcar en el 2.007 (25,28 % Del total de 163.950 tons), fue autorizada mediante la resolución N° 1791 del 22 de Febrero de 2.008 para actuar como Usuario Aduanero Permanente (UAP) y con oficio N° 200050-0002300 del 5 de Marzo de 2.008, fue certificada la respectiva póliza, por parte de la División de Registro y Control de la Subdirección de Comercio exterior.

Atte. Luis Augusto Jaramillo"

¹⁶⁴ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC. RUTA DE ACCESO (50221): IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS]/[root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR2/CR2_CD22_F715/Riopaila Castilla - 4 y 5 oct 2010 (DVD 4 de 9)/Olga LucÁa Echeverry - Secretaria Presidencia (2 de 5)/Archivos/info presidencia/Info Presidencia/HAROLD CERON/PLAN ATAQUE IMPORTACIONES.doc

A esta comunicación contestó **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) mediante un correo electrónico del 19 de marzo de 2008 dirigido a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIOS** (Gerente de **DICSA**), **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente General de **INGENIO MANUELITA**), **CÉSAR AUGUSTO ARANZO ISAZA** (Gerente de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General **INGENIO SANCARLOS**), **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) quien posteriormente fue Presidente de **CIAMSA**, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **GERMÁN JARAMILLO** (funcionario de **INGENIO LA CABAÑA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**), **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), **SILVIO FERNANDO QUINTERO** (funcionario de **INGENIO PICHICHÍ**). El texto del correo expresa su descontento con la noticia de que **DINPRO LTDA** hubiera obtenido el mencionado permiso como Usuario Aduanero Permanente, utilizando las expresiones "seguimos en la fría piscina de la competencia", así:

"Original Message ----

From: Bernardo Quintero Balcazar <mailto:bquintero@riopaila-castilla.com>

To: Luis Augusto Jaramillo <mailto:Lajaramillo@ciamsa.com> ; jmunda@asocana.com.co ;
lflondono@asocana.com.co ; al.velez@manuelita.com ; caai@ingeniorisaralda.com ;
cmartinez@ingeniosancarlos.com.co ; cmira@ingeniocarmelita.com ;
gerenciageneral@centumaco.com.co ; gjaramillo@ingeniolacabana.com ;
gortiz@ingprovidencia.com ; hceron@telesat.com.co ; j.vargas@ingeniomarialuisa.com ;
jlulle@incauca.com ; jromero@ingeniolacabana.com ; miragorri@ingeniomayaguez.com ;
sfquintero@ingeniopichichi.com

Sent: Wednesday, March 19, 2008 9:45 AM

Subject: RE: Nueva UAP

Bueno, seguimos en la fría piscina de la competencia.

Atte

B Quintero"

Posteriormente, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) dio respuesta enviando correo electrónico del 19 de marzo de 2008 a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIOS** (Gerente de **DICSA**), **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente General de **INGENIO MANUELITA**), **CÉSAR AUGUSTO ARANZO ISAZA** (Gerente de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General **INGENIO SANCARLOS**), **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) quien posteriormente fue Presidente de **CIAMSA**, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **GERMÁN JARAMILLO** (funcionario de **INGENIO LA CABAÑA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**), **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), **SILVIO FERNANDO QUINTERO** (funcionario de **INGENIO PICHICHÍ**). En dicho correo el remitente **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) se lamenta igualmente de la situación expuesta, esto es, de la potencial amenaza que les representaba a todos los destinatarios de la comunicación el hecho de que un importador de azúcar obtuviera unos permisos como "Usuario Aduanero Permanente", y de estar manera verse obligados a entrar en una dinámica de competencia con dicho importador, lo cual sugiere de contera que no es la dinámica que opera en el mercado entre los destinatarios del correo:

"De: Santiago Salcedo [mailto:gerenciageneral@centumaco.com.co]

Enviado el: Miércoles, 19 de Marzo de 2008 10:49 a.m.

Para: Bernardo Quintero Balcazar; Luis Augusto Jaramillo; jmunda@asocana.com.co;
lflondono@asocana.com.co; al.velez@manuelita.com; caai@ingeniorisaralda.com;
cmartinez@ingeniosancarlos.com.co; cmira@ingeniocarmelita.com;

gjaramillo@ingeniolacabana.com; gortiz@ingprovidencia.com; hceron@telesat.com.co;
j.vargas@ingeniomarialuisa.com; jlulle@incauca.com; jromero@ingeniolacabana.com;
miragorri@ingeniomayaguez.com; sfquintero@ingeniopichichi.com
Asunto: Re: Nueva UAP

Ya caímos en esa piscina y allí estaremos por siempre jamás.

Mirar para atrás solo nos generará nostalgia y eventualmente sentimientos de culpa,

Santiago Salcedo Borrero". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) mediante un correo electrónico del 23 de marzo de 2008 reacciona al texto anterior de **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) y lo dirige también a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIOS** (Gerente de **DICSA**), **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente General de **INGENIO MANUELITA**), **CÉSAR AUGUSTO ARANZO ISAZA** (Gerente de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General **INGENIO SANCARLOS**), **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) quien posteriormente fue Presidente de **CIAMSA**, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **GERMÁN JARAMILLO** (funcionario de **INGENIO LA CABAÑA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**), **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), **SILVIO FERNANDO QUINTERO** (funcionario de **INGENIO PICHICHÍ**). El remitente en este caso, **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), plantea a los destinatarios una alternativa para enfrentar la situación y, al hacerlo, deja rastro expreso de la "práctica histórica de restringir la oferta", expresión que en el contexto de los correos electrónicos que anteceden está asociado claramente a los esfuerzos que hacían para obstruir las importaciones, pues es precisamente el hecho de que se otorgue un permiso a un importador como Usuario Aduanero Permanente con el que tendrían que competir, lo que desata todas las comunicaciones circuladas entre ellos.

El texto del correo indica:

De: Bernardo Quintero Balcazar [mailto:bquintero@riopaila-castilla.com]

Enviada: dom 23/03/2008 7:53

Para: Santiago Salcedo; Luis Augusto Jaramillo; Juana María Unda Bernal; Luis Fernando Londoño Capurro; al.velez@manuelita.com; caai@ingeniorisaralda.com; cmartinez@ingeniosancarlos.com.co; cmira@ingeniocarmelita.com; gjaramillo@ingeniolacabana.com; gortiz@ingprovidencia.com; hceron@telesat.com.co; j.vargas@ingeniomarialuisa.com; jlulle@incauca.com; jromero@ingeniolacabana.com; miragorri@ingeniomayaguez.com; sfquintero@ingeniopichichi.com
Assunto: RE: Nueva UAP

Así será el futuro; tenemos que encontrarle la ventaja, pues no puede ser todo malo.

¿Será que podemos aumentar el consumo per cápita, que fué **tan golpeado por la práctica histórica de restringir la oferta?**

atte

B Quintero

Corolario de esta cadena de comunicaciones, **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), quien había sido copiado de todos los correos electrónicos anteriores, envía correo electrónico a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y a **CÉSAR AUGUSTO ARANZO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) en el que expresa su aprobación sobre la iniciativa de incrementar el consumo *per capita* "tan golpeado por la práctica histórica de restringir la oferta", al tiempo que propone tratar la problemática discutida en los correos en una reunión de productores de azúcar, esto es, de los ingenios azucareros, lo cual evidencia la participación tanto de **ASOCAÑA** como de su presidente y representante legal **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO**, en la conducta de obstrucción de importaciones, al punto de ofrecer al gremio como escenario para su discusión.

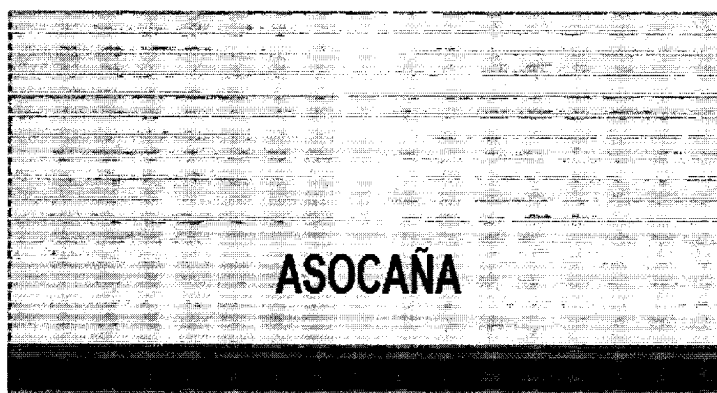
"De: Luis Fernando Londoño Capurro [mailto:lfondono@asocana.org]
Enviado el: Domingo, 23 de Marzo de 2008 05:04 p.m.
Para: Bernardo Quintero Balcazar
CC: caai@ingeniorisaralda.com
Asunto: RES: Nueva UAP

Por allí es ques ques. Debemos tomar decisiones sobre el particular.
He,os estado analizando el tema con base en el Estudio de Quantas y las Sugerencias de los Gerentes Comerciales.
Es pero que lo tratemos en la reunion de Productores.
Saludos

Del análisis de los diferentes correos electrónicos antes citados, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra, sin asomo de duda, que los ingenios aquí investigados directamente y con el concurso de **CIAMSA**, **DICSA** y **ASOCAÑA**, presentan un comportamiento coordinado, común, en conjunto y con unidad de propósito propio de co-cartelistas miembros de un cartel empresarial, mucho más allá del planteamiento de preocupaciones legítimas sobre los fenómenos que afectan al sector.

Así se desprende, además, de una presentación en *PowerPoint* del 8 de junio de 2010 circulada como anexo de un correo electrónico enviado por **JOHAN MARTÍNEZ** (funcionario de **ASOCAÑA**), a **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **CLAUDIA XIMENA CALERO** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **JORGE ERNESTO REBOLLEDO** (funcionario de **ASOCAÑA** y Secretario General del **FEPA**), **ALEXANDER CARVAJAL CUENCA** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **NATALIA JARAMILLO** (funcionaria de **ASOCAÑA**), **JOSUÉ PELAÉZ GUEVARA** (funcionaria de **ASOCAÑA**) y **CARMEN LUCÍA ASTUDILLO** (funcionaria de **ASOCAÑA**), todos funcionarios de la misma asociación gremial aquí investigada **ASOCAÑA**, denominada "**ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8**" (VI-8 es junio 8 de 2010) y que en diferentes diapositivas da cuenta de la ocurrencia del acuerdo anticompetitivo en las modalidad de cartel empresarial para bloquear las importaciones de azúcar al país. El documento **DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO GREMIAL - ASOCAÑA (junio 8 de 2010)**, es el siguiente:

Presentación PowerPoint "**ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8**"
Diapositiva 1



DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO GREMIAL
DOCUMENTO EN CONSTRUCCIÓN
JUNIO 8, 2010

CARLOS PIZANO MALLARINO
Consultoría Organizacional

Advierte el Despacho que en la diapositiva 8 de la Presentación *PowerPoint* "**ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8**" que corresponde a una presentación sobre el **DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO GREMIAL ASOCAÑA**, se señala que el "potencial de complementación" con **CIAMSA**, una sociedad supuestamente independiente, consiste precisamente en el desarrollo de los mercados cuyo acceso se haya logrado a través de negociaciones internacionales.

Presentación PowerPoint "**ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8**"
Diapositiva 8

ANÁLISIS DEL ENTORNO: CARACTERIZACIÓN DE LOS ACTORES:	
CIAMSA	
IDENTIFICACIÓN	SOCIEDAD DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL DE AZÚCARES Y MIELES SA.
ÁREAS PRIORITARIAS DE ACCIÓN	EFICIENCIA LOGÍSTICA, EXPORTACIONES, COBERTURAS, INTELIGENCIA DE MERCADOS, IMPORTACIÓN DE FERTILIZANTES
MODELO DE INTERVENCIÓN	CUOTAS DE SOSTENIMIENTO DE LOS ACCIONISTAS Y TRABAJO AL COSTO VARIABLE
SINGULARIDAD DIFERENCIACIÓN	VEHÍCULO PARA SUS ACCIONISTAS PARA LOGRAR ESCALA Y ALTOS ESTÁNDARES DE COMPETITIVIDAD
COMPETENCIAS DISTINTIVAS	EXCELENCIA OPERACIONAL, COLOCACIÓN DE AZÚCAR CON PRECIOS Y CONDICIONES ADECUADAS
ACTIVOS ESTRATÉGICOS	TRAYECTORIA Y REPUTACIÓN CON CLIENTES, IMPORTADORES, INFRAESTRUCTURA LOGÍSTICA, BASE DE ACCIONISTAS PRODUCTORES
POTENCIAL DE COMPLEMENTACIÓN CON ASOCIADA	DESARROLLO DE LOS MERCADOS CUYO ACCESO SE HAYA LOGRADO A TRAVÉS DE NEGOCIACIONES INTERNACIONALES, GENERACIÓN POR CAUSA DE INFORMACIÓN ÚTIL SOBRE MERCADOS
QUÉ OFRECE ASOCIADA	GESTIÓN

Por su parte la diapositiva 27 de la Presentación de PowerPoint en comentario, destaca dentro del título **"AMENAZAS Y OBSTÁCULOS PRINCIPALES PARA EL SECTOR AZUCARERO COLOMBIANO 2010-2015"**, como una de las amenazas y obstáculos del sector **"el mercado regional cada vez más excedentario"** para lo cual se propone **"promover comercialización internacional conjunta por fuera de la CAN"**, asuntos que como ya se ha mencionado reiteradamente en el presente acto administrativo, coinciden precisamente con las gestiones realizadas por los investigados en diferentes visitas a países de la región con producción excedentaria de azúcar como Bolivia, que fueron hechas por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Presidente de DICSA) en nombre de la **"Industria Azucarera Colombiana"**, como un bloque.

**Presentación PowerPoint "ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8"
Diapositiva 27**

AMENAZAS Y OBSTÁCULOS PRINCIPALES PARA EL SECTOR AZUCARERO COLOMBIANO 2010-2015 (1/3)	
AMENAZAS	ACCIONES NECESARIAS
COMPETITIVIDAD INTERNACIONAL, COSTOS DE PRODUCCIÓN, TASA DE CAMBIO, MARCO REGULATORIO INADECUADO PARA CONDICIONES DE COMPETENCIA IMPERFECTA	INFORMACIÓN Y REFERENCIACIÓN SOBRE COSTOS Y MEJORES PRÁCTICAS FORTALECER OENSAÑA TRABAJO CON GOBIERNO Y BR/FA/AM/IVIR APRECIACIÓN DE LA TASA DE CAMBIO PROPONER AJUSTES AL REQUERIMIENTO DE COMPETENCIA
INFRAESTRUCTURA DEPICIENTE	GESTIÓN CON OTROS ORGANISMOS DOBLE CALZADA EXISTENTE INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA DEL OESTE, DRINAJE Y ADECUACIÓN DEL PUERTO DE BUENAVENTURA PUERTO DE BUENAVENTURA ADECUADO CON EL MEDIO AMBIENTE PROMOVER MEJORA DE INFRAESTRUCTURA Y OPERACIÓN DE CAMBIO PREVENCIÓN DE INCONTINENTACIÓN
FRONTERA AGRÍCOLA LIMITADA EN EL VALLE	MEJORAMIENTO DE LA PRODUCTIVIDAD
GENERACIÓN POTENCIAL DE NUEVA OFERTA AZUCARERA POR AMPLIACIÓN DE LA FRONTERA AGRÍCOLA, ENTRADA DE NUEVOS JUGADORES Y DIFÍCIL CONSENSO SOBRE POLÍTICAS	GESTIÓN PRODUCTIVA DE ASOCAÑA CON NUEVOS ACTORES PARA INCLUIRLOS
MERCADO REGIONAL CADA VEZ MÁS EXCEDENTARIO	PROMOVER COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL CONJUNTA POR FUERA DE LA CAN
TENDENCIA A REDUCIR ARANCELES Y CREACIÓN DE NUEVAS FORMAS DE PROTECCIÓN	DEFENSA DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN CENTRO DEL MARCO DEL SECTOR AZUCARERO

También demostrativo de que sus actuaciones resultaban de lejos mucho más que el simple planteamiento de una preocupación legítima sobre el fenómeno de las importaciones de azúcar a Colombia, es que los investigados, incluso, consideraron y concibieron la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** con el fin de asumir el control de los excedentes de azúcar que hubiere en la región y que pudieran importarse a Colombia con el fin de impedir su entrada, para, en palabras de los propios investigados, continuar con la **"práctica histórica de restringir la oferta"**.

En efecto, tal y como da cuenta el Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**¹⁶⁵, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO**

¹⁶⁵ Folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC. RUTA DE ACCESO

PROVIDENCIA), HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ (Presidente y Representante Legal de INGENIO RIOPAILA CASTILLA), como miembros principales de junta; CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA (Gerente General de INGENIO RISARALDA), CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ (Gerente General de INGENIO SANCARLOS), ANDRÉS REBOLLEDO COBO (Gerente General de INGENIO PICHICHÍ), JAIME VARGAS LÓPEZ (Gerente de INGENIO CARMELITA), JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO (Gerente de INGENIO LA CABAÑA), como miembros suplentes de junta; JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ (Presidente de INGENIO INCAUCA), RAMIRO ALVARÉ (funcionario de INGENIO CENTRAL TUMACO), CARLOS EDUARDO QUINTERO (Representante Legal Suplente de INGENIO MAYAGUÉZ) e IVÁN ALBERTO POSSE PRATT (Gerente Comercial de INGENIO MANUELITA) como invitados; CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de CIAMSA), CARLOS A. LUNA (funcionario de CIAMSA), FERNANDO VERGEZ, MAURICIO VELÁSQUEZ (funcionario de CIAMSA) y SOFIA STROH (funcionaria de CIAMSA). Como se verá más adelante, fue en esta reunión en donde se propuso la creación de CIAMSA INTERNACIONAL como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región, razón por la cual, para el Despacho es de importancia notar la asistencia de muchos de los ingenios investigados en esta Junta Directiva, incluso de representantes de ingenios que ni siquiera tenían silla o representación formal en la Junta Directiva,



Acta No. 759

ACTA 759

En Cali, a los 28 días del mes de junio de 2010, siendo las 08:00 AM. en la sede social de la empresa ubicada en la Av. 3ª A Norte Nro. 56 N – 32. previa convocatoria efectuada de acuerdo con los estatutos, se reunió en sesión ordinaria, la Junta Directiva de la sociedad C.I. DE AZUCARES Y MIELES S.A. sigla: CIAMSA.

ASISTENTES:

Principales: Gonzalo Ortiz, Harold Cerón

Suplentes: César Augusto Arango, Carlos Alberto Martínez, Andres Rebolledo, Jaime Vargas, Juan Cristóbal Romero.

Invitados: Juan José Lülle, Ramiro Alvaré, Carlos Eduardo Quintero, Iván Posse.

Por CIAMSA: Carlos Mira, Carlos A. Luna, Fernando Vergez, Mauricio Velasquez, Sofia Stroh.

PRESIDENTE: Gonzalo Ortiz. **SECRETARIA:** Sofia Stroh.

ORDEN DEL DIA:**1. VERIFICACIÓN DEL QUÓRUM**

La secretaria informó que se constituía quórum para deliberar y decidir, por lo que se dio comienzo a la reunión.

2. APROBACIÓN ACTA 758.

El acta 758 correspondiente a la reunión del 24 de mayo de 2010, fue oportunamente enviada a los Directores. Al ponerse a su consideración el texto de la mencionada acta, los Directores la aprobaron por unanimidad.

3. INFORME DEL PRESIDENTE

a) Avances Planeación estratégica CIAMSA

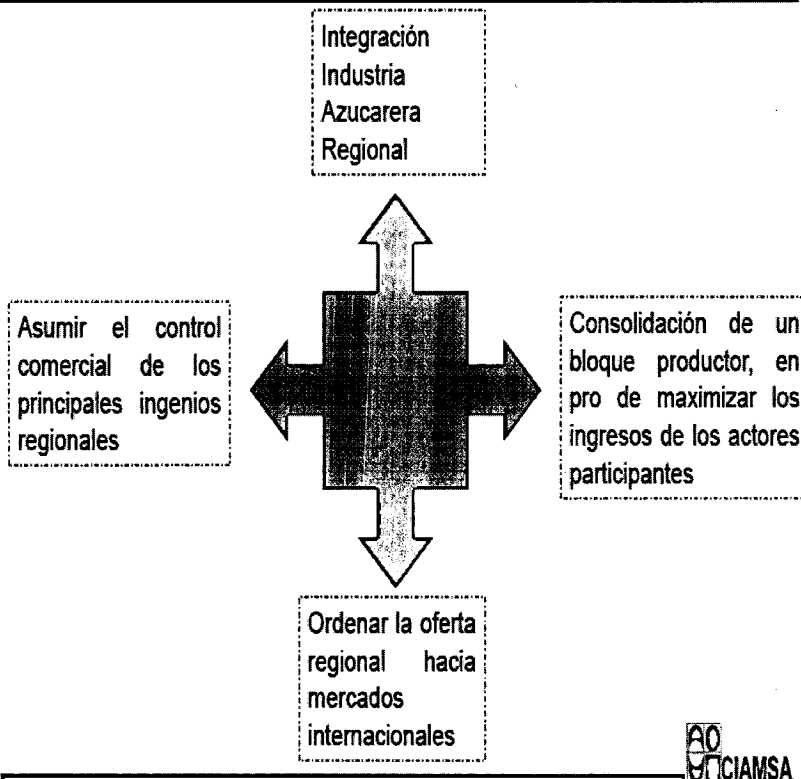


De otro lado, en las siguientes diapositivas del Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de CIAMSA antes mencionada, se pueden advertir claramente entre los objetivos buscados por la creación de CIAMSA INTERNACIONAL, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria: "(i) asumir el liderazgo de la industria azucarera regional; (ii) permitir un mayor control de las operaciones comerciales hacia Colombia; y (iii) maximizar los ingresos vía mejor posición negociadora y generar mayor control sobre el mercado local (Colombia). Dichos objetivos, aunados a las pruebas restantes contenidas en el presente acto administrativo, comportan una evidencia contundente de la preocupación de los investigados por las implicaciones de permitir la entrada de azúcar importada al país y de su firme intención para controlar la oferta regional y bloquear su ingreso a Colombia".

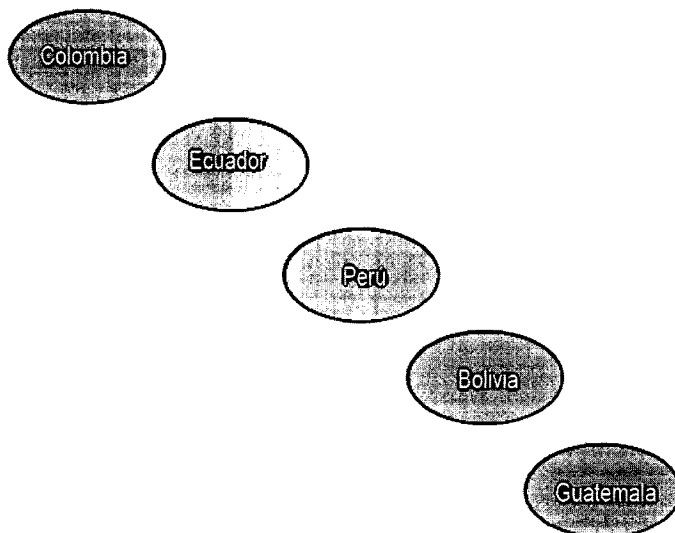
Obsérvese, la calidad de objetivos en la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** con injerencia en Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Guatemala:

- Integración Industria Azucarera Regional.
- Asumir el control comercial de los principales ingenios regionales.
- Ordenar la oferta regional hacia mercados internacionales.
- Consolidación de un bloque productor, en pro de maximizar los ingresos de los actores participantes.

OBJETIVO CREACION CIAMSA INTL



PAISES PARTICIPANTES



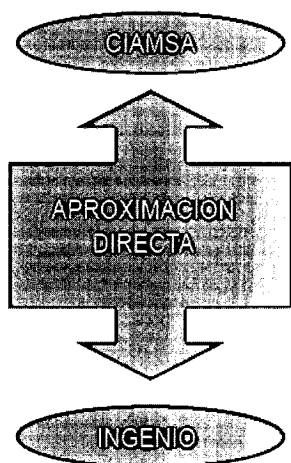


VEHICULO JURIDICO

- Creación sociedad por acciones en Panamá, aprovechando los beneficios tributarios, cambiarios, entre otros.
- CIAMSA operaría y administraría la sociedad con su grupo comercial, logístico y operativo de Cali, servicios que se cobrarían.
- Se constituiría una junta directiva conformada por los actores participantes.
- Una vez se definan los participantes se determinara el plan de negocios para valorizar el valor por acción de cada accionista.



ESTRATEGIA PARA LA CONSOLIDACION



- Se presentara propuesta a asociaciones o agremiaciones locales de los distintos países prospectos relacionadas con la industria azucarera.

- Se efectuaran visitas a todos los ingenios por país a través de una aproximación uno a uno.



Bajo este contexto es importante aclarar la confusión de los investigados, toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento reprochó o consideró ilegal que hubieran manifestado su preocupación frente a la importación de azúcar al mercado colombiano, pues como bien lo afirman en los recursos de reposición, dicha preocupación es legítima y no puede ser reprochada de manera alguna.

Sin embargo, lo que en el presente caso sí se consideró ilegal por constituir un acuerdo restrictivo de la competencia, fue la manera coordinada, concertada e ilegal mediante la cual los investigados decidieron enfrentar dicha preocupación, esto es, una estrategia fraguada para bloquear a toda costa

las importaciones, mediante los actos abiertamente censurables e ilegales expuestos en detalle en la Resolución Sancionatoria, dirigidos a obstruir las importaciones de azúcar proveniente de países de la región, y al menos desde Bolivia, Guatemala, El Salvador y Costa Rica, y no la preocupación legítima de los investigados producto de la fuerte competencia que implicaba la llegada de importaciones de azúcar al país.

En esa medida, las pruebas y el análisis del Despacho en relación con la preocupación legítima de los investigados por las importaciones de azúcar antes que un reproche y un examen sobre su legalidad, obedeció a la exposición de una serie de elementos propicios para recrear el contexto en el que se llevó a cabo la práctica concertada y colusoria debidamente demostrada por esta Superintendencia. Se trató en últimas de unas pruebas de contexto que, analizadas en conjunto con las demás evidencias que obran en el expediente, le permitieron a la Superintendencia de Industria y Comercio, con la mayor facilidad, llegar al convencimiento, en grado de certeza, que los investigados incurrieron en la práctica ilegal de cartelización empresarial por haber concertado un acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

El mismo análisis puede predicarse de otras pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria, tales como la referencia a la intención de los investigados de buscar que el Gobierno Nacional aumente o mantenga las medidas de protección para el sector, o el Acta No. 802 del 25 de octubre de 1994 de **INGENIO MANUELITA**, las cuales, como se dijo, hacen parte del contexto y antecedentes del caso elaborado por el Despacho para introducir la exposición de las prácticas comerciales ilegales realizadas por los investigados durante varios años.

En este estado del análisis, el Despacho aprovecha para pronunciarse respecto del argumento de que no puede dársele valor probatorio al Acta de **INGENIO MANUELITA** señalada. Este Despacho advierte a los recurrentes que de ninguna manera puede aceptarse una tesis tan exótica como la de que las únicas pruebas admisibles son las que corresponden cronológicamente a un determinado tiempo, pues la Entidad puede valorar todas las pruebas que a bien tenga, incluso las anteriores al periodo investigado para fundamentar su decisión y construir el contexto del caso, pues se reitera, son pruebas de contexto. Es inadmisibles que los recurrentes sugieran que están vetadas para la Entidad pruebas a partir de cierto año, así estas obren en el expediente y hayan sido regular y oportunamente arrimadas al mismo. Por ejemplo, esta prueba en particular es tan pertinente para el presente caso que demuestra que la preocupación de **INGENIO MANUELITA** frente a las importaciones venía desde hace por lo menos 20 años, lo cual aporta elementos para explicar la racionalidad económica del acuerdo anticompetitivo sancionado y su decisión de hacer parte de un cartel empresarial junto con muchos otros co-cartelistas que aquí y para estos efectos se han denominado "*Industria Azucarera Colombiana*" como un bloque.

Por las anteriores razones, deben ser rechazados los argumentos sobre el supuesto reproche de la Superintendencia de Industria y Comercio por la preocupación de los investigados en relación con las importaciones de azúcar a Colombia, en tanto que dicha preocupación no fue expuesta en la Resolución Sancionatoria como un reproche de ilegalidad, sino como un contexto de la conducta que desarrollaron los investigados para enfrentarla de manera concertada y coordinada a través de un cartel empresarial, la cual sí fue demostrada como abiertamente reprochable e ilegal.

En otras palabras, resulta legítimo que empresarios del sector azucarero, al igual que empresarios de cualquier otro sector de la economía colombiana, se preocupen por circunstancias tales como las importaciones que de un determinado producto puedan llegar al país, por los efectos negativos de un incremento en la tasa de cambio de una moneda extranjera, barreras al comercio que pretendan implementarse en otros países para evitar que sus productos ingresen, del aumento del salario mínimo de los empleados en Colombia, de los precios de los insumos o del combustible, de los costos del transporte, de la precariedad de la infraestructura o de cualquier otra condición que impacte a sus negocios, pero de ninguna manera resulta admisible que para contrarrestar, neutralizar o compensar esos efectos, competidores puedan concertarse, coludirse o cartelizarse para crear condiciones artificiales de mercado. Eso es lo que el Despacho ha reprochado en este caso.

La identificación de esa preocupación es parte del móvil que sirvió de elemento para la estructuración del cartel empresarial sancionado. Como conclusión entonces, debe señalarse que, una preocupación legítima de varios competidores en un sector de la economía, no hace legítimo la constitución de un cartel empresarial o de un mecanismo ilegal para neutralizar o contrarrestar esa preocupación.

Conclusiones

- La Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento reprochó o consideró ilegal que los investigados hubieran manifestado su preocupación frente a la importación de azúcar al mercado colombiano, pues como bien lo afirman los recursos de reposición, dicha preocupación es legítima y no puede ser reprochada de manera alguna. Lo que se consideró ilegal fue la manera coordinada, coludida y concertada mediante la cual los investigados decidieron enfrentar dicha preocupación, esto es, a través de una estrategia para bloquear a toda costa las importaciones a través de un cartel empresarial.
- Resulta legítimo que empresarios del sector azucarero, al igual que empresarios de cualquier otro sector de la economía colombiana, se preocupen por una variedad de circunstancias que los afectan, pero de ninguna manera resulta admisible que para contrarrestar, neutralizar o compensar esos efectos, competidores puedan cartelizarse para crear condiciones artificiales de mercado.

4.11. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el artículo séptimo de la Resolución Sancionatoria y la violación del principio *Non bis in idem*

Algunos investigados manifestaron en sus recursos de reposición que el **ARTÍCULO SÉPTIMO** de la Resolución Sancionatoria que ordena remitir copia de la misma a la Delegatura para la Protección de la Competencia con el fin que se evalúe si hay mérito para iniciar una averiguación preliminar encaminada a determinar si hubo una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, debe ser revocado porque desconoce el principio de *Non bis in idem*, pues el Despacho ya se ha pronunciado sobre dicha violación.

Frente a este argumento, el Despacho debe reiterar lo señalado en la Resolución Sancionatoria, en el sentido que la imputación de la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) no se realizó por una infracción en particular e independiente, sino en conjunto con la violación de los numerales 4 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que en la actuación administrativa no fue investigada conducta alguna violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como una infracción particular e independiente, no puede predicarse que se violó el principio de *Non bis in idem* al ordenar remitir copia de la Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia, con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una averiguación preliminar encaminada a determinar si los investigados infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La remisión ordenada en el **ARTÍCULO SÉPTIMO** de la Resolución Sancionatoria obedeció a que se encontró que los investigados, a través del **FEPA**, estarían compartiendo información sensible sobre producción, ventas, derechos en el mercado interno e incumplimiento de cuotas. Este intercambio de información, si bien fue analizado como parte de las conductas investigadas, no encaja por sí solo dentro de los supuestos de hecho de los cargos inicialmente imputados (reparto de cuotas de producción o suministro y obstrucción de importaciones), por lo que no podía esta Entidad imponer sanciones en relación con el intercambio de información como una conducta autónoma trasgresora del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Por lo anterior, en la medida en que dicha conducta no fue investigada como una infracción independiente, en la Resolución No. 80847 de 2015 se decidió remitir la decisión a la Delegatura para que evaluara si existía mérito para iniciar una averiguación preliminar encaminada a determinar si con el intercambio de información, como una conducta autónoma, los investigados infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

No obstante lo anterior, este Despacho revocará el **ARTÍCULO SÉPTIMO** de la Resolución Sancionatoria, teniendo en cuenta que el análisis de las pruebas obrantes en el expediente y, en especial, de las resoluciones del Comité Directivo del **FEPA**, permite advertir que si bien resulta preocupante que los investigados compartan información sensible, este intercambio de información es una consecuencia más de la desnaturalización del **FEPA** advertida en la Resolución Sancionatoria, pero que no es hoy posible investigar y sancionar en virtud del artículo 31 de la Ley 1340 de 2009. Por consiguiente, al estar el intercambio de información, hoy día, cobijado por la ejecución del mecanismo de intervención del **FEPA** no puede dar lugar a sanciones por la autoridad de competencia, por las estrictas razones anteriormente expuestas.

Sin embargo, el Despacho llama la atención sobre el hecho de que los investigados deben tener en cuenta que en el futuro, una vez modificado el **FEPA**, en cumplimiento de la orden proferida en la Resolución Sancionatoria de revisar ese instrumento de política pública, es muy factible que el

intercambio de información que hoy se hace en dicho escenario, pueda quedar incurso en alguna ilegalidad de cara a las normas de protección del régimen de libre competencia económica.

4.12. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la conformación, deliberación y recomendación del Consejo Asesor

Señalaron los sancionados en sus escritos de reposición que la sesión del Consejo Asesor de Competencia del 6 de octubre de 2015, no fue llevada a cabo en la forma en que lo exige la ley, ya que se reunieron únicamente tres (3) de sus miembros, cuando el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 exige que dicho Consejo esté integrado por cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República. De esta manera, concluyen que el Superintendente de Industria y Comercio no escuchó el concepto por parte de este Consejo Asesor sino únicamente por parte de tres (3) de sus miembros.

En relación con la existencia del Consejo Asesor de Competencia, el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 establece lo siguiente:

"Artículo 25. Consejo Asesor. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos:

(...)

2. Para la imposición de las multas previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, por incurrir en alguna de las conductas consideradas como restrictivas de la competencia previstas en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 o cualquier otra disposición especial en la materia, así como por el incumplimiento del deber de informar una operación de integración empresarial.

(...)

Los miembros del Consejo Asesor estarán sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero.

(...)"

Como puede observarse, el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 establece la manera como deberá integrarse el Consejo Asesor de Competencia como órgano auxiliar de carácter consultivo y del Superintendente, pero de ninguna manera incorpora un reglamento sobre el funcionamiento del Consejo Asesor de Competencia del cual se pueda desprender, como lo pretenden los investigados, que todas y cada una de las sesiones de este órgano deban adelantarse con los cinco (5) miembros que lo conforman. Una interpretación en tal sentido iría en contra de la lógica de funcionamiento de todos los cuerpos colegiados como el Congreso de la República, los altos Tribunales de Justicia del país, las Juntas Directivas, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, las Asambleas de Accionistas o las Juntas de Socios, entre otras, por cuanto exigir la presencia del 100% de los miembros para el 100% de las reuniones, para adoptar el 100% de las decisiones, implicaría en la práctica la parálisis en sus actividades, desconociendo la posibilidad de que se presenten casos como incapacidades médicas, conflictos de interés, impedimentos, ausencias por razones personales, para citar algunas.

En definitiva, las reglas de la experiencia indican que los cuerpos colegiados en todos los casos funcionan con quórum deliberativos y decisorios. De esta manera, se entiende que aun cuando no estén presentes el 100% de los miembros que lo conforman, el cuerpo colegiado podrá en todo caso sesionar, deliberar y decidir, siempre que se exista el quórum respectivo.

Ahora bien, respecto de la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 6 de octubre de 2015, estuvieron presentes la mayoría de sus miembros (3 integrantes) y la recomendación correspondiente fue tomada por unanimidad, tal y como consta en la respectiva Acta No. 46 del Consejo Asesor de Competencia, cumpliendo de esta manera el requisito previsto en la ley de oír previamente la recomendación de dicho órgano auxiliar de carácter meramente consultivo,

en forma previa a la decisión del Superintendente de Industria y Comercio de sancionar un determinado agente del mercado por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica.

En este orden de ideas, la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 6 de octubre de 2015, no es la única ocasión en la historia del Consejo en que se ha reunido, deliberado y emitido una recomendación, con menos de sus cinco (5) integrantes. En efecto, como se observa en siguiente cuadro, de las 47 sesiones del Consejo Asesor celebradas desde el año 1999 hasta la fecha de expedición de este acto administrativo, solamente una reunión ha tenido lugar con los 5 miembros, presentando esta sesión la particularidad de que a la misma asistieron 3 Consejeros *Ad Hoc* designados especial y únicamente para decidir los impedimentos presentados por igual número de miembros titulares. De otro lado, en el resto de las otras reuniones (todas menos una), el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado con la presencia de algunos de sus miembros, no de todos. Así, el Consejo Asesor ha sesionado en 26 ocasiones con 3 miembros, al paso que se ha celebrado 20 sesiones con 4 miembros. Obsérvese que el mayor número de sesiones del Consejo Asesor de Competencia se ha llevado a cabo con 3 miembros, como ha sesionado en el caso bajo examen.

En resumen, el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado en 47 ocasiones y el número de miembros por número de reunión es como sigue:

Cuadro No. X. Número de Miembros Participantes por Número de Reuniones del Consejo Asesor de Competencia

NÚMERO DE MIEMBROS PARTICIPANTES	NÚMERO DE REUNIONES	PORCENTAJE
Con 1 miembro	0 reuniones	0%
Con 2 miembros	0 reuniones	0%
Con 3 miembros	26 reuniones	55%
Con 4 miembros	20 reuniones	43%
Con 5 miembros	1 reunión	2%
Total	47 reuniones	100%

Miremos reunión por reunión:

Cuadro No. X. Integrantes por sesión del Consejo Asesor de Competencia

Fecha / Acta del Consejo Asesor	Número de Integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 1 del 10 de junio de 1999	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁶⁶
Acta No. 2 del 20 de octubre de 1999	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 3 del 15 de diciembre de 1999	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 4 del 14 de febrero de 2000	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 5 del 2 de noviembre de 2000	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 6 del 21 de marzo de 2001	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 7 del 25 de octubre de 2001	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos ¹⁶⁷
Acta No. 8 del 27 de noviembre de 2001	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 9 del 4 de febrero de 2002	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 10 del 13 de marzo de 2002	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 11 del 28 de mayo de 2002	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 12 del 5 de agosto de 2002	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 13 del 28 de marzo de 2003	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 14 del 1 de septiembre de 2004	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 15 del 15 de septiembre de 2005	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 16 del 11 de agosto de 2008	3 Consejeros	1 ausentes	1 impedido ¹⁶⁸

¹⁶⁶ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** presentó una comunicación en la cual manifestó un conflicto de interés para participar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 10 de junio de 1999, respecto de la actuación administrativa que se adelantó en contra de un agente económico del sector de las telecomunicaciones.

¹⁶⁷ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** se abstuvo de opinar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 25 de octubre de 2001, respecto del caso de **IDCT**. Lo propio hizo el Consejero **GERMÁN OSORIO** en dicha sesión, para el caso que se debatiría en contra de un agente económico del sector de las telecomunicaciones.

¹⁶⁸ El Consejero **GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN** manifestó la posible inhabilidad que tendría para participar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 11 de agosto de 2008, respecto del caso radicado No. 04-126607 que se adelantó en contra de tres operadores de telefonía móvil celular.

Fecha / Acta del Consejo Asesor	Número de Integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 17 del 5 de septiembre de 2008	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 18 del 10 al 15 de octubre 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 19 del 7 de noviembre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 20 del 27 de noviembre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 21 del 19 de enero de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 22 del 20 de febrero de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 23 del 13 al 24 de marzo de 2004	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 24 del 28 de agosto de 2009	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 25 del 22 de octubre de 2009	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 26 del 20 de enero de 2010	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 27 del 4 al 10 de junio de 2010	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 28 del 2 de septiembre 2010	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 29 del 23 de marzo de 2011	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁶⁹
Acta No. 30 del 7 de junio de 2011	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 31 del 14 de junio de 2011	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 32 del 27 de octubre de 2011	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 33 del 8 de febrero de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 34 del 04 de junio de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 35 del 24 de agosto de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 36 del 29 de enero de 2013	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁷⁰
Acta No. 37 del 14 de junio de 2013	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 38 del 28 de agosto de 2013	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁷¹
Acta No. 39 del 7 de abril de 2014	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos ¹⁷²
Acta No. 40 del 4 de agosto de 2014	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 41 del 27 de agosto de 2014	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 42 del 12 de diciembre de 2014	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 43 del 25 de marzo de 2015	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁷³
Acta No. 44 del 26 de agosto de 2015	3 Consejeros	2 ausentes	3 impedimentos presentados ¹⁷⁴
Acta No. 45 del 16 de septiembre de 2015	5 Consejeros ¹⁷⁵	0 ausentes	3 impedimentos resueltos ¹⁷⁶

¹⁶⁹ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** se abstuvo de opinar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 23 de marzo de 2011, respecto del caso radicado No. 09-122453, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó en contra de algunos agentes del sector de la televisión.

¹⁷⁰ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 10-161600, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 29 de enero de 2013, respecto del caso adelantado contra algunos agentes económicos que participan en el sector eléctrico en Colombia.

¹⁷¹ El Consejero **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 11-137485, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 28 de agosto de 2013, respecto del caso adelantado contra un agente económico del sector de la telefonía móvil celular.

¹⁷² Los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **GUILLELMO PERRY RUBIO** manifestaron su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 12-165930 correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 7 de abril de 2014, respecto del caso adelantado por la implementación del nuevo esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá.

¹⁷³ La Consejera **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 11-137432, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 25 de marzo de 2015, respecto del caso adelantado contra algunos agentes económicos que intervienen en el sector arrocero en Colombia.

¹⁷⁴ La Consejera **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** presentó impedimento por escrito, previo a la sesión 44 del Consejo Asesor del 26 de agosto de 2015. Y los Consejeros **HERNÁN VALLEJO GONZÁLEZ** y **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES** presentaron sus impedimentos en el curso de la sesión 44 del Consejo Asesor del 26 de agosto de 2015. Por no haber quórum para resolverlos, se suspendió la sesión para que fueran nombrados 3 Consejeros ad-hoc para reemplazar a los Consejeros que habían manifestado sus impedimentos con el fin exclusivo de resolverlos. La designación de los Consejeros ad-hoc se realizó por el Presidente de la República mediante el Decreto No. 1781 de 2015, designándose a **SANTIAGO ROJAS ARROYO**, **JORGE CASTAÑO GUTIÉRREZ** y **LILIANA CABALLERO DURÁN** para que junto con los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** decidan los impedimentos presentados por los miembros ya referidos.

¹⁷⁵ En sesión 45 del 16 de septiembre de 2015, el Consejo Asesor de Competencia sesionó con 5 miembros con el único fin de cumplir con lo previsto en el Decreto 1718 de 2015, es decir, exclusivamente para resolver los impedimentos presentados por 3 Consejeros. La sesión se adelantó con 5 miembros, es decir, con los 2 Consejeros permanentes y con 3 Consejeros ad hoc.

¹⁷⁶ Se resolvieron los 3 impedimentos presentados, aceptándose los presentados por los Consejeros **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** y **HERNÁN VALLEJO GONZÁLEZ**, y rechazándose **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES**. Para efectos de la investigación bajo examen, el Consejo Asesor de Competencia quedó finalmente integrado para

Fecha / Acta del Consejo Asesor	Número de Integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 46 del 6 de octubre de 2015	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos
Acta No. 47 del 22 de diciembre de 2015	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos

Como puede advertirse, la práctica histórica del Consejo Asesor de Competencia, aplicando las más simples reglas de funcionamiento de los cuerpos colegiados, ha sido la de sesionar siempre con un quórum deliberatorio y decisorio de al menos tres (3) miembros, práctica que se mantuvo inmodificable para la presente investigación administrativa. Las ausencias de algún miembro del Consejo Asesor de Competencia y, en algunos casos los impedimentos presentados y aceptados en el seno del mencionado Consejo Asesor, han llevado a que, resulte común que se sesione con 3 o 4 miembros, como ya quedó evidenciado.

En síntesis, se observa que el Consejo Asesor de Competencia procedió de acuerdo con la ley y como ha sido su comportamiento histórico, pues haber cambiado su forma de funcionar para esta actuación administrativa seguramente hubiera podido generar dudas en los investigados frente al por qué estaría variando la Superintendencia de Industria y Comercio su comportamiento pasado. En definitiva, lo único que hizo la autoridad fue preservar el principio de confianza legítima.

De otra parte, adujeron los sancionados que no se observa que el Consejo Asesor de Competencia haya realizado deliberación alguna con relación a los cargos de la investigación y los argumentos de defensa planteados al interior de la misma, por lo que afirman que su actuación carece de motivación y vulnera los derechos de los investigados.

No son de aceptación por parte del Despacho estas observaciones, ya que parten de asumir erradamente que la recomendación por parte del Consejo Asesor es un acto administrativo vinculante que requiere de motivación. Claramente, el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 señala que las opiniones del Consejo Asesor no obligan al Superintendente de Industria y Comercio y que no es un órgano de decisión sino un órgano auxiliar de carácter consultivo.

Es importante poner de presente, que el Consejo Asesor de Competencia es un cuerpo de naturaleza exclusivamente consultiva, cuyas recomendaciones no está en el deber de motivar, y que dichas recomendaciones pueden ser acatadas o no por el Superintendente de Industria y Comercio quien sí está legalmente obligado a motivar debidamente sus decisiones so pena de nulidad.

En todo caso, como se observa a continuación, en el Acta No. 46 del Consejo Asesor obrante en el expediente, consta que los miembros del Consejo Asesor en efecto discutieron sobre los argumentos presentados por los investigados a lo largo de la investigación:

"El Delegado para la Protección de la Competencia, los funcionarios del Despacho del Superintendente y demás funcionarios, expusieron el caso, haciendo referencia al pliego de cargos, los descargos de los investigados, los alegatos, el informe motivado y las observaciones al informe presentados por los investigados y las conclusiones derivadas del análisis del expediente en relación con las conductas imputadas.

Los miembros del Consejo Asesor discutieron sobre los argumentos presentados por los investigados a lo largo de la investigación, y concluyen que por unanimidad aconsejan al Superintendente de Industria y Comercio, lo siguiente:

A) Sancionar a las siguientes personas jurídicas por la infracción al numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 ((impedir acceso a terceros al mercado) y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general):

- ASOCIACIÓN DE CULTIVADORES DE CAÑA DE AZÚCAR DE COLOMBIA – ASOCAÑA
- C.I. DE AZÚCARES Y MIELES S.A. CIAMSA
- DESARROLLOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES S.A. EN LIQUIDACIÓN - DICSA
- INGENIO RIOPAILA CASTILLA S.A.
- INGENIO DEL CAUCA S.A.
- MANUELITA S.A.
- INGENIO PROVIDENCIA S.A.
- MAYAGÜEZ S.A.

- INGENIO LA CABAÑA S.A.
- INGENIO PICHICHÍ S.A.
- INGENIO RISARALDA S.A.
- CARLOS SARMIENTO L. & CÍA. INGENIO SANCARLOS S.A.
- INGENIO CARMELITA S.A.
- CENTRAL TUMACO S.A. EN LIQUIDACIÓN
- INGENIO MARÍA LUISA S.A.

Sancionar a las siguientes personas naturales por la configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación con lo dispuesto en del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

1. LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO, Representante Legal y Presidente de ASOCAÑA
2. CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ, Presidente de CIAMSA
3. JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ, Presidente de INGENIO INCAUCA
4. ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ, Gerente de INGENIO MANUELITA
5. RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ, Gerente de INGENIO MANUELITA
6. GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL, Gerente de INGENIO PROVIDENCIA
7. MAURICIO IRAGORRI RIZO, Gerente General de INGENIO MAYAGÜEZ
8. JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO, Gerente de INGENIO LA CABAÑA
9. ANDRÉS REBOLLEDO COBO, Gerente General de INGENIO PICHICHÍ
10. CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, Gerente General de INGENIO RISARALDA
11. CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ, Gerente General de INGENIO SAN CARLOS
12. JAIME VARGAS LÓPEZ, Gerente de INGENIO CARMELITA
13. SANTIAGO SALCEDO BORRERO, Gerente de INGENIO CENTRAL TUMACO
14. WILDER FERNANDO QUINTERO PARRA, Presidente de INGENIO MARÍA LUISA
15. ALFONSO OCAMPO GAVIRIA, Presidente y Representante Legal de INGENIO RIOPAILA CASTILLA
16. HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ, Presidente y Representante Legal de INGENIO RIOPAILA CASTILLA

Exonerar o Archivar la investigación a las siguientes personas naturales por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación con lo dispuesto en del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

- LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO, Gerente de DICSA
- DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO, Presidente y Representante Legal de INGENIO RIOPAILA CASTILLA

B) Exonerar o Archivar la investigación a todos los investigados (personas jurídicas y personas naturales) por el cargo de infracción al numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (asignación de cuotas de producción o suministro) y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Adicionalmente, los miembros del Consejo Asesor aconsejaron emitir las órdenes o instrucciones al Gobierno Nacional (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural Ministerio de Comercio Industria y Turismo) y al Comité Directivo del **FEPA** y a su Secretario Técnico, a fin de que se revise y adecúe el **FEPA** para que este instrumento deje de ser un mecanismo de asignación de cuotas de producción e intercambio de información sensible que restrinjan la competencia por fuera de los alcances de la intervención del Estado previstos en la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000.

(...)"

Corolario de lo anterior, no es cierto que el Consejo Asesor de Competencia tenga la facultad legal de expedir actos administrativos vinculantes relacionados con las opiniones emitidas, mucho menos que la decisión mediante la cual se pone fin a la actuación administrativa sea una especie de acto administrativo proferido por un cuerpo colegiado, sino que simplemente se deja constancia en un acta suscrita por los Consejeros sobre sus recomendaciones en cuanto a los asuntos puestos a su consideración. Una vez proferida esta opinión o recomendación de naturaleza consultiva y no vinculante, el Superintendente de Industria y Comercio es el único legalmente facultado y, en consecuencia, el único legalmente responsable por la decisión que pone fin a la actuación administrativa, como también el único que adopta una decisión motivada.

Adicionalmente, los sancionados afirmaron que se presentó una irregularidad al rechazarse el impedimento presentado por uno de los miembros del Consejo Asesor de Competencia, **JAVIER**

HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES, quien se declaró impedido por tener una vinculación con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Entidad que a su vez tiene una participación institucional en el FEPA. Según los sancionados, este impedimento fue resuelto sobre la premisa equivocada de que el FEPA no sería objeto de reproche por parte de la Superintendencia, cuando finalmente este Fondo fue objeto de análisis y destinatario de una orden de revisión en la Resolución Sancionatoria.

Para el Despacho no son de recibo las observaciones de los sancionados en relación con el rechazo del impedimento mencionado, pues tal decisión en nada tuvo que ver con que el FEPA sería objeto de análisis o reproche en la investigación, como en efecto lo fue, pues como se observa en el texto del Acta No. 45 del Consejo Asesor obrante en el expediente, el impedimento presentado por **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES** fue resuelto de la siguiente forma que da cuenta de que, a criterio del Consejo Asesor de Competencia el mencionado miembro no estaba impedido por cuanto *"la participación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (FEPA) es institucional y dentro de la actuación administrativa no se está analizando la responsabilidad del funcionario que representa al Ministerio en el FEPA, pues no tiene la calidad de investigado."*

Veamos el texto del Acta No. 45 del Consejo Asesor de Competencia llevado a cabo el 16 de septiembre de 2015, en donde se negó por unanimidad rechazar el impedimento presentado por **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES**:

"2.2. Impedimento de Javier Humberto Gamboa Benavides.

Una vez leídas las razones del impedimento presentado por Javier Humberto Gamboa Benavides, existe consenso entre todos los miembros del Consejo Asesor en cuanto a que las mismas no configuran alguna de las causales de impedimento consagradas en la Ley, por cuanto la participación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en el Fondo de Estabilización de Precios del Azúcar (FEPA) es institucional y dentro de la actuación administrativa no se está analizando la responsabilidad del funcionario que representa al Ministerio en el FEPA, pues no tiene la calidad de investigado.

En virtud de lo anterior, el Consejo Asesor por unanimidad decide rechazar el impedimento presentado por Javier Humberto Gamboa Benavides, pues los hechos en que se basa no constituyen ninguna causal de impedimento de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) en concordancia con el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

(...)" (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, se observa que la conformación, deliberación y decisión del Consejo Asesor de Competencia se ajustó a las disposiciones legales y a la práctica histórica que ha observado la Superintendencia de Industria y Comercio.

Conclusiones

- Contrario de lo señalado por los recurrentes, el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 establece la manera como se integra el Consejo Asesor de Competencia como órgano auxiliar de carácter consultivo cuyas opiniones no obligarán al Superintendente, pero de ninguna manera incorpora un reglamento sobre su funcionamiento y la manera en que emite sus recomendaciones.
- Conforme con las reglas de la experiencia, los cuerpos colegiados en todos los casos funcionan bajo unos quórum deliberativos y decisorios, por lo que se entiende que, aun sin estar presente el 100% de sus miembros, el cuerpo colegiado podrá en todo caso sesionar, deliberar y decidir, siempre que se exista el quórum respectivo, tal y como sucedió con la reunión del Consejo Asesor del 6 de octubre de 2015, en la que estuvieron presente la mayoría de sus miembros (3 integrantes), quienes por unanimidad emitieron la recomendación de sancionar en el presente caso.
- La forma como el Consejo Asesor de Competencia se reunió, deliberó y adoptó la recomendación al Superintendente de Industria y Comercio, corresponde a la manera como históricamente ha procedido en todos los casos anteriores, sin excepción, preservando el principio de confianza legítima.
- La reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 6 de octubre de 2015, no es la única ocasión en la historia del Consejo en que se ha reunido, deliberado y emitido una

recomendación, con menos de sus 5 integrantes. De las 47 sesiones del Consejo Asesor celebradas desde el año 1999, solamente 1 reunión ha tenido lugar con los 5 miembros. En la gran mayoría de las reuniones (55%), esto es, en 26 de ellas, el Consejo Asesor ha sesionado con 3 miembros, al paso que se han celebrado 20 sesiones del Consejo Asesor con 4 miembros (43%).

- La recomendación por parte del Consejo Asesor, contrario al supuesto erróneo de los recurrentes, no es un acto administrativo vinculante que requiera de motivación, tal y como lo indica el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011. En todo caso, en el Acta No. 46 consta que los miembros del Consejo Asesor en efecto discutieron los aspectos relacionados con la investigación y emitieron consejo no vinculante al Superintendente.
- La conformación, deliberación y decisión del Consejo Asesor de Competencia se ajustó a las disposiciones legales y a la práctica histórica que ha observado la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.13. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la imputación de la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Manifestaron los sancionados que en la Resolución Sancionatoria, el Despacho reacomodó los cargos inicialmente imputados en la presente actuación, al señalar que estos correspondían a 2 conductas anticompetitivas, cuando en la Resolución de Apertura e Informe Motivado se formularon imputaciones por tres (3) conductas distintas, violatorias de tres disposiciones diferentes.

Particularmente, el **INGENIO RISARALDA** y el **INGENIO CENTRAL TUMACO** señalaron que en el artículo 9 de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (Resolución No. 5347 del 13 de febrero 2012), se endilgaron las siguientes 3 infracciones al régimen de competencia: (i) violación del numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (asignación de cuotas de producción); (ii) violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959; y (iii) violación del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (restricción de importaciones).

Tal aseveración omite, que en los **ARTÍCULOS PRIMERO** y **SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la inicial Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (Resolución No. 5347 del 13 de febrero 2012), que es la que resulta vinculante para efectos de la presente actuación administrativa, se formuló la imputación, únicamente, por dos (2) infracciones, así:

“ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas jurídicas actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

(...)

ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR investigación para determinar si las siguientes personas jurídicas actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

(...)” (Subrayado fuera de texto)

Tal y como lo señaló este Despacho en la Resolución Sancionatoria, cada imputación de la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) no implica la comisión de dos infracciones por cada imputación, sino que con cada conducta se violaron dos (2) disposiciones. Es decir, que de probarse un acuerdo que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro se estarían violando dos disposiciones legales (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); y que de probarse un acuerdo que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización se estarían violando dos disposiciones legales (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992).

Por otro lado, señalan los sancionados en sus escritos de reposición que en el Informe Motivado hubo una modificación de cargos por cuanto la Delegatura intentó sustentar la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 a partir de un supuesto intercambio de información, como una conducta independiente. Sobre este particular, el Despacho no tiene nada que decir diferente a que lo glosado por el recurrente denota un desconocimiento sobre el alcance de las distintas etapas legales que conforman las actuaciones e investigaciones por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, toda vez que es un imposible jurídico afirmar que en el

Informe Motivado haya habido un cambio en los cargos de la investigación, por cuanto sabido es por todos, que los cargos no se formulan, modifican o sustituyen en el Informe Motivado sino en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Deben entender los investigados, que la obligación legal en cabeza del Despacho está en adoptar una decisión definitiva (Resolución Sancionatoria o Resolución Exoneratoria –o de archivo-) confrontando los cargos imputados en la Resolución de Apertura y no en relación con lo que al respecto se indique o no se indique en el Informe Motivado. Creer que el Despacho analiza el caso en relación con la determinación de los cargos imputados a partir del Informe Motivado del Delegado, es sencillamente un despropósito. En el caso bajo examen y para ello basta con leer la Resolución Sancionatoria y el presente acto administrativo para concluir, sin ninguna dificultad, que siempre se ha hecho referencia a los cargos de que trata la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y nunca se han buscado en otra pieza procesal.

Así las cosas, debe recordarse lo relativo a la naturaleza jurídica del Informe Motivado, el cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no constituye una nueva imputación de cargos, ni una variación de los cargos imputados en las Resoluciones de Apertura con Pliego de Cargos. Este documento, simplemente, recoge el análisis por parte del Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, es el resultado de la investigación, que dicho sea de paso, no es vinculante para el Superintendente de Industria y Comercio.

Conclusiones

- En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se imputaron dos cargos: (i) infracción a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (repartición de cuotas de producción o suministro de azúcar); y (ii) infracción a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (obstrucción de importaciones de azúcar al país).
- Tal y como lo señaló este Despacho en la Resolución Sancionatoria, cada imputación de la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) no implica la comisión de dos infracciones por cada imputación, sino que con cada conducta se violaron dos (2) disposiciones. Es decir, que de probarse un acuerdo que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro se estarían violando dos disposiciones legales (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); y que de probarse un acuerdo que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización se estarían violando dos disposiciones legales (artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992).
- Por otro lado, señalan los sancionados en sus escritos de reposición que en el Informe Motivado hubo una modificación de cargos por cuanto la Delegatura intentó sustentar la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 a partir de un supuesto intercambio de información, como una conducta independiente. Sobre este particular, este Despacho no tiene nada que decir diferente a que lo glosado por el recurrente denota un desconocimiento sobre el alcance de las distintas etapas legales que conforman las actuaciones e investigaciones por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, toda vez que es un imposible jurídico afirmar que en el Informe Motivado haya habido un cambio en los cargos de la investigación, por cuanto sabido es por todos que los cargos no se formulan, modifican o sustituyen en el Informe Motivado sino en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

4.14. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el paro de corteros como justificación de las negociaciones con los ingenios bolivianos

Varios de los investigados reiteraron en sus recursos de reposición lo manifestado en sus observaciones al Informe Motivado en cuanto a que las negociaciones adelantadas con los ingenios bolivianos obedecieron únicamente a la coyuntura que significó el paro de corteros, y que su único objetivo fue tratar de superar el desabastecimiento de azúcar en el mercado nacional que dicho paro ocasionaba o ocasionaría. En ese sentido, los investigados controvierten varios de los documentos presentados en la Resolución Sancionatoria como pruebas del bloqueo de importaciones desde Bolivia, aduciendo que los mismos tienen explicación en el citado paro de corteros.

Pues bien, teniendo en cuenta que los anteriores argumentos han sido desvirtuados con suficiencia en la presente actuación administrativa, y que no se ha aportado nuevos elementos de juicio que

permitan dar mayor crédito a los mismos, este Despacho reiterará lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, en el sentido de que el abundante material probatorio obrante en el expediente revela que la estrategia anticompetitiva fraguada por los investigados ninguna relación coyuntural tenía con el paro de corteros, pues se encuentra demostrado que dichas negociaciones, tenían que ver con la aspiración de concretar un acuerdo con los ingenios bolivianos para que por un periodo bastante largo de tiempo, no ingresara a Colombia azúcar proveniente de Bolivia, con los fines anticompetitivos ya descritos.

Pretender poner de presente el paro de corteros para justificar la conducta anticompetitiva investigada y por ende solicitar a la Autoridad de Competencia una exoneración, es desconocer el verdadero alcance de la presente investigación, es decir, desconocer que la conducta objeto de investigación es un acuerdo o cartel que tenía por objeto obstruir y restringir las importaciones de azúcar al país y que en el expediente existen pruebas referidas a pretender suscribir contratos o convenios con los azucareros bolivianos que se extenderían como mínimo a cinco (5) años, con el objetivo de que en dicho lapso no ingresara a Colombia ni un grano o gramo de azúcar proveniente de Bolivia, que existen pruebas en el expediente sobre obstrucciones de importaciones de otros países como Guatemala, El Salvador y Costa Rica, circunstancias todas estas, que nada tienen que ver con una situación particular y coyuntural como lo es el paro de corteros a que se refieren los recurrentes. Además existen pruebas de informes de viajes a Bolivia ejecutados por **DICSA** y **CIAMSA**, que dan cuenta de lo que aquí se ha denominado la Gira Suramericana y que existe un **DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO GREMIAL – ASOCAÑA - "ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8" - junio 8 de 2010** - y que existió un **PLAN DE ATAQUE A IMPORTACIONES**, entre otras muchas otras pruebas del cartel empresarial o de sus elementos de contextualización. El análisis de las pruebas en conjunto, demuestran con suficiencia que una cosa fue el paro de corteros y otra muy distinta, el cartel empresarial para obstruir importaciones de azúcar al país, objeto de reproche por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

El paro de corteros fue una situación particular, transitoria, aislada y coyuntural, que mal podría, siquiera relacionarse con esta investigación. Se reitera, esta investigación se refiere es a la comisión por objeto de una conducta continuada, permanente o de tracto sucesivo en la que durante varios años estuvieron concertados, coordinados, coludidos o cartelizados doce (12) ingenios azucareros, dos (2) empresas del sector y un (1) gremio.

El análisis en conjunto de todos los elementos probatorios que dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió la conducta continuada o de tracto sucesivo de cartelización, permiten descartar sin más ni mayores elucubraciones, el paro de corteros como excusa o justificación dentro de la presente actuación administrativa, pues se reitera, ello nada tiene que ver con lo que la Superintendencia ha sancionado. Al respecto, el Despacho se remite a lo señalado en este acto administrativo con el análisis de los argumentos de los investigados relacionados con la imposibilidad de sancionar la conducta anticompetitiva por ausencia de efecto.

4.15. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con que DICSA y su representante legal no representan a los demás investigados

Algunos de los ingenios azucareros investigados manifestaron que no existe prueba en el expediente donde otorguen a **DICSA** o a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** poder, mandato o autorización alguna para que los representara y hablara por ellos.

Frente a este argumento, el Despacho advierte a los investigados que en ningún momento se dijo en la Resolución Sancionatoria que los estatutos sociales de los ingenios investigados establecieran que **DICSA** o **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** fueran sus representantes legales, apoderados generales o que tuviesen un contrato de mandato de conformidad con lo establecen en los artículos 2156 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio. Sin embargo, esto no impide que del análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente pueda concluirse, sin la menor dificultad o complejidad, que las afirmaciones y actuaciones de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), daban cuenta de la conducta anticompetitiva, especialmente del resultado de las negociaciones con los ingenios bolivianos, hayan sido "a nombre de la Industria Azucarera Colombiana", ni que dicho proceder no haya sido siguiendo instrucciones de la Junta Directiva conformada por los ingenios investigados, ni que fuera en beneficio de los propios productores nacionales de azúcar.

En efecto, nótese cómo el correo que se pone de presente a continuación evidencia que contrario a lo afirmado por los recurrentes, las negociaciones en Bolivia no eran realizadas únicamente por iniciativa de **DICSA**, ni mucho menos exclusivamente por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** a

título personal -como lo manifestó la propia **DICSA**-, sino que eran realizadas por los ingenios como industria azucarera colombiana ("*nosotros como Industria Azucarera Colombiana*"):

*"Fui muy claro en la reunión, que antes de hablar de cantidades y precios, **nosotros como Industria Azucarera Colombiana** necesitamos un compromiso unánime de todos que no llegará a Colombia un solo grano de azúcar boliviano importado por comerciantes colombianos o extranjeros. Les dije que si no existe un compromiso unánime nosotros no vamos en el negocio y que así como ellos habían exportado 60.000 tons a Colombia, nosotros pensaríamos en traer la misma cantidad a Bolivia para que quedáramos en igualdad de condiciones cosa que nos (sic) les gustó mucho pero había que mostrarles los dientes.*

(...)

Les presenté las cifras de importación de azúcar boliviano a Colombia y les demostré que los compromisos que habíamos acordado, no habían sido cumplidos por parte de ellos y en especial por Guabirá y las cifras no mienten y quedaron claros. Y les hice énfasis en que todos los compromisos en que nosotros nos habíamos comprometido los cumplimos.

(...)¹⁷⁷. (Negritas y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, es desatinado suponer que en casos como el que nos ocupa, los integrantes del cartel dejen por escrito formalidades tales como actas, poderes, poderes por escritura pública, autorizaciones, etc., que evidencien la existencia misma del cartel. Por regla general, eso no ocurre en ninguna organización que ejecute conductas al margen de ley. Existe abundante material probatorio recaudado oportuna y regularmente en la presente actuación que da cuenta de la existencia y funcionamiento del acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial.

Recuérdese que los carteles están constituidos, por lo general, por empresarios que tienen pleno conocimiento de la ilegalidad del cartel mismo, y por consiguiente dedican grandes esfuerzos para ocultarlo, lo cual implica, por supuesto, evitar formalidades que posteriormente se conviertan se puedan convertir en pruebas que los comprometa en la conducta anticompetitiva. Por lo anterior, es de público conocimiento y así lo indican las más elementales reglas de la experiencia, que en algunos casos, este tipo de conductas ilegales no puedan ser evidenciadas mediante pruebas directas, sino a través de la valoración en conjunto que haga la Autoridad de Competencia de las pruebas que tenga a su disposición. Eso ocurre en muchísimos ámbitos del derecho sancionatorio del Estado en materia de facultades de inspección vigilancia y control, en materia disciplinaria y en materia penal.

Del análisis de las pruebas en conjunto obrantes en el expediente, resulta inverosímil lo alegado por algunos de los recurrentes en el sentido de que **DICSA** o su Representante Legal, **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO**, actuaron de manera inconsulta, sin ningún tipo de mandato o representación, o con total desconocimiento de la autodenominada "*Industria Azucarera Colombiana*", integrada para efectos de esta investigación por los doce (12) ingenios investigados, el gremio **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y la mencionada **DICSA**.

Para citar solo algunas de las circunstancias que hacen contraevidente lo argumentado por los recurrentes, **DICSA** y su representante **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO**, estuvieron en agosto de 2008 en Bolivia discutiendo, en representación de la "*Industria Azucarera Colombiana*", la posibilidad de comprar los excedentes de azúcar de dicho país, para de esta manera adquirir su control y evitar que quedara en manos de importadores colombianos. Estas discusiones se realizaron con el Gerente general del gremio boliviano **AZUCAÑA**, así como con cooperativas y federaciones de cultivadores de caña de azúcar en Bolivia y con ingenios azucareros de dicho país. El informe de esta visita a Bolivia, fue remitido por **DICSA** a **CIAMSA** mediante correo electrónico de 26 de agosto de 2008. Adicionalmente, mediante correo del 10 de marzo de 2009, **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) informa sobre otra visita a Bolivia, en la que, entre otras circunstancias, se amenazó a los ingenios bolivianos con inundar dicho país con azúcar colombiana

¹⁷⁷ Correo electrónico del 10 de marzo de 2009, en el que **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** informa los resultados de una nueva visita a Bolivia. Obrante a folio 18838 del Cuaderno Público No. 88 del Expediente. Acta de Compilado y Cambio de Contenedor de Evidencia Digital (disco duro), disponible en Laboratorio de Informática Forense SIC (2056403). RUTA DE ACCESO: IMAGEN_TOTAL_AZUCAR.ad1\1\PHYSICALDRIVE1:Partition 1 [476937MB]:10-57750 case [NTFS][root]/MEDIOS_MAGNETICOS_10-57750/CUADERNOS_RESERVADOS/CR1/CD1_F76/Visita CIAMSA - 23 y 24-07-09/Carlos Mira - Presidente/Luis A Jaramillo.pst/Carlos Mira - Luis A Jaramillo/Top of Personal Folders/Luis A. Jaramillo/Bolivia - Agenda

en caso de que llegasen a surtir a los importadores colombianos con azúcar boliviana. Posteriormente, entre el 15 y el 18 de abril de 2009 tuvo lugar una nueva visita a Bolivia por parte de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), en la que se discutieron varias alternativas para neutralizar el ingreso de excedentes de azúcar de Bolivia a Colombia.

Más adelante, **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) envía el 14 de mayo de 2009 un correo electrónico a los azucareros bolivianos y a **CIAMSA** en el que adjunta la minuta del contrato de compraventa de azúcar a Bolivia para el año 2009, y que, en palabras del propio remitente, se trata de un acuerdo de industria a industria que en Bolivia lo suscribirían todos y cada uno de los exportadores vendedores de azúcar y, de parte de Colombia, lo suscribiría **CIAMSA** como importador comprador, que, como ya se dijo, es otro de los co-cartelistas, que tiene también la particularidad de reunir a ingenios azucareros colombianos aquí investigados.

Algunas otras piezas del expediente, muestran también la participación de **ASOCAÑA**, como lo es el correo electrónico del 10 de febrero de 2010, en el que el Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA** le informa al Gerente General de dicho ingenio, **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**, que los detalles de una nueva visita a Bolivia serían explicados en **ASOCAÑA**, correo electrónico que se remitió como respuesta a una cadena de correos enviados por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**).

Lo referido anteriormente, junto con otras piezas probatorias, descarta de bulto que **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) o **DICSA** hubiesen actuado de manera desarticulada, inconsulta, autónoma o independiente en lo relativo a la obstrucción de importaciones de azúcar a Colombia, y por el contrario, ratifican la conclusión de la condición de co-cartelista de **DICSA** y de la responsabilidad que le hubiese correspondido a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO**, su representante legal, de no haber fallecido.

Conclusiones

- En ningún momento se dijo en la Resolución Sancionatoria que los estatutos sociales de los ingenios investigados establecieran que **DICSA** o **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** fueran sus representantes legales, apoderados generales o que tuviesen un contrato de mandato de conformidad con lo establecen en los artículos 2156 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio. Sin embargo, esto no impide que del análisis en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente pueda concluirse, sin la menor dificultad o complejidad, que las afirmaciones y actuaciones de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), daban cuenta de la conducta anticompetitiva, especialmente del resultado de las negociaciones con los ingenios bolivianos, hayan sido "a nombre de la Industria Azucarera Colombiana", ni que dicho proceder no haya sido siguiendo instrucciones de la Junta Directiva conformada por los ingenios investigados, ni que fuera en beneficio de los propios productores nacionales de azúcar.
- La evidencia obrante en el expediente demuestra que contrario a lo afirmado por los recurrentes, las negociaciones en Bolivia no eran realizadas únicamente por iniciativa de **DICSA**, ni mucho menos exclusivamente por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** a título personal -como lo manifestó la propia **DICSA**-, sino que eran realizadas por los ingenios como industria azucarera colombiana ("*nosotros como Industria Azucarera Colombiana*")
- Es desatinado suponer que usualmente en casos como el que nos ocupa, los integrantes del cartel dejen por escrito formalidades tales como actas, poderes, poderes por escritura pública, autorizaciones, etc., que evidencien la existencia misma del cartel. Por regla general, eso no ocurre en ninguna organización que ejecute conductas al margen de ley. Existe abundante material probatorio recaudado oportuna y regularmente en la presente actuación que da cuenta de la existencia y funcionamiento del acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial.
- Las pruebas descartan de bulto que **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) o **DICSA** hubiesen actuado de manera desarticulada, inconsulta, autónoma e independiente en lo relativo a la obstrucción de importaciones de azúcar a Colombia, y por el contrario, ratifican la conclusión de la condición de co-cartelista de **DICSA** y de la responsabilidad que le hubiese correspondido a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO**, su representante legal, de no haber fallecido.

4.16. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con que ASOCAÑA no tiene facultad constitucional o legal para expedir o exigir permisos para la importación de azúcar y por ende no puede incurrir en obstrucción de importaciones

Respecto de la obstrucción de importaciones de azúcar desde Costa Rica, los investigados manifestaron que el único requisito para cualquier importación de azúcar es un permiso expedido por el **INVIMA**¹⁷⁸ y, por consiguiente, no es posible que **ASOCAÑA** se atribuya facultad alguna para expedir permisos o certificaciones en este sentido. Agregan que de hecho, el procedimiento para verificar los requisitos de importación se puede realizar ante la **DIAN** mediante el ejercicio de los derechos de petición o incluso mediante una consulta telefónica a dicha Entidad.

Este argumento, a todas luces desacertado, ha sido reiterativo durante la investigación, y se le ha dado respuesta en el sentido de que es precisamente haberse atribuido dicha función sin que esté contemplada en norma alguna, lo que se reprocha, en este episodio, respecto de la conducta obstructiva desplegada por **ASOCAÑA** en su condición de co-cartelista. Si dicha agrupación tuviera licencia constitucional o legal para dar o negar autorizaciones de importación de azúcar, no podría habersele atribuido a tal conducta una potencial infracción de la ley de competencia. Como ya se dijo, es precisamente porque no tiene tal autorización constitucional o legal, que este hecho, junto con los demás que son objeto de la investigación, llevaron a establecer la responsabilidad del gremio **ASOCAÑA** como co-cartelista y a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), respecto de infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica dentro de una conducta continuada, permanente o de tracto sucesivo a lo largo de varios años que tuvo por objeto obstruir, bloquear o restringir las importaciones de azúcar al país por parte de los ingenios azucareros y entidades vinculadas tales como la referida **ASOCAÑA**, además de **CIAMSA** y **DICSA**.

Obsérvese que nadie le ha endilgado a **ASOCAÑA** ni a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), el haber suplantado al Estado en relación con los trámites de importación de azúcar a Colombia, si ello hubiese sido así, pues esta Superintendencia, además, hubiese puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación esos hechos y pruebas para la investigación penal correspondiente. Aquí el tema es más sencillo, se trata de la ejecución de un esquema de cartelización en el que, entre muchas otras actividades que le han sido enrostradas a **ASOCAÑA** y a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), ellos daban autorizaciones, vistos buenos a los ingenios extranjeros (no a las autoridades) para que se materializara una negociación con importadores colombianos o sencillamente para aprobarla, lo cual sin duda en ambos escenarios es una obstrucción más ejecutada a nombre del cartel empresarial, o sea, a nombre de la denominada "*Industria Azucarera Colombiana*".

Así bien, independientemente de si **ASOCAÑA** tiene facultades legales para expedir certificaciones y permisos para viabilizar importaciones de azúcar, que obviamente no las tiene, lo cierto y evidenciado en la actuación administrativa es que existen convenios entre **ASOCAÑA** y su par en Costa Rica, **LAICA**, mediante los cuales acordaron que las importaciones de azúcar costarricense al país deberían ser previamente aprobadas por **ASOCAÑA**, lo cual está demostrado con suficiente material probatorio obrante en el expediente y que esas actuaciones se ejecutaron en su condición de co-cartelista.

Revisado el material probatorio en su conjunto, es importante llamar la atención que este mismo *modus operandi* se fijó como un patrón de conducta a la largo de la infracción de obstrucción sistemática, permanente y continuada de importaciones de azúcar al país. Obsérvese que tanto en los hechos que guardan relación con Bolivia, Guatemala, El Salvador y Costa Rica, el objeto del cartel era que no llegara azúcar importada a Colombia sin que tuviera autorización de la "*Industria Azucarera Colombiana*" permisos, avisos o autorizaciones que se tramitaban, discutían y socializaban, por lo general, a través de alguna de las entidades vinculadas **CIAMSA**, **DICSA** o **ASOCAÑA**, todas co-cartelistas en el caso bajo examen.

Por esta razón, el correo electrónico del 20 de mayo de 2011 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**) en el que le solicita aclarar tanto a **NACIONAL DE CHOCOLATES** como al **INGENIO SAN RAMÓN COOPECANERA** en Costa Rica, que **CIAMSA** no tiene relación alguna con **LAICA** para gestionar la importación de azúcar con denominación "*Fair Trade*", simplemente prueba lo que allí se indica, pero no desvirtúa la participación de **CIAMSA** en el cartel empresarial tendiente a obstruir importaciones de azúcar a Colombia, porque del análisis de las pruebas en su conjunto, se advierte que para esos mismos días, **CIAMSA** había recibido un correo electrónico el 10 de mayo de 2011, proveniente de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL**

¹⁷⁸ Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (**INVIMA**).

SALVADOR suscrito por **GRACE PERLA RUIZ**, quien pone en conocimiento "para su revisión y seguimiento" la cotización que solicita **LUÍGI BRUGNONI C.** a nombre de una empresa norteamericana que desea hacer una importación de 100 toneladas mensuales de azúcar tipo Icumsa 45, por un año, empacada en bultos de 50 k y que debe llegar a Colombia por el Puerto de Cartagena, Barranquilla o Buenaventura. También hay pruebas de la participación de **CIAMSA** con un mismo *modus operandi*, que consiste en recibir alertas o alarmas de posibles importaciones de azúcar a Colombia y hacerles seguimiento y trasladarlas a los ingenios azucareros colombianos para la cotización directa como ocurrió en el caso de **ASAZGUA** en Guatemala en el año 2009 con la importación que pretendía hacer **DISNAL** y como aconteció en el caso de la cotización que solicita **CARMEN PATIÑO** (a nombre compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** y que queda en evidencia con el correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**). Posteriormente, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), da traslado de la cotización mediante correo electrónico del 20 de abril de 2010 a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **GERMÁN JARAMILLO** (funcionario de **INGENIO LA CABAÑA**), **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **JAIME SÁNCHEZ** (funcionario de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGÜEZ**); **CATALINA LONDOÑO** (funcionario de **INGENIO PICHICHÍ**), **HECTOR JAIME AGUDELO** (funcionario de **RIOPAILA CASTILLA**), **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**), **JAVIER GUZMÁN** (funcionario **INGENIO LA CABAÑA**), **JOSÉ HORACIO MARTÍNEZ** (funcionario de **INGENIO RISARALDA**), **OSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (Director Comercial de **INGENIO SANCARLOS**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **ROBERTO KLINGER** (funcionario de **INGENIO INCAUCA**), **VÍCTOR DANIEL OCHOA** (funcionario de **INGENIO CARMELITA**).

4.17. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la asignación de cuotas de producción o suministro y la orden de revisión del FEPA

Con el fin de responder los argumentos esgrimidos por los investigados en sus recursos, la Superintendencia de Industria y Comercio los agrupará en dos bloques: (i) aquellos que pretenden cuestionar la conclusión de esta Superintendencia sobre la desnaturalización del **FEPA** y (ii) los relacionados con la supuesta extralimitación de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a la orden de revisión de las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del **FEPA**.

4.17.1. Sobre la idoneidad del FEPA para erigirse en una herramienta de asignación de cuotas de producción o suministro y de intercambio de información sensible entre competidores.

La Superintendencia de Industria y Comercio adelantó la investigación administrativa por la presunta infracción del numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo para la asignación de cuotas de producción o suministro), y ordenó en la Resolución Sancionatoria el archivo o exoneración de las personas jurídicas y naturales investigadas por esta conducta.

La Superintendencia hizo un análisis detallado de la Ley 101 de 1993, el Decreto 569 de 2000 y las fórmulas contenidas en las resoluciones del **FEPA** y reconoció que el **FEPA** es un mecanismo legal para estabilizar los precios del azúcar a través de cesiones y compensaciones como resultado de una política pública de intervención del Estado en la economía. Sin embargo, la Superintendencia también identificó un mecanismo idóneo, capaz y con la potencialidad de disciplinar los niveles de producción o suministro de cada uno de los ingenios azucareros, estableciendo cuotas de producción o suministro, desbordando o desnaturalizando los términos de la intervención del mecanismo de política pública bajo análisis.

La Superintendencia de Industria y Comercio llegó a esta conclusión teniendo en cuenta la existencia dentro del mecanismo de unos umbrales de producción o suministro previamente delimitados, los cuales de ser superados, ocasionarían el respectivo aumento en el nivel de cesión o en la disminución del nivel de compensación que pudiese originarse. Dicho de otra manera, la investigación logró establecer que las develadas fórmulas de liquidación del FEPA para determinar las cesiones y compensaciones, tenían incorporadas un incentivo perverso que conducía a asumir una actitud o posición disciplinada en el cumplimiento de las cuotas de producción o suministro del azúcar en Colombia. Así, contrario a lo manifestado por los recurrentes, en las mismas fórmulas contenidas en las resoluciones proferidas por el Comité Directivo del FEPA, la Superintendencia de Industria y Comercio pudo establecer un sistema de incentivos que implícitamente direcciona los ingenios hacia una política de producción o suministro disciplinada y anticompetitiva por fuera del ámbito de intervención del Estado a través del referido instrumento de política pública.

Precisamente la importancia de ahondar en las resoluciones proferidas por el Comité Directivo del FEPA, radica en que, en estos instrumentos, la Superintendencia encontró cuándo, cómo y dónde quedaron sentadas aquellas reglas que desnaturalizaron el FEPA hacia un mecanismo idóneo, capaz y con la potencialidad de disciplinar los niveles de producción y suministro de cada uno de los ingenios azucareros, conducta que por su objeto está sujeta a represión en virtud del numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Adviértase que el problema jurídico que nos ocupa es diferente del relacionado con el pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de la Comunidad Andina de Naciones en el 2005 mencionado por los investigados, toda vez que en esta oportunidad el motivo de preocupación radica en la desnaturalización del FEPA frente a los lineamientos de la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 del 2000, al derivar en una herramienta para la asignación de cuotas y que fomenta el intercambio de información sensible. Una cosa es estar eventualmente de acuerdo con la existencia de un instrumento de política pública como el FEPA en una determinada coyuntura, y otra es estar en desacuerdo con que ese instrumento haya desbordado el ámbito de su intervención y que se haya desnaturalizado.

Adicionalmente, observa la Superintendencia de Industria y Comercio que los recurrentes plantearon un argumento contradictorio en cuanto a las conclusiones que encontró esta Superintendencia sobre el cálculo del Z para los ingenios B o en transición. De un lado, los recurrentes reconocen que los topes a los valores de Z para los ingenios del grupo B o en transición pretenden proteger a estos ingenios de fluctuaciones en el nivel de precios ocasionados por "incrementos de producción volátiles y aislados", pero por el otro lado, refutan el incentivo perverso encontrado por la Superindustria respecto de que el FEPA induce con una regla como la señalada a asignar cuotas de producción o suministro, toda vez que producir por encima de ese tope acarrea un castigo materializado con un mayor nivel de cesión o menor nivel de compensación que hace torpe o inviable ser indisciplinado.

En palabras de los recurrentes:

"Por su parte, el Factor de Corrección Histórico Superior implica que de presentarse una mayor producción que la de ciertos valores históricos, el Zi del ingenio se corregirá de tal forma que su PPPi se verá incrementado. En relación con el Factor de Corrección Histórico Superior, no puede olvidarse que el propósito de el (sic) FEPA es la estabilización de los precios del azúcar, justamente para controlar su volatilidad. En la medida en que las cantidades de producción de un ingenio obviamente afecta la cantidad de azúcar en el mercado y el precio de mercado de la misma, es apenas natural que se introduzca esta variable de tal forma que se proteja la industria de incrementos de producción volátiles y aislados".¹⁷⁹

Precisamente en el párrafo del recurrente anteriormente citado se observa la desnaturalización del mecanismo, teniendo en cuenta que se reconoce expresamente que el medio elegido para conseguir el fin legítimo, de acuerdo con la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000, de alcanzar la "estabilización de los precios del azúcar, justamente para controlar su volatilidad", fue precisamente el de diseñar un esquema que invitara a cada ingenio del grupo B a evitar "una mayor producción que la de ciertos valores históricos".

Adicionalmente, es erróneo afirmar, como lo realizan los recurrentes, que bajo la interpretación de la Superintendencia de Industria y Comercio se llegaría al absurdo de incentivar a los ingenios del grupo B o en transición a producir 0. La lógica de este argumento, básica y errada, parte de este silogismo: (i) a menor producción menor Z; (ii) a menor Z mayor compensación; (iii) entonces, a menor producción mayor compensación. El error detrás de este argumento de los recurrentes parte de omitir que el mecanismo mantiene el valor del Z invariable en 0, siempre y cuando el ingenio en

¹⁷⁹ Recurso de reposición presentado por INGENIO LA CABAÑA. Folio 29114 del Cuaderno Público 98 del Expediente.

transición no supere su límite de producción. En otras palabras, la primera premisa del silogismo no es cierta y eso desvirtúa el argumento presentado por los investigados.

A su vez, reprochan los investigados que la Superintendencia de Industria y Comercio no pudo demostrar que el comportamiento de la producción haya sido resultado de órdenes precisas para que se produjera un determinado número de quintales o que se dejara de producir otra cantidad, ni mucho menos que la relativa estabilidad observada en el mercado hubiere sido consecuencia del FEPA.

Frente a ese argumento reafirma esta Superintendencia lo manifestado en la Resolución Sancionatoria, cuando reconoció que la forma en la que se diseñó el funcionamiento del FEPA constituyó en sí mismo un mecanismo de desincentivos tendiente a mantener estables las cuotas de producción por parte de cada uno de los ingenios, pues, tal y como fue señalado, dicha estabilidad en las cuotas de participación de cada ingenio se consideró como necesaria para mantener un esquema de estabilización de precios al interior de la industria azucarera. Por tal razón no consideró necesario esta Superintendencia avanzar en una demostración adicional sobre la materialización de las preocupaciones en el mercado, toda vez que la simple potencialidad e idoneidad del mecanismo para erigirse como una herramienta de asignación de cuotas ya refleja una preocupación lo suficientemente importante en el marco del mandato legal de la Superintendencia de Industria y Comercio, en particular de acuerdo con el numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, es importante señalar que entre los mismos investigados existen diferentes versiones que son difíciles de conciliar e incluso contradictorias. En primer lugar, algunos investigados reconocen que hubo estabilidad en las cuotas de producción del sector y que tal situación es consecuencia natural del FEPA. Como lo afirma, en este caso, MANUELITA, quien señaló:

"La relativa estabilidad de MANUELITA en el volumen de ventas en el mercado interno es consecuencia natural de la aplicación del FEPA".¹⁸⁰

Por otro lado, otros investigados coinciden en reconocer que el mercado se caracteriza por bajas fluctuaciones en las cuotas de participación de cada uno de los ingenios. Sin embargo, señalan que tal hecho puede ser explicado por factores distintos al funcionamiento del FEPA:

"Todo lo anterior lleva a concluir que el hecho de que la participación de los ingenios en la producción del sector tenga unas fluctuaciones relativamente bajas, no implica que esa circunstancia implique un acuerdo de cuotas de producción, ni mucho menos producto de la regulación del FEPA, pues como se probó en el presente trámite el comportamiento de la producción en cada ingenio y su participación en la variación de la producción total del sector no necesariamente tienen causa en una práctica restrictiva de la competencia (...)

La relativa estabilidad en las participaciones de mercado en las que la Superintendencia fundamenta su acusación son explicables en gran medida por el hecho inocultable de que los terrenos disponibles para sembrar caña ya se encuentran ocupados por los ingenios en proporciones que difícilmente pueden presentar modificaciones y de que existe una frontera agrícola limitada que les impide a éstos adquirir nuevos terrenos para la siembra."¹⁸¹

Por último se encuentra que algunos investigados pretenden alegar a su favor el dinamismo que el mercado ha tenido a partir del crecimiento en la producción de los ingenios y sustentando esta posición en cifras que incluyen el total de la producción de azúcar más alcohol equivalente en azúcar:

"Desde la creación del FEPA, casi todos los ingenios han incrementado su producción, en promedio un 60% y algunos hasta un 446%. Como se puede apreciar en la siguiente tabla, el crecimiento de la producción ha sido constante, y contradice la efectividad del supuesto "castigo" que generaría el FEPA al crecimiento de la producción de un ingenio".¹⁸²

El ejercicio de comparar los diferentes argumentos esgrimidos revela notorias coincidencias y contradicciones. Algunos investigados coinciden en admitir que existe una baja fluctuación en las

¹⁸⁰ Memorial de Alegaciones frente al Informe Motivado presentado por INGENIO MANUELITA. Folio 21304 del Cuaderno Público 98 del Expediente.

¹⁸¹ Recurso de reposición presentado por INGENIO PICHICHÍ. Folio 28331 del Cuaderno Público 120 del Expediente.

¹⁸² Recurso de reposición presentado por INGENIO LA CABAÑA. Folio 29115 del Cuaderno Público 123 del Expediente.

cuotas de participación de cada ingenio, lo cual pone de presente que, para tales investigados, la estabilidad de las cuotas es una característica estructural del mercado al que concurren.

El investigado que alega en su favor el supuesto dinamismo en la producción de azúcar en Colombia introduce en sus cálculos un producto que no es objeto del FEPA (i.e. alcohol carburante derivado de caña de azúcar) y si se toman como ciertos dichos valores, se pregunta este despacho cómo fue posible tan llamativo incremento a pesar de las supuestas restricciones relacionadas con tierra disponible para siembra y frontera agrícola que adujeron a su favor otros investigados. La otra contradicción que se evidencia de bulto está relacionada con reconocer si es el FEPA o no, la causa en la estabilidad en las cuotas. Mientras que algunos investigados afirman con llamativa espontaneidad que la estabilidad en las cuotas es "consecuencia natural" del FEPA, otros categóricamente cuestionan la relación de causalidad entre el mecanismo y las participaciones de mercado.

En cuanto al tema relacionado con intercambio de información sensible entre competidores, los investigados manifestaron en su defensa que en el expediente obran 31 recursos de reposición y en subsidio de apelación que el **INGENIO PICHICHÍ** interpuso contra las liquidaciones del FEPA, entre mayo de 2010 y diciembre de 2012, lo que pone de presente que la retroalimentación de la información hacia los ingenios sí es útil e importante para la adecuada aplicación de las regulaciones del FEPA. También reposan en el expediente 84 recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos por el **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** entre mayo de 2005 y diciembre de 2012, y 2 recursos de reposición y en subsidio de apelación que interpuso **TRAPICHE LUCERNA** en enero y abril de 2005.

Sobre este punto la Superintendencia de Industria y Comercio reitera lo manifestado en su resolución de sanción en el sentido de reconocer que resulta altamente preocupante que agentes del mercado compartan información sensible y detallada, que bajo condiciones de competencia un agente del mercado no estaría dispuesto a compartir con sus competidores, como es el caso de niveles de producción, ventas históricas y derechos en el mercado interno. No obstante, el Despacho advirtió que el intercambio de información es una consecuencia más de la desnaturalización del FEPA derivada de la aplicación de las fórmulas de liquidación de las cesiones y compensaciones. Como se mencionó en la Resolución Sancionatoria, de no existir el mecanismo de intervención del FEPA en las condiciones de interdependencia explicadas, un intercambio de información como el observado podría dar lugar a sanciones por la autoridad de competencia.

Sobre la justificación del intercambio de la información sensible bajo el marco regulatorio actual, la Superintendencia coincidió con el MADR en el sentido de que toda esa "información es necesaria y ajustada al espectro de las operaciones de estabilización que realiza el FEPA". Por consiguiente, no es de recibo el comentario de los recurrentes según el cual, la Superintendencia "desnaturalizó" el concepto expedido por ese Ministerio. Lo que sí es preciso señalar es que una interpretación armónica de la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000 pone de presente que el FEPA no tiene ni puede tener como alcance el servir de instrumento para asignar cuotas de participación o suministro, posición frente a lo cual esta Superintendencia considera que existe una coincidencia con el MADR cuando este último afirma que "el FEPA no establece cuotas de mercado, (...) o niveles de producción (...)".

La Superintendencia coincide con el MADR en que el FEPA no es un instrumento previsto para la asignación de cuotas, pues ello no lo permite ni la Ley 101 de 1993 ni el Decreto 569 de 2000. Cuando el MADR en su concepto dice que el FEPA no establece cuotas de mercado o niveles de producción, pues lo dice en el contexto de que ese instrumento ni está creado para eso ni puede operar para eso. La diferencia entre la Superintendencia y el Ministerio no es de criterio jurídico, sino fáctico. En la investigación de la Superindustria se llegó a la conclusión de que el FEPA está desnaturalizado porque el mecanismo es idóneo, capaz y tiene la potencialidad de disciplinar los niveles de producción o suministro de cada uno de los ingenios azucareros y siendo ello así, pues la Superindustria concluye que sí está asignando cuotas y que no está creado para ello. Por su lado, el MADR dice que el FEPA no asigna cuotas porque no está creado para ello, pero eso lo dice así el Ministerio porque no conoce lo que la Superintendencia halló en esta investigación, es decir, que el FEPA, por el diseño y aplicación de las fórmulas de liquidación está asignando cuotas, fruto de su desnaturalización. Si el Ministerio hubiera advertido antes, lo que halló la Superintendencia, con toda seguridad hubiere arribado a la misma conclusión, es decir, que el FEPA no puede asignar cuotas pero que en la práctica lo está haciendo.

Obsérvese que el concepto del MADR no solo fue solicitado en el ARTÍCULO OCTAVO de la Parte Resolutiva de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, sino que fue tenido

en cuenta en los dos puntos que estaban relacionados directamente con los motivos de preocupación de esta Superintendencia en el marco del numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, a saber: la relación entre el FEPA, la asignación de cuotas y el intercambio de información sensible. En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio está en desacuerdo con el argumento de los investigados según el cual, este Despacho se apartó del concepto expedido por el MADR sin justificar los motivos jurídicos y económicos en contra de lo estipulado en el artículo 8 de la Ley 1340 de 2009.

El análisis del concepto fue esencial para que esta Superintendencia concluyera que las actuaciones de los investigados, incluyendo el intercambio de información sensible, se enmarcaban dentro de lo permitido por el marco de la regulación del FEPA y que, por consiguiente, no correspondía atribuir responsabilidad administrativa a los investigados por esta conducta en el marco del numeral 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009. En consecuencia este Despacho no se apartó de dicho concepto.

En conclusión y al margen de las divergencias encontradas entre las diferentes versiones de los investigados sobre el efecto del FEPA en el mercado, llama la atención de este Despacho que los investigados hayan coincidido en reconocer la estabilidad en las cuotas de participación. Adicionalmente esta Superintendencia insiste en que su preocupación radica principalmente en que el FEPA se erige en sí mismo como un mecanismo idóneo, capaz y con la potencialidad de desincentivar la modificación en las cuotas de producción suministro por parte de cada uno de los ingenios azucareros y, adicionalmente, fomenta el intercambio de información sensible. Así, la concurrencia de estos dos elementos (i.e. herramienta para la asignación de cuotas y relativa estabilidad de participaciones según los mismos investigados), genera una preocupación mayor de política pública que fue precisamente lo que motivó a esta Superintendencia a avanzar en la orden de revisión del FEPA, para que se ajuste a los términos de la intervención establecidos por la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000.

4.17.2. Sobre la legalidad de la orden de revisión de las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones en el marco del FEPA

Frente a los argumentos relacionados con que la Superintendencia de Industria y Comercio no cuenta con las facultades para emitir la orden contenida en el **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución Sancionatoria, este Despacho precisa a los investigados que las disposiciones legales sobre protección de la libre competencia y las que establecen las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, consagran la facultad de esta Entidad no solo para adoptar las órdenes a que haya lugar para restablecer las condiciones de competencia afectadas por conductas anticompetitivas en el marco de una investigación, sino también para velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la libre competencia en los mercados nacionales.

En efecto, como puede observarse a continuación, el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, señala tal función de la Superintendencia de Industria y Comercio:

"Artículo 1. Funciones Generales. (...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales."

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 establece los asuntos sobre los cuales versan las órdenes e instrucciones que puede proferir el Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

8. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.

(...)

19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Como puede observarse de las normas transcritas, la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio que le permite dictar las órdenes que sean necesarias para asegurar la observancia de las disposiciones sobre protección de la libre competencia en los mercados nacionales, no se encuentra circunscrita a unos agentes del mercado o a una entidad en particular, o a aquellos previamente vinculados a una actuación administrativa, sino que la misma es general, de tal manera que abarca a todo aquel que esté en condiciones de dar cumplimiento a las órdenes impartidas con los fines mencionados, con independencia de si tiene la condición o no de investigado.

La anterior conclusión surge también de un análisis lógico y sistemático de los numerales 8 y 19 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, toda vez que en el numeral 8 se encuentran las órdenes que únicamente pueden ser dirigidas a los investigados, al paso que el numeral 19 se contemplan las órdenes, y en general cualquier otro tipo de medidas que pueden adoptarse para "*velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*", sin que implique que estas órdenes estén limitadas a los investigados. Si la norma no trae distinción, mal podría el intérprete introducir una restricción a la facultad general de la Autoridad prevista en el ordenamiento jurídico.

La interpretación sistemática y el principio del efecto útil de las disposiciones jurídicas como criterio hermenéutico ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, el cual enseña que el ordenamiento jurídico debe interpretarse coordinadamente y preferirse aquel sentido que le de vida, razón de ser o utilidad al precepto objeto de interpretación. En este caso en particular, el efecto útil no puede explicarse en la existencia de dos disposiciones independientes (numeral 8 y 19) que regulen lo mismo, pues ello en la práctica anularía la existencia de una de las dos por redundante. Si el legislador previó dentro de las funciones del Superintendente de Industria y Comercio dos normas independientes redactadas en términos distintos es porque necesariamente están regulando dos situaciones diferentes. Por esta razón, es viable y jurídicamente atendible la interpretación según la cual en el numeral 8 se regulan las órdenes dirigidas a los infractores y en el numeral 19 se regulan las órdenes dirigidas a cualquier otro sujeto de cuya conducta dependa el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado.

En el presente caso, el **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución No. 80847 de 2015 ordenó al Comité Directivo del **FEPA** que revise las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones, con el fin de asegurar que no tenga por objeto o efecto, la asignación de cuotas de producción o suministro en el mercado del azúcar, el intercambio de información sensible o cualquier otro efecto anticompetitivo no amparado en los términos de la intervención (Ley 101 de 1993 y Decreto 569 de 2000). Esta orden fue dictada como consecuencia del ejercicio del deber legal de la Superintendencia de Industria y Comercio de velar porque se restablezcan las condiciones de competencia afectadas con la desnaturalización del **FEPA**, descrita detalladamente en la Resolución Sancionatoria, y que no se encuentran amparadas por la intervención del Estado en los términos del artículo 31 de la Ley 1340 de 2009.

Por lo anterior, el argumento relacionado con que la Superintendencia de Industria y Comercio no contaba con facultades para dictar las órdenes impartidas en el **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución Sancionatoria debe ser rechazado, comoquiera que no se encontró que con dicha disposición se haya infringido el ordenamiento legal sino que precisamente, se está protegiendo el ordenamiento legal respecto de la libre competencia económica.

Es importante resaltar que esta Superintendencia no realizó un análisis de legalidad característico de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que se limitó a analizar si el marco regulatorio del **FEPA** se encontraba dentro de los términos de la intervención contenidos en la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000, toda vez que en caso de responder negativamente a esta pregunta, como en efecto sucedió en el caso que nos ocupa, resulta apenas lógico que esta Entidad conserve la posibilidad de ejercer algunas de sus funciones, comoquiera que no se cumple el único presupuesto para que la excepción de la aplicación del régimen de competencia, contenida en el artículo 31 de la

Ley 1340 de 2009, se haga exigible plenamente tal y como se les explicó a los investigados en la resolución recurrida.

Además, es evidente que la regulación del **FEPA** contenida en las Resoluciones expedidas por su Comité Directivo, siguen vigentes en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, son aplicables a pesar de su evidente carácter anticompetitivo, lo cual descarta de suyo el argumento de que la Superintendencia de Industria y Comercio se abrogó competencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues de ser ello cierto, la regulación del **FEPA** habría desaparecido del ordenamiento jurídico.

Precisamente esta Superintendencia, luego de acreditar que era necesario que el **FEPA**, como instrumento de política pública, se ajustara a los fines y lineamientos señalados por las normas que le dieron origen, así como al régimen de libre competencia económica, procedió a expedir una orden de revisión de las fórmulas para la liquidación de compensaciones y cesiones al interior del **FEPA** con el fin de asegurar que no tenga por objeto o efecto la asignación de cuotas de producción o suministro, ni el intercambio de información sensible.

Adviértase que en ejercicio de sus facultades de inspección, vigilancia y control, esta Superintendencia se enfocó en expedir una orden de revisión de un instrumento de política pública que se ha desbordado, la cual, como es evidente, tiene como destinatarios de su ejecución aquellas entidades del Gobierno Nacional encargadas del diseño de esa política pública y que concurren al Comité Directivo del **FEPA** en ejercicio de tales funciones, ello es, el **MADR** y el **MINCIT**. Por consiguiente, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que los investigados y los otros particulares que no obstante participan en el Comité Directivo del **FEPA**, no son los responsables de conducir u orientar la política pública económica dada por estos instrumentos de intervención y carecen en consecuencia de legitimación en la causa para que en nombre de quienes sí tienen esa responsabilidad esgriman este argumento y mucho menos referida a la revocatoria de esta orden en particular, pues los únicos que la tienen –la legitimación en la causa- son los destinatarios de la orden, es decir, el hacedor de política pública que como se dijo es el Gobierno Nacional en cabeza del **MADR** y del **MINCIT**.

De hecho, también la Superintendencia hace claridad sobre la circunstancia de que con su orden de revisión de las fórmulas del **FEPA**, para que estas se adecúen a los fines de la política pública, no significa que la Superintendencia esté determinando dicha política pública, pues ella es facultad del Gobierno Nacional a través de los ministerios respectivos. Obsérvese que no existe ninguna orden de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la estabilización de precios que es el objeto natural de la política pública a que se refieren la Ley 101 de 1993 y el Decreto 569 de 2000 habida cuenta de que la orden, se reitera, recae es sobre el diseño y los efectos de la fórmula de cara a la asignación de cuotas de producción y suministro, las cuales, como se ha dicho, son completamente ajenas a la política pública de la estabilización de precios.

En cuanto al argumento de las intervinientes según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio no se pronunció sobre la responsabilidad administrativa y/o disciplinaria de los funcionarios del Gobierno Nacional que intervinieron en la aprobación y ejecución del marco regulatorio del **FEPA**, este Despacho reitera que frente a la presente conducta se determinó que no procedía la imposición de sanciones a personas naturales ni jurídicas, debido a la limitación de las facultades impuestas por el artículo 31 de la Ley 1340 de 2009. Adicionalmente, debe señalarse que en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos no se involucró a la actuación administrativa sancionatoria a ninguna persona natural o jurídica de perteneciente a ninguna autoridad pública y tampoco se está endilgando a ningún funcionario la violación de la ley, simplemente, se encontró, objetivamente, que hay una situación que corregir en el mecanismo de intervención denominado **FEPA**.

Por último, señalaron los investigados que no es procedente que la Superintendencia sugiera un cambio estructural en el funcionamiento del **FEPA** teniendo en cuenta que dicha modificación ya se llevo a cabo mediante la Resolución **FEPA** No. 4 de 2015, así como de la terminación del régimen de transición para los ingenios del grupo B a finales de 2013. Al respecto debe señalarse, que el presente acto administrativo por medio del cual se resuelven los recursos de reposición, no es el escenario para determinar si efectivamente las modificaciones realizadas en la Resolución No. 4 de 2015 del **FEPA** y la terminación del mencionado régimen de transición, se ajustan o no a las órdenes dadas al Consejo Directivo del **FEPA** en la Resolución Sancionatoria y si con ellas se da cumplimiento a tal orden en su integridad, máxime si para ello se ha conferido un plazo de seis (6) meses.

4.18. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la participación, responsabilidad y dosificación de las sanciones a las personas naturales.

A continuación este Despacho dará respuesta a los argumentos presentados por las personas naturales investigadas en sus escritos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

Sobre este punto, no puede perderse de vista que la responsabilidad de las personas naturales involucradas debe circunscribirse a la conducta principal investigada y sancionada. En este caso, como ya se ha mencionado en varias ocasiones, se presentó un acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial en el que cada una de las 15 personas jurídicas que actuaron como co-cartelistas (12 ingenios azucareros, 2 empresas del sector y 1 gremio) participó de manera continua o permanente, en una conducta que tuvo por objeto obstruir o restringir las importaciones de azúcar al país, lo cual se encuentra ampliamente demostrado en la presente investigación.

Quiere decir lo anterior que para efectos de determinar la responsabilidad individual de las personas naturales investigadas, que dicho sea de paso, han ocupado los más altos cargos directivos en las empresas y demás personas jurídicas involucradas en el cartel empresarial, se tuvo en cuenta que todas las personas jurídicas sancionadas hicieron parte del cartel como co-cartelistas durante todo el tiempo de duración del acuerdo anticompetitivo sancionado, lo que no significa necesariamente que las personas naturales que actuaron como sus representantes legales, administradores o altos funcionarios, hayan colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta sancionada durante todo el tiempo del cartel, por cuanto en cada caso, se hizo necesario determinar el periodo de tiempo en que ellas -las personas naturales- estuvieron vinculadas con las respectivas personas jurídicas sancionadas.

De esta manera, al entender el *modus operandi* de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia - intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo, pero que contribuyó efectivamente en el esquema anticompetitivo.

Como se explicó suficientemente en el numeral 9.7. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio puede "*declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona involucrada con la conducta anticompetitiva*" del agente del mercado, cuando encuentra "[P]rueba directa sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción"; o cuando encuentre "[P]rueba directa sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma"; o cuando encuentre "[P]rueba indiciaria de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios".

Importante es resaltar lo dicho en relación con la prueba indiciaria, en la medida en que "*con este último escenario, cobran especial relevancia en el análisis indiciario (i) quienes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio y la Ley 222 de 1995, recaen unos deberes fiduciarios; y (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administrador, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, la Superintendencia deberá analizar las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las averiguaciones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios*".

Ahora bien, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, en la presente actuación administrativa se encontraron pruebas por las que se vincula a cada persona natural que constituyen evidencias directas o indiciarias de la existencia de la conducta obstructiva por parte de los investigados, y de la participación de las personas naturales en las mismas (bien sea por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas sancionadas), de conformidad con la valoración general y en conjunto que efectuó el Despacho del material probatorio obrante en el expediente, así como lo expuesto en relación con el principio de congruencia, siendo el objetivo de la investigación encontrar pruebas y hechos que determinen cuales son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas.

Para analizar los argumentos esgrimidos por los recurrentes en sus recursos de reposición, el Despacho hará explícita la referencia a los criterios establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, para determinar si las sanciones a las personas naturales deben ser confirmadas, modificadas o revocadas. Establece este artículo lo siguiente:

"Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La persistencia en la conducta infractora.*
- 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 3. La reiteración de la conducta prohibida.*
- 4. La conducta procesal del investigado, y*
- 5. El grado de participación de la persona implicada.*

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

En el presente caso, el criterio de *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, no era aplicable por cuanto como ya se anotó al momento de la dosificación respecto de las personas jurídicas, se trata de una conducta por objeto y no de una conducta por efecto. El criterio de *conducta procesal del investigado*, generó un efecto neutro sobre la dosificación de la sanción, habida cuenta de que todos los investigados ejercieron su derecho de defensa y contradicción de igual manera, sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa. En relación con la *reiteración de la conducta prohibida*, el Despacho consideró en cada caso particular la existencia de antecedentes por infracciones del régimen de protección de la libre competencia económica.

Frente al criterio de *persistencia de la conducta infractora*, el Despacho tuvo en cuenta el tiempo en que la persona natural estuvo vinculada con la persona jurídica sancionada en relación con la duración del cartel empresarial. Finalmente, sobre el criterio de *grado participación de la persona implicada*, el Despacho reitera que en las condiciones del presente cartel, todos los co-cartelistas personas jurídicas tienen igual grado de participación; sin embargo, para el caso específico de las personas naturales que son quienes con su conducta activa u omisiva materializan y ponen en marcha el cartel empresarial, el Despacho apreció las pruebas directas y las indiciarias respecto de cada investigado persona natural para determinar su responsabilidad y también para dosificar la sanción.

Este Despacho hace claridad sobre el hecho de que el ejercicio de revisión de las sanciones impuestas a los investigados personas naturales provocado por los recursos de reposición, encuentra como límite máximo la sanción impuesta en la Resolución Sancionatoria, en la medida en que la misma no puede ser objeto de incremento por tratarse de impugnaciones presentadas por un recurrente único (principio de *no reformatio in pejus*).

El Despacho, con el fin de garantizar que la sanción a imponer o impuesta no fuera expropiatoria o confiscatoria frente a la persona natural sancionada, analizó en este caso, tanto los ingresos como el patrimonio del infractor, como criterios auxiliares para efectos de su dosificación, sin importar que

dichos criterios auxiliares no estén previstos expresamente en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, pero sí entre los principios constitucionales (norma superior) que inspiran el derecho sancionatorio y que prohíben las multas confiscatorias (artículo 34 de la Constitución Política).

Por otra parte, no existe ninguna lógica en el argumento, según el cual, la multa impuesta a las personas naturales no puede representar para ellas un porcentaje superior de sus ingresos o patrimonio, del que representa para las personas jurídicas el valor de la multa respecto de su propio patrimonio o ingresos. El planteamiento de los recurrentes en este particular es caprichoso y desconoce que hace toda lógica que las personas vinculadas con el agente económico infractor soporten, en proporción, más severas consecuencias, si se tiene en cuenta que son ellas quienes resultan determinantes para la concreción de la práctica anticompetitiva.

Sobre este particular debe llamarse la atención en que si el diseño institucional de la política pública sobre la protección de la libre competencia económica en Colombia tiene prevista la posibilidad de atribuir responsabilidad a las personas que colaboran, facilitan, autorizan, ejecutan o toleran prácticas restrictivas de la competencia en su condición de administradores o vinculados con el agente económico infractor, es precisamente porque la sanciones que por esta causa se les pueden imponer cumplen de manera más efectiva con el propósito de generar efectos disuasorios tanto sobre la empresa declarada responsable, como sobre el propio individuo infractor para evitar su reincidencia y sobre la sociedad como un todo.

En efecto, además del propósito retributivo que se persigue en el ejercicio de *ius puniendi* del Estado, en los procesos administrativos sancionatorios la autoridad debe asegurar que los efectos de prevención general y prevención especial de la sanción se realicen en forma efectiva, esto es, como atrás se indicó, que tanto el individuo como la sociedad se vean disuadidos de infringir la ley. En concreto, en los casos de infracciones de la libre competencia económica, la manera efectiva de disuadir para que los agentes económicos infractores no reincidan en la conducta, ocurre por la vía de asegurar que los administradores y demás sujetos vinculados con ellos y que en últimas hicieron posible su consumación, soporten las consecuencias previstas en la ley con toda severidad, aún mayor con la que la empresa debe soportarlas, pues al final esto último termina gravando a sus dueños o socios quienes incluso podrían ser ajenos a la conducta ilegal que se reprime. Lo anterior, además, hace sentido si se tiene en cuenta que la cultura empresarial de respeto por la ley es una responsabilidad principalmente de las personas que conducen el día a día de la administración y los negocios de la empresa.

Esta aproximación al tema no es exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino una tendencia general en el diseño institucional de muchos países, al punto que se llegan a considerar no solo multas económicas para los administradores y personas vinculadas con el infractor, sino también penas privativas de la libertad e inhabilidades temporales para el ejercicio de la profesión u oficio, o imposibilidad temporal de ejercer cargos directivos en la misma empresa o en cualquier otra. Por supuesto, las compañías o empresas deben ser sancionadas pero la tendencia mundial apunta a que la responsabilidad administrativa, civil y penal de los administradores y personas vinculadas con ellas es un asunto prioritario y constituye el mecanismo para asegurar la salvaguarda de los derechos colectivos, así como el éxito de la política pública.

En estas condiciones, no resulta caprichoso que en la Resolución Sancionatoria, en relación con las empresas infractoras, la Superintendencia hubiese considerado un umbral o tope de la sanción en términos porcentuales respecto de sus ingresos operacionales y patrimonio del 6%¹⁸³, el cual es inferior al que se propuso para las personas naturales equivalente al 15% aprox.¹⁸⁴ del patrimonio. Como se verá más adelante, este ejercicio para las personas naturales se mantuvo, pero se introdujo otro criterio auxiliar de ajuste referido a los ingresos recibidos por concepto de renta, con un tope de hasta el 40% aprox. de dichos ingresos en el año.

A continuación se analizará la situación particular de cada uno de los investigados sancionados – personas naturales.

¹⁸³ O del 6,6% cuando la persona jurídica reporta antecedentes de infracciones al régimen de libre competencia, evento en el cual la Superintendencia aplicó la circunstancia de agravación aumentando la multa en un 10%.

¹⁸⁴ O del 16,5% cuando la persona natural reporta antecedentes de infracciones al régimen de libre competencia, evento en el cual la Superintendencia aplicó la circunstancia de agravación aumentando la multa en un 10%

4.18.1. LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO (Representante Legal y Presidente de ASOCAÑA).

Tal y como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**) en relación con la conducta sancionada a **ASOCAÑA**, fue demostrada mediante varias pruebas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, correos electrónicos y testimonios, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **ASOCAÑA** y que constituyen prueba directa o indiciara, según el caso, de la responsabilidad de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO**.

En efecto:

- En el Acta 001 del 2 de marzo de 2007 del Comité Directivo del **FEP** suscrita, entre otros, por **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), se observa que los investigados manifestaron que las importaciones de azúcar son la causa del problema que los afecta.

- **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), es destinatario de la cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno Nacional a **DINPRO LTDA** (mayor importador de Azúcar a Colombia) para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En esta cadena se encuentran respuestas sucesivas por parte de **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), emitidas entre el 19 y el 23 de marzo de 2008, y en las que se encuentra como destinatario **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), entre otros funcionarios y representantes de los ingenios investigados.

- Como corolario de la mencionada cadena de comunicaciones, **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), obra como remitente en correo electrónico del 23 de marzo de 2008 enviado a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y a **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), en el que expresó su aprobación sobre la iniciativa de incrementar el consumo *per cápita* "tan golpeado por la práctica histórica de restringir la oferta", al tiempo que propone tratar la problemática discutida en los correos electrónicos en una reunión de los ingenios azucareros para llevarse a cabo en las instalaciones de **ASOCAÑA**.

- Posteriormente, en **ASOCAÑA** se elabora en una presentación en *PowerPoint* denominada "**ESTRATEGIA ASOCAÑA VI-8-Direccionamiento Estratégico Gremial-junio de 2008**", circulada como anexo de un correo electrónico enviado por **JOHAN MARTINEZ**, funcionario de **ASOCAÑA**, a distintos funcionarios de **ASOCAÑA** (**JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, **CLAUDIA XIMENA CALERO**, **JORGE ERNESTO REBOLLEDO**, **ALEXANDER CARVAJAL CUENCA**, **NATALIA JARAMILLO**, **JOSUÉ PELAÉZ GUEVARA** y **CARMEN LUCÍA ASTUDILLO**).

- En el correo electrónico del 10 de febrero de 2010 enviado por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) a **HAROLD ÉDER** (miembro de Junta de **INGENIO MANUELITA**), **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como respuesta a una cadena de correos enviados por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), en la que adjunta una Presentación en *PowerPoint* denominada "**ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES**", en el que se vincula a **ASOCAÑA** como escenario de concertación en el que se discutiría el "viernes" ese "**ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES**".

- **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**) figura como destinatario, entre otros funcionarios y representantes de los ingenios investigados, en el correo remitido el 20 de abril de 2010 por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**). En esta comunicación, tal como se indicó, se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, (funcionaria de **ASOCAÑA**).

- Igualmente, se comprobó que el proceso de negociación para la importación de azúcar adelantado entre **NACIONAL DE CHOCOLATES** y el **INGENIO SAN RAMÓN COOPECAÑERA** de Costa Rica entre mayo y junio de 2011, se vio obstaculizado por la necesidad de que **ASOCAÑA** aprobara la operación de comercio exterior, situación en la cual quedó demostrada la intervención de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**).

Las anteriores pruebas, entre otras que fueron analizadas en su conjunto, llevaron al Despacho a concluir que **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente y Representante Legal de **ASOCAÑA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar encaminado a colaborar, autorizar y ejecutar la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consistente en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** ha sido el Presidente y Representante legal de **ASOCAÑA** desde el 17 de julio de 2006 hasta la fecha¹⁸⁵, por lo que igualmente se prueba que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió en la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **ASOCAÑA** como **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.1. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria, se le impuso a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente y Representante Legal de **ASOCAÑA**), una sanción por valor de \$ **61.857.600.00** equivalentes a **96 SMLLV**, que corresponden al [] aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2013, y al [] aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2013. Adicionalmente, la sanción y equivale al 4.8% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente y Representante Legal de **ASOCAÑA**).

4.18.2. CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ (Presidente de CIAMSA)

Tal y como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente y Representante Legal de **CIAMSA**) en relación con la conducta sancionada a **CIAMSA**, fue demostrada mediante varias pruebas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **CIAMSA**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**) en la que figura **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente y Representante Legal de **CIAMSA**), y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente.

- Correo electrónico del 26 de agosto de 2008, remitido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente General de **DICSA**) dirigido a **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**) y a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), en el que se adjunta informe sobre una visita a Bolivia en agosto de 2008 y en el que se observan claramente que los objetivos de la visita eran, de una parte, asumir el control de los excedentes de azúcar bolivianos para evitar que quedara en manos de importadores colombianos y, de la otra, suplir el desabastecimiento por el paro de corteros. Este informe igualmente da detalles de la gira por Suramérica (Argentina, Ecuador y Bolivia) por parte de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**).

¹⁸⁵ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 19993 del Cuaderno Público 94 del Expediente 10-57750.

- Correo electrónico del 2 de septiembre de 2008 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), cuya comunicación adjunta es firmada por este y por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), y la cual da cuenta de los avances de las negociaciones en Bolivia. Esta comunicación tiene como destinatarios a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**).

- El correo mencionado da inicio a una cadena de comunicaciones en las que, como ya se indicó, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), mediante correos del 2 y 3 de septiembre de 2008, da respuesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), respuestas que son copiadas a **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**); **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**); **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**); **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) y **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**). Esta cadena demuestra la relación existente entre **CIAMSA**, **DICSA** y los ingenios sancionados, así como su conocimiento del objetivo perseguido en las negociaciones con los ingenios bolivianos.

- Como corolario de lo anterior, se encuentra el correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados.

- Correo electrónico del 26 de diciembre de 2008, enviado por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), y respondido por este último, en el cual se evidencia que el propósito de las negociaciones con los ingenios bolivianos era "cerrarle la puerta a los importadores".

- Correo del 10 de marzo de 2009 enviado por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) por medio del cual informa sobre otra visita a Bolivia, en la que, entre otras circunstancias, se amenazó a los ingenios bolivianos con inundar dicho país con azúcar colombiana en caso de que llegasen a surtir a los importadores colombianos con azúcar boliviana, así como del "compromiso unánime de todos que no llegará un solo grano de azúcar boliviano importado por comerciantes colombianos o extranjeros".

- Correo electrónico del 19 de abril de 2009, remitido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**) y dirigido a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), informando sobre una nueva visita a Bolivia en abril de 2009. El informe da cuenta de que los sancionados deben "dar la guerra en el MI [mercado interno] colombiano para que no entre azúcar Boliviano" y de las retaliaciones a tomar si el azúcar boliviana entra a Colombia, consistentes en llevar azúcar a Bolivia y desestabilizar su mercado interno.

- Cadena de correos electrónicos del 18 de mayo de 2009, en los que la Asociación de Azucareros de Guatemala **ASAZGUA** avisa a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** y **ANGÉLICA OSPINA** de **CIAMSA** sobre una transacción de importación por parte de la empresa **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE LECHE S.A. / DISNAL S.A.**

- Documento titulado "COMPRAVENTA DE AZUCAR PLURAL Mayo 12-09.doc", el cual contiene cláusulas de la estrategia obstructiva de los sancionados para impedir la entrada de azúcar boliviana a Colombia, y remitido por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**) a los azucareros bolivianos, y copiado a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**), mediante correo electrónico del 14 de mayo de 2009.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a varios funcionarios y representantes de los ingenios investigados,

mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

Las anteriores pruebas, entre otras que fueron analizadas en su conjunto, llevaron al Despacho a concluir que **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, (Presidente y Representante Legal de **CIAMSA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar encaminado a facilitar, ejecutar y tolerar la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consistente en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

Ahora bien, indica **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), en su escrito de reposición, que las denominadas pruebas "directas" usadas por el Despacho, y arriba relacionadas, para fundamentar la sanción en su contra son nulas por no haber sido mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y sobre las cuales no se le dio la oportunidad de controvertirlas, afirmaciones las cuales no resultan de aceptación toda vez que, tal y como se expuso en el acápite correspondiente al principio de congruencia, las pruebas y hechos encontrados que soportaron la sanción impuesta mediante la Resolución No. 80847 de 2015, además de constituir pruebas regular y oportunamente allegadas a la investigación, y de paso válidamente practicadas y obrantes en el expediente, no implicaron ningún cambio en las imputaciones fáctica y jurídica formuladas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

De otra parte, no se acepta la afirmación del recurrente según la cual en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no se especificaron los verbos rectores del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 por los cuales fue vinculado, mientras que en la Resolución Sancionatoria se le impuso una multa por tolerar, facilitar y ejecutar la conducta infractora, verbos que, a su juicio comprenden "grados de participación diferentes y excluyentes".

Teniendo igualmente en cuenta lo señalado por este Despacho frente a los argumentos relacionados con la congruencia, es claro que el objetivo de la investigación es precisamente encontrar pruebas y hechos que determinen cuáles son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas o si, por el contrario, llevan a concluir que no se cometió ninguna de ellas. En el presente caso, tal y como se indicó, este Despacho encontró que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, las acciones desplegadas por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, (Presidente de **CIAMSA**), se enmarcaron concretamente en facilitar, tolerar, y ejecutar la conducta infractora en que incurrió la co-cartelista **CIAMSA**, verbos que en el presente caso no se excluyen entre sí, contrario a lo erróneamente afirmado por el investigado al asumir que se trata de una única acción, ya que al ser una conducta continuada, permanente o de tracto sucesivo esta se desarrolla a través de distintas acciones ejecutadas en el tiempo. En algunas de ellas, su actuación fue la de ejecutor, en otras la de tolerarlas y en otras las de facilitarlas, como se desprende de las pruebas arriba relacionadas y obrantes en el expediente.

Debe ser rechazada igualmente la afirmación del recurrente según la cual, en relación con los hechos por los que se le impuso la sanción operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio. Tal y como lo explicó el Despacho en el acápite relativo a los argumentos relacionados con la caducidad, se probó en la investigación que la conducta de los sancionados fue permanente, continuada o de tracto sucesivo y el término de caducidad nunca operó respecto de los agentes del mercado sancionados. Tampoco puede predicarse la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, (Presidente de **CIAMSA**) toda vez que se encuentra demostrado que su participación en la conducta continuada se extendió a la totalidad del tiempo en que fue ejecutada.

Señala **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** en su escrito de reposición, que no asistió a la reunión de la Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre de 2008, la cual consta en la mencionada acta No. 736, por lo que dicho documento no puede constituirse como prueba de su responsabilidad. Para el Despacho esta afirmación no es de recibo por cuanto, de conformidad con la valoración en conjunto de las pruebas obrantes en el expediente y que dan cuenta de la participación de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** en la conducta anticompetitiva sancionada, lo aprobado en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre de 2008, fue consecuencia de las visitas y negociaciones hechas en Bolivia por parte de **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Presidente de **DICSA**), las cuales fueron comunicadas e informadas de manera directa y periódica al recurrente **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), como fruto de la relación existente entre **CIAMSA**, **DICSA** y los ingenios sancionados, y que tenían el objetivo anticompetitivo de asumir el control de los excedentes de azúcar bolivianos para evitar que quedara en manos de importadores colombianos.

Finalmente, no resulta de recibo la observación del recurrente **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) al señalar que para la época de la cadena de correos del 18 de marzo de 2008 no era el representante legal de **CIAMSA**, ya que debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a la valoración en conjunto del material probatorio obrante en el expediente y según lo expuesto en esta resolución, la mencionada cadena de correos del 18 de marzo de 2008 constituye una de las tantas pruebas que demuestran intención obstructiva por parte de los investigados.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, ha sido el Presidente de **CIAMSA** desde el 21 de abril de 2008 hasta la fecha¹⁸⁶, por lo que igualmente se prueba que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió en la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **CIAMSA** como **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.2. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria, se le impuso a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), una sanción por valor de \$ **91.497.700.00** equivalentes a **142 SMMLV**, que corresponden al [REDACTED] aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al [REDACTED] aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción y equivale al 7.1% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **CLEMENTE CARLOS MIRA** (Presidente **CIAMSA**).

4.18.3. JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ (Presidente de INGENIO INCAUCA)

Tal y como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) en relación con la conducta sancionada a **INGENIO INCAUCA**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO INCAUCA**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ**.

¹⁸⁶ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 20019 del Cuaderno Público 94 del Expediente 10-57750.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**) en la que figura **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ**, (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) también aparece copiado como destinatario **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**)

- Correo electrónico del 2 de septiembre de 2008 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), cuya comunicación adjunta es firmada por este y por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), y la cual da cuenta de los avances de las negociaciones en Bolivia. Esta comunicación tiene como destinatario a **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ**, (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), entre varios representantes y funcionarios de los ingenios sancionados.

- El correo mencionado da inicio a una cadena de comunicaciones en las que, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) mediante correos del 2 y 3 de septiembre de 2008, da respuesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), respuestas que son copiadas a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos, **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**). Esta cadena demuestra la relación existente entre **CIAMSA**, **DICSA** y los ingenios sancionados, así como su conocimiento del objetivo perseguido en las negociaciones con los ingenios bolivianos.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos, **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUEZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

Las anteriores pruebas, entre otras que fueron analizadas en su conjunto, llevaron al Despacho a concluir que **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**) incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en tolerar la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

Como consecuencia de lo anterior, no es de aceptación que el investigado afirme que, a pesar de que exista evidencia del envío de los correos por los cuales se le vincula, no está probado que efectivamente los haya recibido o leído, ya que por el hecho de ser titular de la cuenta de correo a la que fueron enviados y tener la calidad de Presidente de **INGENIO INCAUCA** estaba en la posición y el deber de conocer el contenido de dichos correos, adicionalmente debe recordarse que los investigados lo fueron porque "los ingenios estarían acordando la restricción u obstrucción de las importaciones de azúcar al país, a través de los escenarios de cooperación horizontal que tienen establecidos, esto es **ASOCAÑA, DICSA y CIAMSA**, a los que pertenecen y que de hecho presiden", y el **INGENIO INCAUCA**, hace parte de estas 3 entidades sancionadas todas como co-cartelistas.

Finalmente, no se acepta la afirmación del sancionado en el sentido de señalar que la cadena de correos del 18 de marzo de 2008 no da cuenta de la existencia de una conducta infractora, ya que de conformidad con la valoración en conjunto del material probatorio obrante en el expediente, dicho correo efectivamente constituye una prueba más de la obstrucción por parte de los investigados, de acuerdo con lo expuesto en el acápite de la presente resolución relativo al valor probatorio de la evidencia obrante en el expediente. La Superintendencia reitera, que la investigación no se basa exclusivamente en ese correo o una serie de correos en torno a él, sino muy por el contrario se trata de una conducta permanente, de tracto sucesivo o continuada debidamente probada a través de múltiples pruebas que analizadas en su conjunto acreditan la existencia de la conducta anticompetitiva.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** ha sido el Presidente de **INGENIO INCAUCA** desde el 18 de junio de 1980 hasta la actualidad¹⁸⁷, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió a la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO INCAUCA** como **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.3. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria, se le impuso a **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), una sanción por valor de \$ 275.781.800.00 equivalentes a 428 SMMLV¹⁸⁸, que corresponden al [REDACTED] aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al [REDACTED] aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 21.4% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**).

4.18.4. ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ (Gerente de INGENIO MANUELITA)

Tal y como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) en relación con la conducta sancionada a **INGENIO MANUELITA**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO MANUELITA**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**.

En efecto:

- En el Acta 001 del 2 de marzo de 2007 del Comité Directivo del **FEPa** suscrita, entre otros, por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), se observa que los investigados manifestaron que las importaciones de azúcar son la causa del problema que los afecta.

¹⁸⁷ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folios 422 a 426 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

¹⁸⁸ En la resolución Sancionatoria, la sanción impuesta en letras y en pesos, fue de \$ 275.781.800.00, y su equivalencia en letras fue de 428. Sin embargo, se indicó en números que los SMMLV fueron 143, lo cual respondió a un error de tipo.

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO**, Gerente de **DICSA**, en la que figura **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR**, Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO**, Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**, también aparece copiado como destinatario **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**).

- Correo electrónico del 2 de septiembre de 2008 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), cuya comunicación adjunta es firmada por este y por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), y la cual da cuenta de los avances de las negociaciones en Bolivia. Esta comunicación tiene como destinatarios a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**).

- El correo mencionado da inicio a una cadena de comunicaciones en las que, como ya se indicó, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, mediante correos del 2 y 3 de septiembre de 2008, da respuesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), respuestas que son copiadas a varios representantes de los ingenios sancionados, entre ellos **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**). Esta cadena demuestra la relación existente entre **CIAMSA**, **DICSA** y los ingenios sancionados, así como su conocimiento del objetivo perseguido en las negociaciones con los ingenios bolivianos.

- Como corolario de lo anterior, se encuentra el correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Particularmente, se señala en el acta citada lo siguiente:

"Los Dres. Carlos Alberto Martínez y Adolfo Leon Vélez que no se encontraban presentes, fueron consultados telefónicamente y manifestaron su aceptación de manera escrita."
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

- Correo electrónico del 10 de febrero de 2010 enviado por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), a **HAROLD ÉDER** (miembro de Junta de **INGENIO MANUELITA**), **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como respuesta a una cadena de correos enviados por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), en la que adjunta una Presentación en PowerPoint denominada "**ACUERDO COMERCIAL DE EXCEDENTES**", por el cual los investigados planteaban un proyecto más organizado para evitar los efectos negativos en el mercado interno por cuenta de las importaciones, a través del control de los excedentes regionales de azúcar.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**, comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de

INGENIO SANCARLOS), ANDRÉS REBOLLEDO COBO (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región. Este documento analizado en conjunto con el correo electrónico del 10 de febrero de 2010, así como otras pruebas que evidencian la participación directa de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) en el cartel empresarial, le permite inferir al Despacho la presencia de **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) se da por instrucciones o, por lo menos, bajo el conocimiento de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**).

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber autorizado, ejecutado y tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

De esta manera, no son de aceptación las afirmaciones hechas por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) en su escrito de reposición al señalar que en ninguno de los actos administrativos de la presente actuación se determinaron cuáles de las conductas del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 habrían sido infringidas. El Despacho reitera que, teniendo en cuenta los argumentos relacionados con la congruencia, el objetivo de la investigación es precisamente encontrar pruebas y hechos que determinen cuales son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas o si, por el contrario, llevan a concluir que no se cometió ninguna de ellas. En el presente caso se encontró que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) desplegó acciones que se enmarcan concretamente en autorizar, ejecutar y tolerar la conducta infractora.

Ahora bien, respecto de lo afirmado por **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) en relación con el Acta No. 736 del 8 de septiembre de 2008 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, el Despacho encontró demostrado que el sancionado dio su aprobación telefónica al contenido de dicha acta, a pesar de no estar presente en la misma, constituyéndose así una prueba directa de sobre su conocimiento, autorización y ejecución de la conducta infractora, tal y como se prueba con el citado correo del 11 de septiembre de 2008.

Siendo así las cosas, y del análisis en conjunto de las pruebas del expediente, se confirma que **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) como mínimo autorizó, ejecutó y toleró la conducta anticompetitiva sancionada.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que, **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**, fue Gerente de **INGENIO MANUELITA** entre el 26 de marzo de 2007 y el 28 de febrero de 2013¹⁸⁹, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió por la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO MANUELITA** como **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.4. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria, se le impuso a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), una sanción por valor de \$ 409.162.250.00 equivalentes a 635 SMMLV, que corresponden al ■■■% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al ■■■% aprox. del total de

¹⁸⁹ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 19903 del Cuaderno Público No. 93 del Expediente.

ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 31.8% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**).

En el caso particular de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**, resulta procedente reiterar lo indicado en la Resolución Sancionatoria, en cuanto la sanción total impuesta y referida anteriormente en este numeral, tiene incluido un componente equivalente a **CINCUENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (58 SMMLV)**, derivado de "La reiteración de la conducta prohibida" como lo dispone el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, mediante el cual se modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, habida cuenta de que **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**, fue sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio por haber incurrido en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, según se estableció en la Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010, confirmada mediante Resolución No. 42411 del 13 de agosto de 2010 (Expediente con Radicación No. 04-074580).

4.18.5. RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ (Gerente de INGENIO MANUELITA)

De acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación (Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013), se le formuló Pliego de Cargos a **RODRÍGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ**, en su condición de Gerente de **INGENIO MANUELITA**, cargo que ha ostentado desde el 28 de enero de 2013 hasta la fecha.

Teniendo en cuenta que la investigación determinó que **INGENIO MANUELITA** hizo parte de un cartel empresarial que tuvo por objeto obstruir o restringir las importaciones de azúcar a Colombia entre 2008 y 2011, el Despacho resolverá exonerar o archivar la investigación contra **RODRÍGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ**, habida cuenta de que la imputación se circunscribió a sus actuaciones como Gerente de **INGENIO MANUELITA** y ha quedado demostrado que no ejerció dicho cargo entre los años 2008 y 2011, pues, se reitera, ejerce la condición de Gerente desde el 28 de enero de 2013 hasta la fecha.

En consecuencia, en la parte resolutive de este acto administrativo se ordenará archivar la investigación contra **RODRÍGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** y adicionalmente, revocar el numeral 2.5. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutive de la Resolución Sancionatoria.

4.18.6. GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL (Gerente de INGENIO PROVIDENCIA)

Tal y como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), en relación con la conducta sancionada a **INGENIO PROVIDENCIA**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO PROVIDENCIA** y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad de **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**), en la que figura **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) también aparece copiado como destinatario **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**).

- Correo electrónico del 2 de septiembre de 2008 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), cuya comunicación adjunta es firmada por este y por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), y la cual da cuenta de los avances de las

negociaciones en Bolivia. Esta comunicación tiene como destinatarios a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**).

- El correo mencionado da inicio a una cadena de comunicaciones en las que, como ya se indicó, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) mediante correos del 2 y 3 de septiembre de 2008, da respuesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), respuestas que son copiadas a varios representantes de los ingenios sancionados, entre ellos **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**). Esta cadena demuestra la relación existente entre **CIAMSA**, **DICSA** y los ingenios sancionados, así como su conocimiento del objetivo perseguido en las negociaciones con los ingenios bolivianos.

- Como corolario de lo anterior, se encuentra el correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Particularmente, en la referida Acta se señala lo siguiente:

"2. AUTORIZACIÓN COMPRA AZUCAR (sic) BOLIVIA

El Dr. Gonzalo Ortiz en su calidad de Presidente de la Junta Directiva, en ausencia del Dr. Carlos Mira, puso a consideración de los señores Directores la autorización para la administración, en el sentido de comprar 45.000TM de azúcar de origen boliviano (...) entre Septiembre de 2008 y marzo de 2009. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

(...)

*Se firmará un contrato con cada uno de los Ingenios o (sic) Asociaciones o Federaciones de Cañicultores por una parte como vendedores y por otra **CIAMSA** como compradora.*

El azúcar que se compre será llevado a cualquier destino diferente a Colombia, mediante los canales que la administración considere convenientes.

*Los señores Directores manifestaron su autorización a la administración de **CIAMSA** para realizar el negocio en las condiciones establecidas".* (Subrayado y negrilla fuera del texto).

- Declaración de **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), en la que se evidencia su participación en Juntas Directivas de **CIAMSA**. En un aparte de la declaración se indica lo siguiente:

"Pregunta: ¿Usted ha participado en las Juntas Directivas de **CIAMSA**?

Respuesta: ¿En las juntas de **CIAMSA**? Sí, he participado.

Pregunta: ¿Tiene usted conocimiento si en esas juntas de **CIAMSA**, han tratado temas sobre la operación de **CIAMSA** para comercializar Azúcares de Bolivia?

Respuesta: Ehh, sí tengo conocimiento. Ehh, la industria azucarera vivió un episodio en el año 2008, relacionado con el paro de Corteros. Los Corteros pararon alrededor del 70% de la industria azucarera en este año, desde el 15 de septiembre al 10-15 de noviembre. Fueron alrededor de dos meses de paro, en los cuales la producción se redujo considerablemente y ehh, eso hizo que para atender a los clientes fuese necesario importar un azúcar, y esa importación fue autorizada por la junta directiva de **CIAMSA**".

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ**

LULLE SUÁREZ (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber autorizado, ejecutado y tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

De acuerdo con lo anterior, no resultan de recibo por parte del Despacho las observaciones hechas por el recurrente **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), al afirmar que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no se acreditaron hechos o pruebas relacionadas con la conducta imputada y que al no especificarse la conducta infractora se le habría violado su derecho de defensa y contradicción, ya que la acusación fue vaga y genérica. El Despacho reitera que, teniendo en cuenta los argumentos relacionados con la congruencia, el objetivo de la investigación es encontrar pruebas y hechos que determinen cuáles son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas o si, por el contrario, llevan a concluir que no se cometió ninguna de ellas. En el presente caso se encontró que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**) desplegó acciones que se enmarcan concretamente en autorizar, ejecutar y tolerar la conducta infractora.

Tampoco resulta de recibo que el recurrente **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**) se sustente en documentos tales como el Acta No. 745 del 29 de mayo de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, en la que no se aprueban las negociaciones con los ingenios bolivianos, cuando para el Despacho es claro que de una valoración en conjunto de todas las pruebas se encuentra demostrada la conducta de los sancionados con el objeto de obstruir las importaciones de azúcar a Colombia.

Siendo así las cosas, y del análisis en conjunto de las pruebas del expediente, se confirma que **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), como mínimo autorizó, ejecutó y toleró la conducta anticompetitiva sancionada.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado igualmente, que **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** ha sido Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA** desde el 17 de abril de 2006 hasta la fecha¹⁹⁰, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió a la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto a/ *grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO PROVIDENCIA** como **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

¹⁹⁰ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 19898 del Cuaderno Público No. 93 del Expediente.

En el numeral 2.6. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria, se le impuso a **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), una sanción por valor de \$ **875.027.300.00** equivalentes a **1.358 SMMLV**, que corresponden al ■% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al ■% aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción y equivale al 67.9% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Si bien es cierto que la multa impuesta no sobrepasa el límite legal y que el ■% aprox. del patrimonio líquido resulta un porcentaje razonable en relación con el valor de la multa, también es cierto que en relación con el porcentaje del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012 corresponde a un porcentaje elevado, que podría ser catalogado de desproporcionado, este Despacho procede a reducir la sanción impuesta para que, en este caso, la multa corresponda a un porcentaje aprox. al ■% del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012. Así las cosas, la multa será reducida a \$ **402.074.400.00**.

En este sentido se modifica la sanción impuesta a **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), reduciéndola a un valor de **CUATROCIENTOS DOS MILLONES SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$402.074.400.00)** equivalentes a **SEISCIENTOS VEINTICUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (624 SMLMV)**.

La sanción modificada equivale al ■% aprox. del patrimonio registrado por **GONZÁLO ORTÍZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**) a 2012 y al ■% de los ingresos recibidos por concepto de renta en 2012.

La anterior sanción equivale al 31% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

4.18.7. MAURICIO IRAGORRI RIZO (Gerente General de INGENIO MAYAGÜEZ)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) en relación con la conducta sancionada a **INGENIO MAYAGÜEZ**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO MAYAGÜEZ**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **MAURICIO IRAGORRI RIZO**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**), en la que figura **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), también aparece copiado como destinatario **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**).

- Correo electrónico del 2 de septiembre de 2008 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), cuya comunicación adjunta es firmada por este y por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** (Gerente de **DICSA**), y la cual da cuenta de los avances de las negociaciones en Bolivia. Esta comunicación tiene como destinatarios a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos de **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**).

- El correo mencionado da inicio a una cadena de comunicaciones en las que, como ya se indicó, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, mediante correos del 2 y 3 de septiembre de 2008, da respuesta a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), respuestas que son copiadas a varios representantes de los ingenios sancionados, entre ellos de **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**). Esta cadena demuestra

la relación existente entre **CIAMSA**, **DICSA** y los ingenios sancionados, así como su conocimiento del objetivo perseguido en las negociaciones con los ingenios bolivianos.

- Como corolario de lo anterior, se encuentra el correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) asistió en calidad de miembro principal.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber autorizado, ejecutado y tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

De conformidad con lo anterior, no es de recibo la afirmación que hace el recurrente según la cual fue sancionado por extenderse la responsabilidad de **INGENIO MAYAGÜEZ**. Tal y como se indicó este Despacho encontró pruebas directas de su participación como facilitador de la conducta anticompetitiva reprochada.

Ahora bien, con relación a la afirmación del recurrente en el sentido que no existe prueba de que **INGENIO MAYAGÜEZ** haya participado en un supuesto acuerdo de obstrucción, este Despacho reitera lo señalado tanto en la Resolución Sancionatoria como en el presente acto administrativo, en cuanto a la participación de este ingenio en una conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo cuyo objeto fue obstruir las importaciones de azúcar al país.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que, **MAURICIO IRAGORRI RIZO**, ha sido Gerente y representante legal de **INGENIO MAYAGÜEZ** desde el 24 de octubre de 2003 hasta la fecha¹⁹¹, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió por la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO MAYAGÜEZ** como **MAURICIO IRAGORRI RIZO**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.7. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria se le impuso a **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), una sanción por valor de \$ **492.927.750.00** equivalentes a **765 SMMMLV**, que corresponden al % aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al % aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 38.3% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

¹⁹¹ Certificado de Existencia y Representación Legal obtenido de www.rues.org.co

En el caso particular de **MAURICIO IRAGORRI RIZO**, resulta procedente reiterar lo indicado en la Resolución Sancionatoria en cuanto que la sanción total impuesta y referida anteriormente en este numeral, tiene incluido un componente equivalente a **SETENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (70 SMMLV)**, derivado de "La reiteración de la conducta prohibida" como lo dispone el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, mediante el cual se modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, habida cuenta de que **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), fue sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio por haber incurrido en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, según se estableció en la Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010, confirmada mediante Resolución No. 42411 del 13 de agosto de 2010 (Expediente con Radicación No. 04-074580).

Sobre este último punto, señala **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) que no puede aplicársele el criterio de graduación correspondiente a la reiteración de la conducta, toda vez no ha incurrido anteriormente en conductas que supongan la obstrucción de importaciones. Para el Despacho no resulta de recibo tal interpretación de la norma, ya que la conducta que se reitera se refiere a su participación en conductas violatorias de las normas de competencia.

Ahora bien, si bien es cierto que la multa impuesta no sobrepasa el límite legal y que el ■% aprox. del patrimonio líquido resulta un porcentaje razonable en relación con el valor de la multa, también es cierto que en relación con el porcentaje del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012 corresponde a un porcentaje elevado, que podría ser catalogado de desproporcionado, este Despacho procede a reducir la sanción impuesta para que, en este caso, la multa corresponda a un porcentaje aprox. al ■ del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012. Así las cosas, la multa será reducida a \$ **233.254.700.00**.

En este sentido se modifica la sanción impuesta a **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**), reduciéndola a un valor de **DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$233.254.700.00.)** equivalentes a **TRESCIENTOS SESENTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (362 SMLMV)**.

La sanción modificada equivale al ■% aprox. del patrimonio registrado por **MAURICIO IRAGORRI RIZO** (Gerente General de **INGENIO MAYAGÜEZ**) a 2012 y al ■ de los ingresos recibidos por concepto de renta en 2012.

La anterior sanción equivale al 18.1% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

4.18.8. JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO (Gerente de INGENIO LA CABAÑA)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) en relación con la conducta sancionada a **INGENIO MAYAGÜEZ**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO LA CABAÑA**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **JUAN CRISTOBAL ROMERO RENJIFO**.

En efecto:

- En el Acta 001 del 2 de marzo de 2007 del Comité Directivo del **FEP** suscrita, entre otros, por **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), se observa que los investigados manifestaron que las importaciones de azúcar son la causa del problema que los afecta.

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**), en la que figura **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de

INGENIO RIOPAILA CASTILLA) y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), también aparece copiado como destinatario **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**).

- Correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), asistió en calidad de miembro suplente.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**, comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

De acuerdo a lo anterior, no resultan de recibo las observaciones hechas por el recurrente al afirmar que en los actos administrativos proferidos dentro de la presente investigación no se determinó cuál de las conductas del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, habrían sido infringidas. El Despacho reitera que, teniendo en cuenta a los argumentos relacionados con la congruencia, el objetivo de la investigación es encontrar pruebas y hechos que determinen cuáles son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas o si, por el contrario, llevan a concluir que no se cometió ninguna de ellas. En el presente caso, la Resolución Sancionatoria definió expresamente que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), desplegó acciones que se enmarcan concretamente en haber tolerado la conducta infractora.

De igual forma, no es de aceptación que el recurrente aluda a su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de **CIAMSA** para la época de los hechos y manifestar así que carecía de la facultad

legal para oponerse a lo ocurrido en el marco de la reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** contenida en el Acta No. 736 de 2008. Claramente al asistir a una reunión de Junta Directiva, incluso en calidad de suplente y al conocer de los asuntos discutidos en ella, tiene la oportunidad de dejar constancia de su opinión en uno u otro sentido, a pesar de no tener voto en la misma.

Tampoco es de recibo la afirmación del recurrente señalando que del correo del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** no es posible deducir o inferir una conducta tolerante de alguna práctica anticompetitiva. Dicha comunicación, de acuerdo a lo señalado en la Resolución Sancionatoria y en el presente Acto Administrativo, da cuenta de la estrategia anticompetitiva conjunta que tenía por objeto restringir, bloquear u obstruir las importaciones de azúcar al país. Adicionalmente, el hecho que **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**) fuera el titular de la cuenta de correo electrónico a la que fue enviada la comunicación referida y tener la calidad de Presidente y Representante Legal de **INGENIO LA CABAÑA**, lo situaba en el deber de conocer el contenido de dicho correo.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO**, ha ostentado la calidad de Representante Legal de **INGENIO LA CABAÑA** desde el 1 de febrero de 2007 hasta la fecha¹⁹² por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió por la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO LA CABAÑA** como **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO**, tuvieron un rol pasivo determinante, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.8. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria se le impuso a **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente General de **INGENIO LA CABAÑA**), una sanción por valor de \$ 51.548.000.00 equivalentes a 80 SMMLV, que corresponden al [] aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al []% aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 4% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente General de **INGENIO LA CABAÑA**).

4.18.9. ANDRÉS REBOLLEDO COBO (Gerente General de INGENIO PICHICHÍ)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) en relación con la conducta sancionada a **INGENIO PICHICHÍ**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO PICHICHÍ**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **ANDRÉS REBOLLEDO COBO**.

En efecto:

- Correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) asistió en calidad de miembro suplente.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente

¹⁹² Certificado de Existencia y representación Legal obrante a Folio 19820 del Cuaderno Público No. 93 del Expediente.

General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos **ANDRÉS REBOLLEDO COBO**, (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**, comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

De conformidad con lo anterior, no resultan de recibo por parte del Despacho las observaciones hechas por el recurrente al afirmar que en la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, se le vinculara sin que existiera un hecho o prueba relacionada con la conducta imputada. En el presente caso el Despacho encontró que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) desplegó acciones que se enmarcan concretamente en tolerar la conducta infractora.

De igual forma, no es de aceptación que el recurrente aluda a su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de **CIAMSA** para la época de los hechos y manifestar así que carecía de voto y poder decisorio como para oponerse a lo ocurrido en el marco de la reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** contenida en el Acta No. 736 de 2008. Claramente al asistir a una reunión de Junta Directiva, incluso en calidad de suplente y al conocer de los asuntos discutidos en ella, tiene la oportunidad de dejar constancia de su opinión en uno u otro sentido, a pesar de no tener voto en la misma.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que, **ANDRÉS REBOLLEDO COBO**, ha ostentado la calidad de Representante Legal de **INGENIO PICHICHÍ** desde el 1 de abril de 2008 hasta la fecha¹⁹³, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió a la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO PICHICHÍ** como **ANDRÉS REBOLLEDO COBO**, tuvieron un rol pasivo determinante, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.9. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria se le impuso a **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**) una sanción por valor de \$ **98.585.550.00** equivalentes a **153 SMMLV**, que corresponden al **■**% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al **■**% aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 7,7% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

¹⁹³ Certificado de Existencia y Representación Legal obtenido de www.rues.org.co

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**).

4.18.10. CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA (Gerente General de INGENIO RISARALDA)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), en relación con la conducta sancionada a **INGENIO RISARALDA**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO RISARALDA**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**), en la que figura **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), también aparece copiado **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**).

- Correo electrónico del 23 de marzo de 2008, remitido por **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Presidente de **ASOCAÑA**) enviado a **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y a **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), en el que se aprueba la iniciativa de incrementar el consumo per cápita *"tan golpeado por la práctica histórica de restringir la oferta"*, al tiempo que propone tratar la problemática discutida en correos precedentes en una reunión de los ingenios azucareros.

- Correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**, (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) asistió en calidad de miembro suplente.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LULLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

- Correo electrónico de **JOSÉ HORACIO MARTINEZ** (funcionario de **INGENIO RISARALDA**) del 19 de mayo de 2009 que demuestra que **INGENIO RISARALDA** efectivamente se comunicó

directamente con el importador **DISTRIBUIDORA NACIONAL DE LECHE S.A. DISNAL S.A.** con el fin de que desistiera de su intención de importar y adquiriera el azúcar localmente en el mercado colombiano. Este correo electrónico tuvo lugar como consecuencia del correo electrónico el correo de **MARÍA EUGENIA RUIZ** de **ASAZGUA** a **ANGÉLICA OSPINA** (Gerente Comercial de **CIAMSA**) enviado el viernes, 15 de mayo de 2009 en el que le dice que "te agradecería tu opinión en relación a la solicitud que aparece en el correo anterior", es decir, en relación con la solicitud de cotización que **DISNAL** le pide a **ASAZGUA**. Este documento analizado en conjunto con las demás pruebas del expediente evidencian la participación de **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) en el cartel empresarial, le permite inferir al Despacho que tal cotización de **JOSÉ HORACIO MARTINEZ** (funcionario de **INGENIO RISARALDA**) se da por instrucciones o, por lo menos, bajo el conocimiento de **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**).

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**) y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL** (funcionaria de **ASOCAÑA**), comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que ellos **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

Expuesto lo anterior, no son de recibo las observaciones del recurrente en el sentido que el Despacho haya determinado una conducta de parte suya consistente en tolerar un supuesto acuerdo de obstrucción, basándose en elementos que no habían sido usados por la Superintendencia de Industria y Comercio en etapas anteriores de la presente actuación administrativa. Reitera el Despacho que, teniendo en cuenta los argumentos relacionados con la congruencia, el objetivo de la investigación es encontrar pruebas y hechos que determinen cuáles son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas o si, por el contrario, llevan a concluir que no se cometió ninguna de ellas. En el presente caso el Despacho encontró que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente de **INGENIO RISARALDA**) desplegó acciones que se enmarcan concretamente en tolerar la conducta infractora.

De otra parte, menciona el recurrente que en el Informe Motivado no se le vinculó con un supuesto acuerdo de obstrucción de importaciones, frente a lo cual el Despacho reitera lo relativo a la naturaleza jurídica del Informe Motivado, el cual de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no constituye una nueva imputación de cargos, ni una variación de los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, siendo un documento que recoge el análisis por parte del Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, es el resultado de la investigación. Claramente, la imputación al recurrente relacionada con el acuerdo de obstrucción de importaciones, fue realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013.

Ahora bien, señala el recurrente de **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) que el hecho de aparecer él y otros funcionarios de **INGENIO RISARALDA** como receptores de algunos correos electrónicos no puede apreciarse como prueba o indicio de participación en algún acuerdo obstructivo. Tal aseveración no resulta de recibo por parte de este Despacho, ya que el hecho de que **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) fuera el titular de la cuenta de correo electrónico a la que fueron enviadas la comunicaciones referidas y tener la calidad de Gerente General y Representante Legal de **INGENIO RISARALDA**, lo situaba en la posición y el deber de conocer el contenido de dichos correos.

Con relación a las afirmaciones relativas a la Junta Directiva de **CIAMSA** del 8 de septiembre de 2008 y a la calidad de miembro suplente a la que aduce, este Despacho reitera que el recurrente, al asistir a una reunión de Junta Directiva, incluso en calidad de suplente y al conocer de los asuntos discutidos en ella, tiene la oportunidad de dejar constancia de su opinión en uno u otro sentido, a pesar de no tener voto en la misma.

Finalmente, tampoco resulta de recibo que el recurrente se sustente en documentos tales como el Acta No. 745 del 29 de mayo de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, en la que no se aprueban las negociaciones con los ingenios bolivianos, cuando de la valoración general de todas las pruebas se encuentra demostrada la conducta de los sancionados con el objeto de obstruir las importaciones de azúcar a Colombia. Esta valoración probatoria general, de la cual el Despacho se ocupó anteriormente, también lleva a rechazar la aseveración de que lo consignado en la mencionada cadena de correos del 18 de marzo de 2008 eran simples opiniones personales, ya que esta comunicación se enmarca dentro de la conducta por parte de los sancionados con el objeto de obstruir las importaciones de azúcar a Colombia.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**, ha ostentado la calidad de Representante Legal de **INGENIO RISARALDA** desde el 14 de enero de 1999 hasta la fecha¹⁹⁴, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió por la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO RISARALDA** como **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**, tuvieron un rol pasivo y determinante, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.10. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria se le impuso a **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), una sanción por valor de \$ 998.098.150.00 equivalentes a 1.549 SMMLV, que corresponden al ■■■% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al ■■■% aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 77,4% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

En el caso particular de **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**, resulta procedente reiterar lo indicado en la Resolución Sancionatoria en cuanto que la sanción total impuesta y referida anteriormente en este numeral, tiene incluido un componente equivalente a **CIENTO CUARENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (141 SMMLV)**, derivado de "La reiteración de la conducta prohibida" como lo dispone el numeral 3 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, mediante el cual se modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, habida cuenta de que **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**, fue sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio por haber incurrido en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, según se estableció en la Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010, confirmada mediante Resolución No. 42411 del 13 de agosto de 2010 (Expediente con Radicación No. 04-074580).

Ahora bien, si bien es cierto que la multa impuesta no sobrepasa el límite legal y que el ■■■% aprox. del patrimonio líquido resulta un porcentaje razonable en relación con el valor de la multa, también es cierto que en relación con el porcentaje del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012 corresponde a un porcentaje elevado, que podría ser catalogado de desproporcionado, este Despacho procede a reducir la sanción impuesta para que, en este caso, la multa corresponda a un porcentaje aprox. al ■■■% del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012. Así las cosas, la multa será reducida a \$ 733.914.650.00.

En este sentido se modifica la sanción impuesta a **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), reduciéndola a un valor de **SETECIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$733.914.650.00.)** equivalentes a **MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.139 SMLMV)**.

La sanción modificada equivale al ■■■% aprox. del patrimonio registrado por **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**) a 2012 y al ■■■ de los ingresos recibidos por concepto de renta en 2012.

¹⁹⁴ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 1627 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

La anterior sanción equivale al 57% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

4.18.11. CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ (Gerente General de INGENIO SANCARLOS)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) con relación a la conducta sancionada a **INGENIO SANCARLOS**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos, correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO SANCARLOS** y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad de **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO**, Gerente de **DICSA**, en la que figura **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR** (Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**) y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO**, (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) también aparece copiado **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**)

- Correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), dio su aprobación al contenido de la misma:

"(...)

Los Dres. Carlos Alberto Martínez y Adolfo Leon Vélez que no se encontraban presentes, fueron consultados telefónicamente y manifestaron su aceptación de manera escrita.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana

importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**, comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber autorizado y tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

De conformidad con lo anterior, no es de recibo la afirmación del recurrente según la cual, a pesar de haber impartido su aprobación telefónica al Acta No. 736 del 8 de septiembre 2008 y de haber conocido el contenido de dicha acta, no existe prueba que demuestre que conoció el alcance anticompetitivo de dicho documento. Sobre este punto debe notarse que el impugnante acepta el alcance anticompetitivo de la conducta más no para su caso. Este Despacho reitera que de la valoración general que hizo del material probatorio obrante en el expediente, se encuentra demostrada la conducta de todos los sancionados con el objeto de obstruir las importaciones de azúcar a Colombia, siendo la mencionada Acta No. 736 uno de los documentos que demuestra el objeto anticompetitivo del acuerdo al que estos llegaron.

De otra parte, **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**, al ser el Representante Legal de **INGENIO SANCARLOS** y titular de una de las cuentas a las que fue enviado el correo remitido el 20 de abril de 2010 por parte de **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, lo situaba en la posición y el deber de conocer el contenido de dicha comunicación, por lo que no es de recibo la afirmación según la cual el aparecer copiado en la misma no es prueba de haberla recibido.

Siendo así las cosas, y del análisis en conjunto de las pruebas del expediente, se confirma que **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**, Gerente de **INGENIO SANCARLOS**, como mínimo autorizó y toleró la conducta anticompetitiva sancionada.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que, **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**, ha ostentado la calidad de Representante Legal **INGENIO SANCARLOS** desde el 4 de mayo de 2005 hasta la fecha¹⁹⁵, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió a la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO SANCARLOS** como **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**, tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.11. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria se le impuso a **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), una sanción por valor de \$ **210.058.100.00** equivalentes a **326 SMMLV**, que corresponden al **█**% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al **█** aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 16.3% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**).

4.18.12. JAIME VARGAS LÓPEZ (Gerente de INGENIO CARMELITA)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), con relación a la conducta sancionada a **INGENIO CARMELITA**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el

¹⁹⁵ Certificado de Existencia y representación Legal obrante a Folio 18154 del Cuaderno Público 84.

expediente, tales como comunicaciones, documentos, correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO CARMELITA**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la **JAIME VARGAS LÓPEZ**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO**, Gerente de **DICSA**, en la que figura **JAIME VARGAS LÓPEZ**, en ese momento Presidente de **INGENIO MARIA LUISA**, entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. En las distintas respuestas a este correo remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, suscritas por **BERNARDO QUINTERO BALCÁZAR**, Presidente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, y **SANTIAGO SALCEDO BORRERO**, Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**, también aparece copiado **JAIME VARGAS LÓPEZ**.

- Correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), asistió en calidad de miembro suplente.

- Acta No. 759 del 28 de junio de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA**, a la que asistieron, entre otros, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** (Gerente de **INGENIO PROVIDENCIA**), **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** (Presidente y Representante Legal de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**), como miembros principales de junta; **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** (Gerente General de **INGENIO RISARALDA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** (Gerente General de **INGENIO PICHICHÍ**), **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** (Gerente de **INGENIO LA CABAÑA**), como miembros suplentes de junta; **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** (Presidente de **INGENIO INCAUCA**), **RAMIRO ALVARÉ** (funcionario de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), **CARLOS EDUARDO QUINTERO** (Representante Legal Suplente de **INGENIO MAYAGUÉZ**) e **IVÁN ALBERTO POSSE PRATT** (Gerente Comercial de **INGENIO MANUELITA**) como invitados; **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** (Presidente de **CIAMSA**), **CARLOS A. LUNA** (funcionario de **CIAMSA**), **FERNANDO VERGEZ**, **MAURICIO VELÁSQUEZ** (funcionario de **CIAMSA**) y **SOFIA STROH** (funcionaria de **CIAMSA**). En esta reunión se propuso la creación de **CIAMSA INTERNACIONAL** como vehículo para el control de excedentes de azúcar de la región.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**, comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

Señala el recurrente **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) que para la época de la cadena de correos iniciada por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO** el 18 de marzo de 2008 a representantes y funcionarios de algunos ingenios, **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y **DICSA**, él se desempeñaba como trabajador del **INGENIO MARIA LUISA** y no como representante legal del **INGENIO CARMELITA**, omitiendo convenientemente que efectivamente ejercía el cargo de Presidente y Representante Legal de dicho ingenio en aquella época. En todo caso este Despacho reitera que, tal como se indicó líneas arriba, en la presente actuación administrativa se encontraron otra serie de pruebas directas que demostraron que **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**), tuvo conocimiento de las deliberaciones y toma de decisiones respecto de la estrategia anticompetitiva desarrollada por los investigados, tales como las Actas No. 736 del 8 de septiembre de 2008 y No. 759 de 2010 de la Junta Directiva de **CIAMSA** en las que fue asistente. Todas estas pruebas llevaron a concluir que **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) toleró una conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consistente en una estrategia anticompetitiva tendiente a obstruir las importaciones de azúcar a Colombia.

Siendo así las cosas, y del análisis en conjunto de las pruebas del expediente, se confirma que **JAIME VARGAS LÓPEZ**, Gerente de **INGENIO CARMELITA**, como mínimo toleró la conducta anticompetitiva sancionada.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que, **JAIME VARGAS LÓPEZ**, ostentó la calidad de Presidente de **INGENIO MARIA LUISA** desde el 29 de junio de 2007 hasta el 8 de agosto de 2008¹⁹⁶, y ha sido Gerente de **INGENIO CARMELITA** desde el 2 de julio de 2008 hasta la fecha¹⁹⁷, por lo que igualmente se demuestra que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió por la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO CARMELITA** como **JAIME VARGAS LÓPEZ**, tuvieron un rol pasivo y determinante, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.12. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria se le impuso a **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**) una sanción por valor de \$ **206.836.350.00** equivalentes a **321 SMMLV**, que corresponden al ■% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al ■% aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2012. Adicionalmente, la sanción equivale al 16.1% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Teniendo en cuenta que la multa impuesta, no sobrepasa el límite legal y que representa porcentajes razonables frente al patrimonio líquido y los ingresos del sancionado, este Despacho confirma la sanción impuesta a **JAIME VARGAS LÓPEZ** (Gerente de **INGENIO CARMELITA**).

4.18.13. SANTIAGO SALCEDO BORRERO (Gerente de INGENIO CENTRAL TUMACO)

Tal como lo indicó el Despacho en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), en relación con la conducta sancionada a **INGENIO MAYAGÜEZ**, fue demostrada mediante varias pruebas directas obrantes en el expediente, tales como comunicaciones, documentos y correos electrónicos, entre otras, que dan cuenta de la existencia de unas acciones conjuntas y continuadas tendientes a obstruir importaciones que vinculan a **INGENIO CENTRAL TUMACO**, y que constituyen prueba directa o indiciaria, según el caso, de la responsabilidad **SANTIAGO SALCEDO BORRERO**.

En efecto:

- Cadena de correos electrónicos iniciada el 18 de marzo de 2008 por **LUIS AUGUSTO JARAMILLO** (Gerente de **DICSA**), en la que figura **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), entre varios representantes y funcionarios de **ASOCAÑA**, **CIAMSA** y los ingenios sancionados, y en la que se manifiesta la preocupación de los investigados por enfrentar nuevos competidores, con ocasión de la autorización del Gobierno a **DINPRO LTDA.** para actuar como Usuario Aduanero Permanente. Como ya se indicó, varias de las respuestas a este correo

¹⁹⁶ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 19900 del Cuaderno Público No. 93 del expediente.

¹⁹⁷ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 18154 del Cuaderno Público No. 84 del Expediente.

remitidas entre el 18 y el 23 de marzo de 2008, fueron suscritas **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**). En una de esas respuestas se lee:

"Ya caímos en esa piscina y allí estaremos por siempre jamás.

Mirar para atrás solo nos generará nostalgia y eventualmente sentimientos de culpa,

Santiago Salcedo Borrero'. (Subrayado y negrita fuera del texto).

- Correo electrónico del 2 de febrero de 2009 suscrito por **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) y dirigido a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** de **CIAMSA**, obrante en el expediente, en el cual se expone:

"de: Santiago Salcedo, gerenciageneral@centumaco, dirigido a Carlos Mira el 2 de febrero de 2009 a las 10:47, dice:

'Carlos, es importante que cuando hagamos esos negocios coloquemos una cláusula de restricción de destinos, pues qué tal que la lleven a Perú o a Ecuador o a Bolivia o qué se yo, o que la revendan por tercera mano para Colombia? Santiago'

Y arriba la respuesta de Carlos Mira, enviado el 2 de febrero de 2009 a las 10:59, para Santiago Salcedo, asunto: 'Venta azúcar Bolivia' dice: 'Santiago, claro están excluidos Venezuela, Colombia, Chile, Perú y Caribe como lo dice el correo. Cordialmente, Carlos Mira.' (Subrayado fuera de texto).

- Correo electrónico del 11 de septiembre de 2008, remitido por **CLARA INÉS CABAL** (funcionaria de **CIAMSA**) y dirigido a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**), y reenviado el mismo día por **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) a **ÓSCAR HERNÁN BOHÓRQUEZ BLANDÓN** (funcionario del **INGENIO SANCARLOS**). En este correo se informa que en la Junta Directiva de **CIAMSA** del 21 de abril de 2008 y referida en el Acta No. 736 de esa fecha, los ingenios sancionados autorizaron a **CIAMSA** para comprar el azúcar de origen boliviano, con los propósitos anticompetitivos ya explicados. Como se evidencia en el texto de dicha acta, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), asistió en calidad de miembro suplente.

- Correo electrónico del 20 de abril de 2010 remitido por **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** a varios funcionarios y representantes de los ingenios sancionados, entre ellos entre ellos **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), mediante el cual se da traslado de una cotización solicitada por **CARMEN PATIÑO** (a nombre de una compañía colombiana importadora de azúcar) a la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR**, y que se evidencia mediante correo del 19 de abril de 2010 remitido por **JULIO CÉSAR ARROYO** de la **ASOCIACIÓN AZUCARERA DE EL SALVADOR** a **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, Presidente de **CIAMSA**, y **JUANA MARÍA UNDA BERNAL**, funcionaria de **ASOCAÑA**, comunicación que da cuenta de la estrategia de obstrucción de importaciones de azúcar provenientes de otros países.

Las anteriores pruebas llevaron al Despacho a concluir que **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), ya que estas pruebas constituyen evidencia directa de su actuar consistente en haber ejecutado y abiertamente tolerado la conducta violatoria de lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la cual comprende en una estrategia continuada, sistemática, prolongada y de tracto sucesivo en la que los sancionados se pusieron de acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar al país.

Aduce el recurrente que en la Resolución No. 80847 de 2015 se le impuso una sanción por haber ejecutado y tolerado un supuesto acuerdo anticompetitivo, fundamentándose el Despacho en hechos y elementos que nunca había usado la Superintendencia de Industria y Comercio para reprochar su conducta, violando así su derecho al debido proceso, frente a lo cual este Despacho reitera lo señalado frente a los argumentos relacionados con la congruencia, en el sentido que el objetivo de la investigación es precisamente encontrar pruebas y hechos que determinen cuáles son las conductas específicas desarrolladas por las personas naturales investigadas o si, por el contrario, llevan a concluir que no se cometió ninguna de ellas. En presente caso se encontró que, de conformidad con las pruebas válidamente practicadas en la investigación, las acciones desplegadas por **SANTIAGO**

SALCEDO BORRERO (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), se enmarcaron concretamente en ejecutar y abiertamente tolerar la conducta infractora, por lo que sus afirmaciones no son de recibo.

De igual forma, no es de aceptación que el recurrente aluda a su calidad de miembro suplente de la Junta Directiva de **CIAMSA** para la época de los hechos y manifestar así que carecía de la facultad legal para oponerse a lo ocurrido en el marco de la reunión de Junta Directiva de **CIAMSA** contenida en el Acta No. 736 de 2008. Claramente al asistir a una reunión de Junta Directiva, incluso en calidad de suplente y al conocer de los asuntos discutidos en ella, tiene la oportunidad de dejar constancia de su opinión en uno u otro sentido, a pesar de no tener voto en la misma.

Frente a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que ostenta la calidad de Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO** desde el 27 de abril de 1987 hasta la fecha¹⁹⁸, por lo que su participación en la conducta continuada reprochada, se extendió en la totalidad del tiempo en que esta fue ejecutada. En cuanto *al grado de participación*, se tiene que tanto **INGENIO CENTRAL TUMACO** como **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** tuvieron un rol determinante y activo, la primera como co-cartelista y el segundo como su representante, en las condiciones antes referidas.

En el numeral 2.13. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria, se le impuso a **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), una sanción por valor de \$ 1.089.595.850.00.00 equivalentes a 1.691 SMMLV, que corresponden al ■% aprox. del patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2012, y al 105% aprox. del total de ingresos recibidos por concepto de renta de 2013. Adicionalmente, la sanción y equivale al ■% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable.

Ahora bien, si bien es cierto que la multa impuesta no sobrepasa el límite legal y que el ■% aprox. del patrimonio líquido resulta un porcentaje razonable en relación con el valor de la multa, también es cierto que en relación con el porcentaje del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012 corresponde a un porcentaje elevado, que podría ser catalogado de desproporcionado, este Despacho procede a reducir la sanción impuesta para que, en este caso, la multa corresponda a un porcentaje aprox. al ■% del total de ingresos recibidos por concepto de renta en 2012. Así las cosas, la multa será reducida a \$ 413.028.350.00.

En este sentido se modifica la sanción impuesta a **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**), reduciéndola a un valor de CUATROCIENTOS TRECE MILLONES VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$413.028.350.00.) equivalentes a SEISCIENTOS CUARENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (641 SMLMV).

La sanción modificada equivale al ■% aprox. del patrimonio registrado por **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** (Gerente de **INGENIO CENTRAL TUMACO**) a 2012 y al ■% de los ingresos recibidos por concepto de renta en 2012.

La anterior sanción equivale al ■% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

4.18.14. HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ (Presidente y Representante Legal de INGENIO RIOPAILA CASTILLA)

De acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación (Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013), se le formuló Pliego de Cargos **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRIGUEZ**, en su condición de Presidente y Representante Legal y Presidente del **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, cargo que desempeñó entre el 25 de agosto de 2009 y el 20 de agosto de 2010.

Teniendo en cuenta que la investigación determinó que **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** hizo parte de un cartel empresarial que tuvo por objeto obstruir o restringir las importaciones de azúcar a Colombia entre 2008 y 2011, el Despacho resolverá exonerar o archivar la investigación contra **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRIGUEZ**, habida cuenta de que la imputación se circunscribió a sus actuaciones como Gerente de **INGENIO RIOPAILA CASTILLA** y ha quedado demostrado que dejó de ejercer dicho cargo desde el 20 de agosto de 2010, de manera que no habría estado en capacidad desde entonces para seguir participando de la comisión de la conducta

¹⁹⁸ Certificado de Existencia y Representación Legal obrante a Folio 19901 del Cuaderno Público No. 93 del expediente.

continuada de obstrucción de importaciones como Presidente o Representante Legal del **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, que fue la calidad en la que se le imputó dicha conducta.

En consecuencia, se tiene que respecto de **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRIGUEZ**, como representante legal y presidente del **INGENIO RIOPAILA CASTILLA**, ha operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, sin perjuicio de la responsabilidad que de este ingenio se declaró y confirmó en la presente resolución, por las razones ampliamente explicadas

En consecuencia, en la parte resolutive de este acto administrativo se ordenará archivar la investigación contra **HAROLD ANTONIO CERÓN** y, adicionalmente, revocar el numeral 2.14. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria.

En consecuencia, las sanciones a las personas naturales quedarán de la siguiente manera:

SANCIONES DEFINITIVAS PERSONAS NATURALES	
PERSONA NATURAL	MULTA
LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO	\$ 61.857.600.00
CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ	\$ 91.497.700.00
JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ	\$ 275.781.800.00
ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ	\$ 409.162.250.00
GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL	\$ 402.074.400.00
MAURICIO IRAGORRI RIZO	\$ 233.254.700.00
JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO	\$ 51.548.000.00
ANDRÉS REBOLLEDO COBO	\$ 98.585.550.00
CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA	\$ 733.914.650.00
CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ	\$ 210.058.100.00
JAIME VARGAS LÓPEZ	\$ 206.836.350.00
SANTIAGO SALCEDO BORRERO	\$ 413.028.350.00

4.19. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con publicación de información confidencial de algunos investigados

Algunos investigados señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio incluyó en la versión pública de la Resolución Sancionatoria información reservada relativa a Actas de Junta Directiva y correos electrónicos.

Al respecto, se indica a los investigados que una vez revisada la versión pública de la Resolución No. Sancionatoria, no advierte el Despacho que se haya revelado información de carácter reservado en dicho acto administrativo. En efecto, los apartados de las actas de reunión de Junta Directiva y correos electrónicos citados no están sujetos a reserva constitucional o legal que impida su exhibición en un acto administrativo de público conocimiento. Cuando el Despacho consideró que existía información de naturaleza confidencial se abstuvo de visualizarla en la versión pública de dicho acto administrativo y la dejó sólo para la versión reservada, como se hace en cualquier otra investigación administrativa adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sobre el reproche que algunos de los investigados hacen sobre este punto, el Despacho se limita a lo ya expresado por cuanto esos argumentos no solo no tienen ningún asidero fáctico y jurídico, sino que, incluso en caso de ser ciertos (que no lo son) no tienen la potencialidad o la posibilidad de lograr una revocatoria o modificación del acto administrativo sancionatorio aquí impugnado. Las consecuencias de violar la confidencialidad o reserva de un documento o información por no tacharla en la versión pública del acto administrativo, no es razón para revocar el acto o modificarlo, pues las consecuencias son otras y bien distintas.

En igual sentido debe contestarse el argumento de **INGENIO CENTRAL TUMACO** e **INGENIO RISARALDA** relacionado con la supuesta publicación el 24 de diciembre de 2014 en el Sistema de Trámites y Gestión Documental un hipervínculo que permitía el acceso a los archivos adjuntos enviados por correo electrónico a la dirección contactenos@sic.gov.co, y que contenía información desagregada de **INGENIO CENTRAL TUMACO** y de **INGENIO RISARALDA**, incluyendo volumen de ventas, exportaciones, inventarios, precios, clientes etc. Así mismo, afirmaron que luego de advertirse dicha situación y solicitarle a la Delegatura que se adoptaran las medidas necesarias, fue corregido el 26 de diciembre de 2014.

Nuevamente, el Despacho señala que no solo ello no ocurrió, sino que además resulta irrelevante frente a la tramitación de un recurso de reposición que busca la revocatoria o modificación de una sanción, pues ello nada tiene que ver con el derecho de solicitar la revocatoria o modificación de una decisión sancionatoria, vía recursos de reposición.

Sobre este particular, los investigados en caso de considerar que hay irregularidades en la investigación sobre la violación de la reserva frente a algún documento o información, están facultados por la Constitución y la ley para presentar las denuncias respectivas.

4.20. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la presunta violación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012

Algunos de los investigados señalaron en sus recursos de reposición que consideraban inadmisibles que esta Superintendencia haya publicado en la página Web la versión pública de la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015 sin que se encontrara en firme, por lo cual la Superintendencia de Industria y Comercio habría incurrido en una presunta violación de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.¹⁹⁹

Al respecto encuentra el Despacho que no existe ninguna violación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012, por cuanto esta norma se refiere a unas **publicaciones obligatorias** que debe hacer la Superintendencia de Industria y Comercio de ciertas decisiones adoptadas en trámites administrativos de protección de la libre competencia económica, bien sea en integraciones empresariales o en procesos administrativos sancionatorios, en un diario de amplia circulación y en su página web.

La norma en mención no establece una prohibición de publicación en cabeza de la Superintendencia de industria y Comercio. Por esta razón, la Superintendencia no tiene prohibido publicar en la página web versiones públicas de todos los actos administrativos proferidos en trámites de protección del régimen de libre competencia. De hecho, todos los actos administrativos contenidos en resoluciones, una vez proferidos, se publican en la página web de la Entidad. Esto es, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, el acto administrativo que admite o rechaza terceros interesados en la actuación, el acto que decreta o que niega pruebas, el que resuelve una nulidad, entre otros, contenidos en resoluciones debidamente numeradas.

El artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012, en realidad lo que regula es la obligación que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio de dar noticia en su página web y ordenar a los investigados o interesados dar noticia en un diario de circulación nacional o regional, dependiendo de las circunstancias, de las actuaciones administrativas relacionadas con: (i) el inicio de un procedimiento de autorización de una operación de integración, así como el condicionamiento impuesto a un proceso de integración empresarial; (ii) la apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firme los actos administrativos correspondientes; (iii) las garantías aceptadas, cuando su publicación sea considerada por la autoridad como necesaria para respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los interesados.

De otro lado, este Despacho debe señalar que en aplicación de otras normas que regulan el principio de publicidad, las autoridades públicas deben dar a conocer al público sus actos administrativos. En

¹⁹⁹ **Artículo 17. Publicación de actuaciones administrativas.** (Modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012). La Superintendencia de Industria y Comercio publicará en su página web las actuaciones administrativas que a continuación se enuncian y además ordenará la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiendo de las circunstancias, y a costa de los investigados o de los interesados, según corresponda, en el que se informe acerca de:

1. El inicio de un procedimiento de autorización de una operación de integración, así como el condicionamiento impuesto a un proceso de integración empresarial. En el último caso, una vez en firme el acto administrativo correspondiente.
2. La apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firme los actos administrativos correspondientes.
3. Las garantías aceptadas, cuando su publicación sea considerada por la autoridad como necesaria para respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los interesados."

este orden de ideas, haber publicado en la página web de la Entidad una decisión debidamente proferida y numerada dentro de una actuación administrativa, mal podría entenderse como violatoria de norma alguna, sino más bien como el cumplimiento del principio de publicidad que rige para las actuaciones administrativas.

Deben entender los investigados que la ley indica que el recurso de reposición tiene como finalidad que la administración aclare, modifique o revoque un acto administrativo. Haber actuado la administración (Superintendencia de Industria y Comercio) en contravención del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012 (que no fue así), no conduce ni a la aclaración, ni a la modificación, ni a la revocatoria, ni a la confirmación de la sanción, pues nada tiene que ver lo uno con lo otro. La violación o no del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012, en nada afecta la legalidad del acto administrativo que impuso sanciones por la violación del régimen de protección de la libre competencia económica, por lo que este argumento es más que irrelevante.

Tal y como se indicó en un acápite anterior, si alguno de los investigados considera que la Superintendencia de Industria y Comercio ha violado el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012, bien pueden acudir a las autoridades competentes a interponer las denuncias que consideren pertinentes.

4.21. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el término para interponer el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria

Algunos recurrentes sostuvieron que se les habría violado el derecho constitucional de defensa y de igualdad a las personas naturales que fueron vinculadas a la investigación administrativa, ya que al notificarles la Resolución Sancionatoria, se les otorgó un plazo de cinco (5) días para impugnar la decisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 01 de 1984, y no de diez (10) días conforme con previsto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los investigados consideran que teniendo en cuenta que la expedición de la adición de la Resolución de Apertura de Investigación y su posterior modificación, así como la vinculación de las personas naturales a la investigación administrativa se produjo en vigencia de la Ley 1437 de 2011, esta sería la ley aplicable. Así mismo, señalaron que la Superintendencia habría aplicado las normas de la Ley 1437 de 2011 durante la actuación administrativa, como es el caso de la expedición de la Resolución No. 61924 del 15 de octubre de 2014, por medio de la cual se resolvió una recusación.

Para este Despacho no hay discusión sobre la aplicación del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) a la presente investigación radicada con el No. 10-57750 mediante la cual se pretendía establecer si los investigados habrían incurrido en una infracción a las disposiciones sobre libre competencia, considerando que la averiguación preliminar a través de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio dio inicio a la actuación administrativa tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). Incluso, la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, por medio de la cual se ordenó la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, fue expedida en vigencia del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte, la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, mediante la cual se adicionó de oficio la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, expedida cuando ya estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, también se profirió con base en las normas procesales establecidas en el Código Contencioso Administrativo, por cuanto la actuación administrativa (averiguación preliminar) se habría iniciado en vigencia del referido Código Contencioso Administrativo.

De la misma manera, la Resolución No. 50925 del 27 de agosto de 2013, por la cual se modificó y aclaró de oficio la Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012, también expedida en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se profirió con base en las normas procesales establecidas en el Código Contencioso Administrativo, por cuanto la actuación administrativa (averiguación preliminar) se habría iniciado en vigencia del referido Código Contencioso Administrativo.

Para determinar cuáles normas procesales se aplican a los procedimientos administrativos, es decir, si se aplica el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) o el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) debe tenerse

en cuenta lo establecido en el artículo 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), el cual dispone:

"Artículo 308. Régimen de transición y vigencia. El presente código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el citado artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) estableció el régimen de transición entre este nuevo estatuto procesal y el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), acogiendo una regla simple, según la cual, los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad al 2 de julio de 2012 se seguirían rigiendo por el estatuto anterior y los iniciados con posterioridad al 2 de julio de 2012, se sustanciarían bajo las reglas previstas en el nuevo estatuto. Para determinar, en el caso bajo examen, cuál estatuto procesal debe regir la sustanciación de esta actuación administrativa, solo debe determinarse, la fecha en que se inició la actuación administrativa.

Para estos efectos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido en todas sus actuaciones, que la fecha que debe tenerse en cuenta en los procedimientos de protección de la libre competencia como de inicio de la actuación administrativa es la relativa a la fecha en que se dio inicio a la averiguación preliminar, pues esta hace parte de la actuación administrativa, por lo que ha descartado cualquier tesis que indique que la fecha es la de la apertura de la investigación con pliego de cargos, por la sencilla razón, de que antes de dicho acto procesal, también hay una actuación de carácter administrativo. Aunque incluso, en este caso, también la inicial Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (Resolución No. 5347 del 13 de febrero de 2012), se profirió en vigencia del Código Contencioso Administrativo, pues de la sola fecha se advierte que fue expedida antes del 2 de julio de 2012, fecha de entrada en vigencia de la nueva legislación procesal.

Confirma la anterior, incluso, lo previsto en el inciso 1 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992:

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

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Siendo así las cosas y determinándose con total claridad que la presente actuación administrativa se inició con anterioridad al 2 de julio de 2012, la investigación tenía que sustanciarse, como en efecto se ha hecho durante todo el trámite, bajo las reglas del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Por esta razón, el argumento según el cual el término para interponer el recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria no debió ser el de cinco (5) días previsto en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) sino el de diez (10) días, según las voces del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), es absolutamente infundado, por las explicaciones precedentes y por ende, el término de cinco (5) para interponer el recursos de reposición a que se refiere el **ARTICULO NOVENO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria es el que corresponde de acuerdo con la normatividad aplicable al caso bajo examen.

Lo anterior ha sido ya reconocido por la jurisprudencia, así:

"(...) dado que las actuaciones administrativas relacionadas con la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia cometidas (...) iniciaron el 14 de octubre de 2011, con el fin de determinar si se amerita el inicio de una investigación, se debe aplicar el Decreto 01 de 1984 y no la Ley 1437 de 2011, la cual empezó a tener vigencia el 2 de julio de 2012.

En consideración a lo anterior, el término de cinco días concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para interponer el recurso de reposición (...) estuvo conforme a la normatividad aplicable, que es el Decreto 01 de 1984 (...).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala no evidencia que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera actuado fuera del marco establecido en el Decreto 01 de 1984, y que en consecuencia, se hubiera presentado alguna irregularidad que implicara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en las actuaciones administrativas relacionadas con la investigación de (sic) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia²⁰⁰.

Ahora bien, frente a la aplicación del Despacho del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), en la Resolución No. 61924 del 15 de octubre de 2014, "Por la cual se resuelve una solicitud de recusación" es pertinente aclarar que la naturaleza de la recusación obliga a aplicar las normas vigentes al momento de su radicación, pues ella pretende discutir elementos que se predicen del funcionario recusado y no exclusivamente del trámite procedimental como tal. Sin embargo, la legislación procesal por la cual se tramitó esa recusación, en nada influye o guarda relación con el trámite en que ahora se encuentra la investigación, ello es, en la interposición, tramitación y decisión de un recurso de reposición.

Conclusiones

- Para determinar cuáles normas procesales se aplican a los procedimientos administrativos, es decir, si se aplica el CCA o el CPACA debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 38 del CPACA. Si la actuación administrativa se inició con anterioridad al 2 de julio de 2012 se aplica el CCA y si se inició con posterioridad, se aplica el CPACA.
- Habiéndose determinado con total claridad que la presente actuación administrativa se inició con anterioridad al 2 de julio de 2012, la investigación tenía que sustanciarse, como en efecto se ha hecho durante todo el trámite, bajo las reglas del CCA.
- El término para interponer el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria es el de cinco (5) días previsto en el CCA y no el de diez (10) días de que trata el CPACA.

4.22. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la valoración del testimonio de EDGAR HERRERA ECHANDÍ, Director Ejecutivo y de Comercialización de LAICA de Costa Rica

Señalaron algunos investigados que dentro de la investigación quedó plenamente probado que no hubo interferencia alguna por parte de **ASOCAÑA** en la importación de azúcar de Costa Rica, y que lo anterior está demostrado mediante el testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo y de Comercialización de **LAICA** y la certificación expedida por dicha agremiación. Sostienen que la Superintendencia de Industria y Comercio dio mayor credibilidad a los testimonios de los denunciantes, quienes participaron activamente en la investigación como terceros con intereses en el resultado de la misma.

Contrario de lo señalado por los recurrentes, la Superintendencia de Industria y Comercio no fundamentó el resultado de la investigación administrativa únicamente en las manifestaciones de los denunciantes o terceros, pues esta Entidad realizó una valoración integral de las pruebas²⁰¹ válidamente solicitadas, decretadas y practicadas obrantes en el expediente.

Frente al argumento de los recurrentes según el cual, mediante el testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** quedó plenamente probado que no hubo interferencia alguna por parte de **ASOCAÑA** en la importación de azúcar de Costa Rica, este Despacho encontró, contrario a lo que pretenden los recurrentes, que para lograr la compra de azúcar al ingenio costarricense se exigió una autorización de **ASOCAÑA**, autorización que fue tramitada a través de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), y que tan solo con su intervención se dio vía libre

²⁰⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de Tutela No. 2015-650 del 5 de noviembre de 2015. M.P. César Palomino Cortés.

²⁰¹ Código de Procedimiento Civil

"Artículo 187. **Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos".

a la importación del azúcar "fair trade". A esta conclusión se llegó, luego de realizar un análisis minucioso del extenso material probatorio que obra en el expediente, que da cuenta de la comisión de la conducta reprochada, y que se contradice de forma clara con lo manifestado por el testigo **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**.

No cabe duda de la existencia de un acuerdo entre **LAICA** y **ASOCAÑA** que tenía como objetivo que las importaciones de azúcar de Costa Rica a Colombia pasaran por un filtro previo, consistente en la autorización que tendría que otorgar **ASOCAÑA**. Ante la contundencia de las diversas pruebas recaudadas, se le dio más valor a estas que a la declaración de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** en su y a las certificaciones expedidas por **LAICA**.

Frente a la valoración del testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, y frente a la valoración de la totalidad de los testimonios, esta Superintendencia hizo una valoración completa de los mismos, de conformidad con lo establece la Corte Suprema de Justicia:

"(...) lo que exige un estudio de las condiciones particulares de cada testigo "respecto de su personalidad, las circunstancias que pudieron o no percibir, los acontecimientos sobre los que versan sus declaraciones, la credibilidad que le merece como resultado de una valoración de las pruebas en conjunto, exponiendo razonadamente los motivos que le asignan mérito o demérito a las pruebas recaudadas"²⁰². (Negritas y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encontró serios reparos frente a la credibilidad y espontaneidad del testigo, por cuanto la aceptación por parte de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** de un acuerdo entre **LAICA** y **ASOCAÑA** para obstruir importaciones le podría generar consecuencias legales en Costa Rica y Colombia. Como consecuencia de lo anterior, este Despacho reitera lo manifestado en la Resolución Sancionatoria, en cuanto a que dicho testimonio no logró el convencimiento del Despacho, toda vez que fue controvertido por extenso material probatorio - pruebas testimoniales y documentales- que provienen de personas y empresas, que gozan de mayor credibilidad por el contacto directo con los hechos, tienen mayor nivel de espontaneidad y gozan de mayor credibilidad, conclusiones todas estas permitidas por el sistema de la sana crítica y la valoración en conjunto del acervo probatorio.

Es importante resaltar la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la valoración probatoria del testimonio:

"(...) La prueba testimonial es un medio probatorio que reviste especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es la prueba por excelencia para acreditar conductas humanas y acontecimientos de la sociedad y de la naturaleza. Por ello se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria, como son: la probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; la ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; la credibilidad, que es la conducencia de la declaración; y la concordancia, entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba. Asimismo, el estudio debe hacer un análisis retrospectivo, esto es, al proceso de formación del testimonio, lo cual viene a ser clave para que lo declarado tenga la virtud de acreditar los supuestos de hecho que sirven de fundamento a las pretensiones. (...) "²⁰³. (Negritas y subrayas fuera de texto).

En este sentido, la Resolución Sancionatoria realizó una valoración del testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** con base en las reglas de la experiencia y la sana crítica. Veamos:

*"En cuanto al argumento común de algunos de los investigados por el cual afirman que la obstrucción a las importaciones de Costa Rica quedó desvirtuada y probada la ausencia de una conducta reprochable con el testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo y de Comercialización de **LAICA**, este Despacho considera que obra en el expediente abundante material probatorio que, a diferencia de lo expuesto por el mencionado testigo, da cuenta de la comisión de la conducta reprochada en este asunto particular.*

²⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2012. Expediente No. 7600131100082004-00003-01. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

²⁰³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección: Tercera Subsección C. M.P. Olga Melida Valle De La Hoz (E). Exp. No. 05001-23-31-000-1997-03186-01, 30061

Además de que todo el material probatorio al que se ha venido haciendo referencia da cuenta de la estrategia anticompetitiva para obstruir importaciones, obran en el expediente correos electrónicos cruzados entre **LAICA**, el ingenio costarricense y el industrial colombiano afectado que contradicen abiertamente lo manifestado por el testigo **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**.

De otra parte, obran declaraciones de testigos (**JUAN JOSÉ ARANGO** y **SOL BEATRIZ ARANGO**, ambos funcionarios de **NACIONAL DEL CHOCOLATES** y directamente involucrados en el asunto), que también contradicen lo declarado por **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** y afirman categóricamente que para realizar la compra de azúcar al ingenio costarricense se les requirió una autorización de **ASOCAÑA**, la cual incluso tramitaron con **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO**, que dicho sea de paso, solo cuando este intervino se viabilizó la importación de ese azúcar "Fair trade". Esta situación, incluso, puso en peligro el negocio.

Todas las evidencias documentales, dadas en el mismo momento en que se sucedieron los hechos, dan clara prueba de la existencia de un acuerdo entre **LAICA** y **ASOCAÑA** para que las importaciones de azúcar de Costa Rica a Colombia pasen por el filtro de autorizaciones previas de **ASOCAÑA**, razón más que suficiente y ante las evidencias, para descartar la veracidad de las declaraciones que en sentido contrario rindió el testigo **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo y de Comercialización de **LAICA**.

Adicionalmente, este Despacho tiene serios reparos frente a la credibilidad del testigo y espontaneidad de su dicho, pues el declarante podría con su dicho, podría sufrir consecuencias legales en su país, de aceptar que existía un acuerdo entre **LAICA** y **ASOCAÑA** para obstruir importaciones de azúcar de Costa Rica hacia Colombia.

Así bien, teniendo en cuenta que el testimonio aducido por los investigados como eximente de su conducta no goza de suficiente valor de convencimiento al ser controvertido por numerosos medios de prueba adicionales, este Despacho rechazará el argumento, pues su dicho no lleva al convencimiento de este Despacho, habida cuenta de que contrasta con varias pruebas documentales y testimoniales provenientes de ciertas personas o empresas, que entre otras cosas, gozan de más oportunidad dado que algunos de ellos tuvieron contacto directo con los hechos, tienen mayor nivel de espontaneidad y gozan de mayor credibilidad, conclusiones todas estas permitidas por el sistema de la sana crítica y la valoración en conjunto del acervo probatorio, dentro del fuero interno del operador judicial o administrativo, que conoce del caso y las pruebas.

(...)

De acuerdo con lo anterior, resulta desacertado darle crédito al testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo y de Comercialización de **LAICA**, toda vez que carece de eficacia demostrativa por estar en abierta discordancia con los hechos probados, pues contrario a lo que manifestó, obran en el expediente pruebas documentales y declaraciones de otros testigos que afirman que la obstrucción para importar azúcar de Costa Rica en este caso particular sí ocurrió, y que obran múltiples pruebas en el expediente que permiten afirmar que existe un convenio entre **LAICA** y **ASOCAÑA** que le daría a esta última la posibilidad de influir (obstruir o impedir) las importaciones de azúcar a Colombia proveniente de ingenios costarricenses²⁰⁴. Adicionalmente, debe considerarse que le resta aún más valor a la credibilidad del testigo el hecho de que una declaración diferente podría implicar su aceptación en la participación en una conducta anticompetitiva

(...) Obsérvese que en el correo electrónico entre **KAREN RODRÍGUEZ** del **INGENIO SAN RAMÓN DE COOPECAÑERA** en Costa Rica, ella le manifestó a **JUAN JOSÉ ARANGO**, Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**, que **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, Director Ejecutivo de la Liga Industrial de la Caña (**LAICA**) en Costa Rica, había recibido una respuesta de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO**, Presidente de **ASOCAÑA**, en donde a propósito de la mencionada autorización, **LONDOÑO CAPURRO** había informado que en Colombia estaban todos los azúcares incluidos el "Fair trade", lo que ponía en riesgo la autorización.

Ante esto, en el mismo correo electrónico, **KAREN RODRÍGUEZ** del **INGENIO SAN RAMÓN DE COOPENAÑERA** en Costa Rica manifiesta su incredulidad frente a la producción en

²⁰⁴ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia también ha considerado: "(...) podrían ver menguada su eficacia demostrativa aquellas testificaciones que están en abierta discordancia respecto del hecho principal que se trata de probar, descrédito que sería mayor en cuanto menos atribuible sea la contradicción a errores derivados de la desatención en la percepción o al olvido al declarar." Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 25899-3103-001-2005-00050-01. Sentencia del 2 de diciembre de 2011. M.P. William Namén Vargas.

Colombia de este tipo de azúcar "Fair trade". Por ello le dice a **JUAN JOSÉ ARANGO** de **NACIONAL DE CHOCOLATES** "Creemos que esto no es cierto" y le sugiere que "sin embargo la opción es que ustedes se comuniquen con este señor Londoño y le hagan la consulta o le pidan la autorización para realizar el embarque", pues le insiste en que "Aún no hemos tomado contacto con la naviera, ni realizado la programación del embarque, ya de previo requerimos que **LAICA** esté de acuerdo con **ASOCAÑA** para esta exportación.". Obsérvese que bien entendido este correo electrónico, la conclusión es que hubo una conversación previa entre **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** de **ASOCAÑA** y **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** de **LAICA** en Costa Rica, que no viabilizó la autorización inicialmente porque supuestamente ese azúcar "Fair trade" se producía en Colombia. En consecuencia, **NACIONAL DE CHOCOLATES** debió insistir en una autorización de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** de **ASOCAÑA**.

Obsérvese adicionalmente, que en correo electrónico del 19 de mayo de 2011 (13 días después del correo del 6 de mayo de 2011 ya mencionado), **JUAN JOSÉ ARANGO** de **NACIONAL DE CHOCOLATES** le contesta a **KAREN RODRÍGUEZ** del **INGENIO SAN RAMÓN DE COOPENAÑERA** en Costa Rica que el propio **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** de **LAICA**, le dijo que debía llamar a **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** de **ASOCAÑA**, pero que le había sido imposible comunicarse con él. Le dijo "E]stuve hablando con Edgar Herrera de Laica y efectivamente me comento que llamara a Luis Fernando Londoño de ASOCAÑA aquí en Colombia pero te cuento que desde esa fecha (6 de mayo de 2011) hasta hoy ha sido muy difícil contactarlo y hasta el momento no hemos podido, por lo tanto necesitamos que ustedes cómo ingenio (socio comercial nuestro de FLO) y conjuntamente con Laica nos ayuden urgentemente con la exportación del azúcar, ya que tenemos el cliente nuestro en Corea del Sur pendiente de que procedamos con el negocio y la producción, nosotros ya tenemos en nuestra planta el Cacao Fair Trade, pero estamos pendientes del envío del azúcar FLO por parte de ustedes para proceder con la producción." e insiste en que ese tipo de azúcar no hay en Colombia, cuando indica que "Nota: tener muy en cuenta que en Colombia no hay azúcar FLO, y en la misma página de Fair Trade se puede confirmar esto."

En esta misma línea, a continuación se presenta un extracto del testimonio rendido ante esta Entidad el 26 de julio de 2011²⁰⁵ por **JUAN JOSÉ ARANGO**, negociador de materias primas del **GRUPO NUTRESA (NACIONAL DE CHOCOLATES)**, en el que una vez hace el relato de los hechos relacionados con la compra de azúcar de Costa Rica anteriormente expuesta, manifiesta que la restricción consistente en imponer requisitos como autorizaciones o avales por parte de **ASOCAÑA** para las compras directas de la industria nacional a ingenios extranjeros no sólo ocurrió en Costa Rica como un hecho aislado, sino que la misma se ha presentado en otros países como Guatemala:

"**Pregunta:** Insisto con el tema de importación. ¿Han experimentado algún tipo de restricción por un, o sea, si para poder importar?"

Respuesta: Sí, nosotros por ejemplo en un, hace poco necesitábamos un azúcar de Costa Rica y hubo un inconveniente, porque nos dijeron que tenía que tener el permiso de **ASOCAÑA**, o sea tratando de traer de Costa Rica para Colombia.

(...)

Pregunta: ¿Y han intentado importar desde otro país, además de este caso de Costa Rica?"

Respuesta: De Costa Rica en algún momento, pero ya verbalmente desde Guatemala y también tenemos el mismo problema, que **ASOCAÑA**, exacto, que tiene que darnos primero una autorización a nosotros para poder importar a Colombia, pues exportar a Colombia.

(...)"

En conclusión, la valoración que le dio la Superintendencia de Industria y Comercio a la prueba testimonial de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** no fue antojadiza ni amañada, pues contrario a lo señalado por los recurrentes, se tuvo en cuenta la coherencia, espontaneidad y conocimiento de los hechos objeto de estudio, así como la totalidad de las pruebas recaudadas haciendo un análisis en conjunto exhaustivo y pormenorizado, como lo demanda la ley y lo ha indicado la jurisprudencia.

²⁰⁵ Folio 1006 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

Las consideraciones antes efectuadas en relación con la valoración del testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** son aplicables a la Certificación proferida por **LAICA** el 26 de marzo de 2012,²⁰⁶ en la que manifiesta "Que nunca ha exigido ni se han solicitado, vistos buenos, autorizaciones, certificados de disponibilidad o similares, a **ASOCAÑA** para realizar exportaciones o negocios internacionales de azúcar a ese país". En efecto, al haber sido suscrita esta certificación precisamente por el mismo **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, en su condición de Director Ejecutivo y de Comercialización de **LAICA**, y por referirse en los mismos términos a lo dicho en su testimonio, el Despacho debe insistir en la poca o nula credibilidad respecto de dicha prueba, habida cuenta de que el estudio juicioso y en conjunto de las pruebas del expediente le imponen concluir que no es cierto ni lo declarado ni lo certificado por el testigo por cuanto a esta altura de la actuación es más que evidente la ocurrencia de la obstrucción de la importación de azúcar que **NACIONAL DE CHOCOLATES** quiso hacer desde Costa Rica y que solo pudo materializarla después de otorgado el visto bueno por parte de **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** (Representante Legal y Presidente de **ASOCAÑA**), hechos en los que estuvo involucrado, como el que más, el propio **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, en su condición de Director Ejecutivo de **LAICA**, como ya se mencionó en este acto administrativo y como ya se había mencionado en la Resolución Sancionatoria objeto de impugnación.

Conclusiones

- Al momento de valorar el testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** en conjunto con las demás pruebas del expediente, la Superintendencia de Industria y Comercio presentó serios reparos frente a la credibilidad y espontaneidad del testigo, por cuanto la aceptación por parte de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** de un acuerdo entre **LAICA** y **ASOCAÑA** para obstruir importaciones dentro de la audiencia, le hubiera podido traer importantes consecuencias legales en Colombia y Costa Rica.
- La Superintendencia de Industria y Comercio efectuó una detallada valoración del testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, y después del análisis en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente, arribó a la conclusión de restarle eficacia probatoria a sus declaraciones y certificaciones.
- La valoración de la prueba testimonial de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** no fue antojadiza ni amañada, pues contrario de lo señalado por los recurrentes, se tuvo en cuenta la credibilidad, coherencia, espontaneidad y conocimiento de los hechos objeto de estudio, así como la totalidad de las pruebas recaudadas haciendo un análisis en conjunto exhaustivo y pormenorizado. Haber descartado la ocurrencia de los hechos en relación con Costa Rica, basado exclusivamente en la declaración de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ**, no solamente hubiera sido una valoración probatoria antojadiza y caprichosa, sino que además hubiera sido ilegal por violación de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, que perentoriamente ordena la valoración en conjunto del acervo probatorio con miras a la identificación de las coincidencias, contradicciones, entre ellas, como paso previo para la adopción de un juicio basado en la sana crítica.
- Las consideraciones antes efectuadas en relación con la valoración del testimonio de **EDGAR HERRERA ECHANDÍ** son aplicables a la Certificación expedida por **LAICA** el 26 de marzo de 2012.

4.23. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con los testimonios de **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO** (Vicepresidente Corporativo de **COCA COLA FEMSA**) y **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**)

Manifestaron algunos investigados que no fue posible contrainterrogar a **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO** (Vicepresidente Corporativo de **COCA COLA FEMSA**), prueba decretada de oficio por la Delegatura.

Así mismo, los recurrentes señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó la obstrucción de las importaciones en el testimonio de **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO** (Vicepresidente Corporativo de **COCA COLA FEMSA**), el cual es de oídas y depende del conocimiento real que es

²⁰⁶ Folio 5488 del Cuaderno Reservado **ASOCAÑA** No. 1 del Expediente.

de **ÁNGELA HERNÁNDEZ**, quien en su testimonio ante la Entidad nunca mencionó que se requería de permisos para importar azúcar.

Contrario a lo manifestado por los recurrentes, el 12 de mayo de 2014, **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO** se presentó para rendir testimonio sobre "el proceso de compra de azúcar de los investigados y demás asuntos relacionados con el mercado de azúcar a nivel nacional"²⁰⁷, diligencia en la que intervinieron concontrainterrogando al testigo los siguientes apoderados: **GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO**, apoderado de **SANTIAGO SALCEDO BORRERO**, **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA**, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ**, **CIAMSA**, **INGENIO RISARALDA** e **INGENIO CENTRAL TUMACO**; **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**, apoderado de **DJALMA TEIXEIRA DELIMA FILHO**, **ALFONSO CAMPO GAVIRIA**, **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ** y de **INGENIO RIOPAILA**; **DANIEL JIMÉNEZ PASTOR**, apoderado de **INGENIO PICHICHÍ** y de **INGENIO MARÍA LUISA**, **SAMUEL FRANCISCO CHALELA ORTIZ**, apoderado de **MAURICIO IRAGORRI RIZO**; y **XIMENA ZULETA LONDOÑO** apoderada de **INGENIO SANCARLOS** y de **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**²⁰⁸. Dentro de dicha diligencia, tal y como puede evidenciarse en la grabación, los apoderados tuvieron la oportunidad y el tiempo suficiente para hacerle todas las preguntas que consideraron pertinentes al testigo, sin que la Delegatura les limitara su derecho de preguntarle, motivo por el cual este Despacho se declara sorprendido por el argumento esbozado por la defensa en sentido contrario a la realidad.

Frente al testimonio de **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**), señalaron los investigados que la obstrucción de importaciones de Guatemala se sustentó en dicho testimonio, el cual fue recibido en la etapa de averiguación preliminar sin la presencia de los investigados y sin que lograra ser ratificado por no haber comparecido a las citaciones pese a los poderes de coacción de la Entidad.

El testimonio de **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**) fue decretado de oficio inicialmente para el 13 de mayo de 2014, reprogramado en múltiples oportunidades por la inasistencia del testigo, mediante Resolución No. 37220 del 9 de junio de 2014, mediante Resolución No. 53823 del 4 de septiembre de 2014 y mediante Resolución No. 62415 del 20 de octubre de 2014 y, finalmente, limitada la práctica del mismo en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil mediante Resolución No. 72735 del 1 de diciembre de 2014.

De conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, las actuaciones administrativas se deberán ejecutar de acuerdo con los principios procesales de celeridad, eficacia y economía. De esta forma, la Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido:

*"El proceso se encuentra regido, entre otros, por los principios de celeridad y eficacia los cuales buscan que los trámites procesales se desarrollen con sujeción a los precisos términos señalados en la ley procesal y que el proceso concluya dentro del menor término posible y logre su finalidad, a través del pronunciamiento de la correspondiente sentencia"*²⁰⁹.

Así las cosas, en desarrollo de los principios constitucionales anteriormente citados, de conformidad con los lineamientos procesales establecidos por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, en uso de las facultades otorgadas por el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2012, y teniendo en cuenta que se trató de una prueba que no solicitaron los investigados sino que fue decretada de oficio, la Delegatura procedió a limitar la práctica del testimonio de **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**), teniendo en cuenta que en el material probatorio recaudado a lo largo de la etapa probatoria de la investigación, la Delegatura ya tenía suficiente ilustración respecto de los hechos que pretendían ser probados con el mismo. Le causa sorpresa al Despacho que en los recursos de reposición los recurrentes se duelan porque no se practicó una prueba que ni siquiera solicitaron en la actuación administrativa, sino que como ya se dijo, fue una prueba decretada de oficio por el Despacho.

Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente sobre la utilidad de la prueba testimonial:

²⁰⁷ Resolución No. 19436 del 27 de marzo de 2014, por medio de la cual la Delegatura de Protección de la Competencia profirió acto de pruebas dentro de la investigación radicada con el número 10-57750.

²⁰⁸ Folios 11869-11873 del Cuaderno Público No. 51 del Expediente.

²⁰⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-875 de 2011. Expediente D-8474.

"(...) El artículo 168 del C.C.A. señala que en lo relacionado con **la admisibilidad de los medios de prueba**, la forma de practicarlas y los criterios de valoración, son aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil. El artículo 178 del C. de P.C. dispone: "Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas". De la última norma se infiere que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar **si éstas cumplen con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad**. Por esencia, la prueba judicial es un acto procesal que permite llevar al juez al convencimiento de los hechos que son materia u objeto del proceso. Desde el punto de vista objetivo, las pruebas deben cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. **La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio.** (...)". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Finalmente, como se señalado en el presente acto administrativo, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró demostrado un cartel empresarial consistente en un acuerdo para obstruir las importaciones de azúcar a Colombia por parte de los ingenios a través de entidades vinculadas a ellos, particularmente, **CIAMSA, DICSA y ASOCAÑA**. Para arribar a esta conclusión, la Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en múltiples pruebas debidamente recaudadas y que obran en el expediente, tales como correos electrónicos, informes de visitas a Bolivia, minutas de contratos y testimonios, entre otras, con base en los cuales, después de una valoración en conjunto y de acuerdo con el principio de la sana crítica permitieron al Despacho arribar con grado de certeza a la conclusión de que dichos actos obstructivos se encontraron suficientemente probados. Así las cosas, nada más alejado de la realidad afirmar que este Despacho fundamentó su decisión, exclusivamente, en los testimonios de **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**) y **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO**, cuando de la simple lectura de la Resolución Sancionatoria se advierte claramente que la decisión administrativa está fundamentada en un análisis juicioso de las pruebas del expediente, incluidos estos testimonios pero también de muchas otras pruebas, entre ellas, documentales.

Conclusiones

- El 12 de mayo de 2014 se practicó el testimonio de **FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO** (Vicepresidente Corporativo de **COCA COLA FEMSA**) en el que los apoderados tuvieron la oportunidad y el tiempo suficiente para hacerle todas las preguntas que consideraron pertinentes al testigo, sin que la Delegatura les limitara su derecho de contrainterrogarlo. Por esta razón, resulta incomprensible la afirmación de los recurrentes por ser contraria a la realidad.
- El testimonio de **JUAN JOSÉ ARANGO VARGAS** (Negociador de Materias Primas de **NACIONAL DE CHOCOLATES**) fue decretado de oficio, inicialmente para el 13 de mayo de 2014, reprogramado en múltiples oportunidades por la inasistencia del testigo. Finalmente, limitada la práctica del mismo en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil mediante Resolución No. 72735 de 1 de diciembre de 2014. Los investigados no solicitaron este testimonio en ninguna de las múltiples oportunidades que tuvieron para solicitar pruebas, por lo que sorprende que en esta etapa procesal los recurrentes echen de menos la práctica de esta prueba.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se fundamentó en múltiples pruebas debidamente recaudadas y que obran en el expediente, tales como correos electrónicos, informes de visitas a Bolivia, minutas de contratos y testimonios, entre otras, con base en los cuales, después de una valoración en conjunto y de acuerdo con el principio de la sana crítica permitieron al Despacho arribar con grado de certeza a que dichos actos obstructivos se encontraron suficientemente probados.

4.24. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el principio de no autoincriminación

En su recurso de reposición **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio desatendió el principio de no autoincriminación, por cuanto presuntamente la Entidad en diligencia de interrogatorio del investigado le habría manifestado que en caso de que llegase a guardar silencio, ese silencio sería usado procesalmente en su contra y le podría acarrear sanciones de tipo económico.

Advierte el Despacho que el recurrente confunde el deber de tomar juramento previsto en el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que "antes de iniciarse el interrogatorio, se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad", con una supuesta violación del principio de no autoincriminación. No puede bajo ningún punto de vista entenderse que tomar juramento constituye una violación al principio de no autoincriminación, pues simplemente lo que quiere el ordenamiento jurídico es que quien absuelve un interrogatorio no se valga de mentiras al momento de rendir sus declaraciones.

De otro lado, debe recordarse que al momento de tomarle el juramento a **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), se le señaló expresamente no solo el contenido del artículo 33 de la Constitución Política sino los artículos 266 y 269 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, en el minuto 4:30 en adelante del CD²¹⁰ donde reposa el interrogatorio de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ**, se advierte lo siguiente:

"Funcionaria de la Superintendencia de Industria y Comercio: "Una vez identificado el testigo se le toma el juramento de no faltar a la verdad y se le advierte sobre la responsabilidad penal en que incurre quien jura en falso, conforme lo dispuesto en el artículo 442 del Código Penal, el cual dispone: "El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente incurrirá en prisión de 6 a 12 años", lo anterior en concordancia con lo dispuesto por los artículos 266 y 269 del Código de Procedimiento Penal.

Señor ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ: jura usted decir la verdad y nada más que la verdad de lo que le fuere preguntado en la en la presente diligencia?

ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ: Sí, juro.

(...)

Del mismo modo, se le recuerda que en virtud del artículo 33 de la Constitución Política "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil."

La garantía de no incriminación supone el derecho a guardar silencio, así como a emplear las estrategias que considere adecuadas para su defensa el interrogado. No obstante lo anterior, dicha garantía no se extiende hasta el empleo de mecanismos fraudulentos u obstructivos, o la posibilidad de rendir declaraciones mentirosas o alejadas de la verdad, por cuanto estas sí tienen consecuencias procesales, incluso hasta penales²¹¹.

Como se advierte en la grabación correspondiente del interrogatorio de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**) no queda la más mínima duda del pleno respeto por el principio de no autoincriminación.

De otra parte, debe advertirse que en la Resolución Sancionatoria no se ha hecho alusión en perjuicio de **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** (Gerente de **INGENIO MANUELITA**), de nada de lo dicho en su declaración ante la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual, ese alegato es impertinente dentro de la tramitación de este recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

4.25. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la orden de publicación para WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA

WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA manifestó en su recurso de reposición que, a pesar de que el Despacho decidió archivar la investigación en su contra, la Resolución Sancionatoria en su **ARTÍCULO OCTAVO** lo incluye en la orden dirigida a todas las personas jurídicas y naturales sancionadas de realizar una publicación en diario de amplia circulación nacional, en la que se informe que la Superintendencia de Industria y Comercio le impuso una sanción. Por lo tanto, solicita

²¹⁰ Folio 15.554 del Cuaderno Público 70.

²¹¹ Entre otras puede consultarse. Corte Constitucional. Sentencia C - 258 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que se revoque el **ARTÍCULO OCTAVO** mencionado y que se elimine su nombre de la publicación que allí se ordena.

Al respecto, el Despacho advierte que en efecto se incluyó a **WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA** en la orden de publicación prevista en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, por lo que modificará el **ARTÍCULO OCTAVO** de la Resolución No. 80847 de 2015 sustrayendo el nombre de **WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA**.

4.26. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con el impedimento del Delegado para la Protección de la Competencia GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Algunos recurrentes insistieron en señalar que el Delegado para la Protección de la Competencia, **GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA**, debió declararse impedido por haber sido en el pasado apoderado de **CASA LUKER**, que es un tercero interesado en la presente actuación. Teniendo en cuenta que no existen argumentos adicionales a los analizados en la Resolución Sancionatoria, el Despacho reitera lo allí indicado respecto de que no hay lugar a declarar la ocurrencia de ninguna causal de impedimento:

"Sin que se haya presentado una recusación formal al mencionado funcionario, el Despacho no encuentra que dicha circunstancia tenga la entidad suficiente como para alterar su imparcialidad en la tramitación de esta investigación, máxime si el propio funcionario no consideró en su fuero interno que existiera tal impedimento, ni fue recusado.

El numeral 12 del artículo 150 del C.P.C. dispone que será causal de recusación para el juez haber intervenido como apoderado en el proceso; es decir, que la causal se dirige para aquellos profesionales del derecho que han intervenido como apoderados de una de las partes y luego, fungen como juez dentro de la misma causa, lo cual dista de lejos de lo posiblemente ocurrido en este caso, ya que la asesoría jurídica que habría prestado el Ex - Delegado a uno de los terceros interesados ni se produjo en el marco de la presente actuación administrativa, sino en un trámite administrativo totalmente independiente y que no tiene nada que ver con el presente caso. En efecto, se trató de la investigación con radicación No. 06-25839, iniciada a través de Resolución No. 28065 de 2006, y que terminó mediante la Resolución No. 4946 de 2009, fecha en la que ni siquiera se había abierto la presente investigación.

*De hecho, consultados documentos que reposan en esta Entidad (Radicación No. 06-25839) debe tenerse en cuenta que los apoderados de siete (7) investigados en la presente actuación administrativa (**INGENIO MANUELITA, INGENIO RIOPAILA CASTILLA, HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ, ALFONSO OCAMPO GAVIRIA, DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO, ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ y RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ**) también representaron a otro de los involucrados en la mencionada investigación administrativa -**COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES**-, sin que ello les hubiere representado un conflicto de interés para representar en la presente investigación a varios investigados, ni derivado por ende responsabilidad disciplinaria de cara al ejercicio de su profesión de abogado.*

*Sobra advertir que, no existe en el expediente bajo estudio, ninguna recusación por este hecho contra el mencionado Ex - Superintendente Delegado, por ninguno de los investigados y mucho menos por parte de los apoderados que en el pasado estuvieron en la investigación con radicación No. 06-25839 y que ahora defienden intereses contrarios a los de su antiguo poderdante, **COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES**, y quienes obviamente conocían de dicha situación.*

Finalmente, por este motivo no existen razones para declarar ninguna nulidad oficiosa."

Frente a la solicitud de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contenida en su concepto dentro la Agencia Especial, relacionada con que se revise la actuación del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia por un presunto impedimento producto de su intervención en el Comité Triple A del 24 de junio de 2014, este Despacho advierte que el Ministerio Público, por un error involuntario y nuevamente, se reitera, por no haber solicitado una copia de todo el expediente, no observó que mediante la Resolución No. 61924 del 15 de octubre de 2014, el suscrito Superintendente de Industria y Comercio resolvió en sentido negativo la solicitud de recusación elevada por algunos de los investigados con base en estos hechos, por lo que sustracción de materia, la solicitud de la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** no resulta

procedente al tratarse de un aspecto frente al cual ya existe un pronunciamiento expreso a través de un acto administrativo debidamente proferido dentro de la presente actuación y en firme.

4.27. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con la expedición del segundo Informe Motivado Integrado

Algunos investigados señalaron que hubo una violación al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009 y por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, al haber expedido la Delegatura para la Protección de la Competencia un segundo Informe Motivado Integrado, puesto que, según lo alegado, dichas disposiciones legales solo permiten la expedición de un Informe Motivado en cada investigación.

Teniendo en cuenta que lo aquí señalado por los recurrentes no incorpora nuevos argumentos diferentes a los presentados en las observaciones al Informe Motivado, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria, así:

"Ahora bien, en lo que tiene que ver con el segundo argumento planteado, es decir, la falta de competencia funcional por parte del Delegado para expedir la Fe de Erratas e Informe Motivado Complementario e Integrado, tampoco se encuentra de recibo este argumento.

No es correcto afirmar que la competencia funcional del Delegado finaliza con la expedición del Informe Motivado, ya que como ha ocurrido en ocasiones anteriores en presencia de yerros, es posible y legal que se expidan oficiosamente actos administrativos que lo complementen, adicionen o corrijan, y mucho más, cuando lo que inspira ese actuar es brindar más garantías a los investigados.

Nótese cómo, en presencia de una deficiencia cuyo origen se produjo en la Delegatura debía ser subsanada por el mismo funcionario que expidió el Informe Motivado, lo cual es lógico en un sistema jurídico de competencias expresas.

En efecto, conforme el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011:

"ARTÍCULO 9. Funciones del Despacho de Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Son funciones del Despacho de Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

(...)

6. Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal.

(...)"

Así las cosas, advertida una falencia en el Informe Motivado corresponderá únicamente al Delegado expedir los actos complementarios o sustitutivos de este, en la medida en que dicha competencia está expresamente conferida a la Delegatura en los precisos términos prescritos en la norma citada. Por ello, para este Despacho es claro que la competencia funcional legalmente deferida a la Delegatura no se pierde en razón de la expedición del Informe Motivado, ya que si bien es cierto a partir de ese momento se traslada el expediente al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio para que decida sobre la posible infracción de las normas de competencia, este Despacho sí carece de la competencia funcional para enmendar, adicionar, suprimir y de cualquier forma intervenir en dicho acto.

Por esta razón, este Despacho considera no solo que no hay nulidad derivada de lo que se examina, sino que, el Delegado procedió como corresponde, una vez advertido y consciente de que habían cosas por enmendar en su Informe Motivado inicial, muchas de estas relacionadas con peticiones de los propios investigados, quienes ahora pretenden ventilar una nulidad abiertamente improcedente cuando lo que se hizo, solamente le trajo mayores garantías al debido proceso." (Subrayas y negrillas fuera de texto).

4.28. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con que CIAMSA y DICSA no son agentes independientes del mercado, ya que estas sociedades están integradas verticalmente por los ingenios accionistas que las controlan

Los recurrentes esgrimieron el argumento según el cual, **CIAMSA** y **DICSA** no son agentes independientes del mercado, por cuanto que estas sociedades están integradas verticalmente por los ingenios accionistas que las controlan. Como consecuencia de lo anterior, afirmaron los recurrentes que no es posible celebrar un acuerdo anticompetitivo entre dichas sociedades y los ingenios, ya que se consideran una única empresa en el mercado al estar integradas con sus socios.

En relación con la definición de subordinación de sociedades, el artículo 260 del Código de Comercio modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 dispone lo siguiente:

"Artículo 260. Subordinación. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".

A su turno, el artículo 261 Código de Comercio modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, indica que una sociedad será subordinada cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

"Artículo 261. Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior".

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 prevé el concepto de Grupo Empresarial. Señala esta norma que para exista un grupo empresarial, adicional a la situación de control o subordinación, debe verificarse la existencia una unidad de propósito y dirección entre las entidades vinculadas. Por su parte, se entiende que se está en presencia de la mencionada unidad de propósito y dirección, cuando la existencia y actividades de todas las entidades persiguen un objetivo común determinado por la matriz o controlante, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Finalmente, el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 establece como una obligación la inscripción en el Registro Mercantil de las situaciones de control o de los grupos empresariales.

Pues bien, bajo los anteriores criterios legales, no encuentra esta Superintendencia que **DICSA** y **CIAMSA** se encuentren en situación de subordinación o control respecto de los ingenios investigados. De una parte, no existe una inscripción en el registro mercantil de la situación de control o de grupo empresarial de los ingenios investigados sobre **CIAMSA** y **DICSA**, conforme lo establece la obligación legal antes mencionada prevista en el artículo 30 de Ley 222 de 1995. De otra parte, y aun dejando de lado este requisito legal, hay que señalar que los recurrentes se limitaron a presentar este argumento en los recursos de reposición, pero ni siquiera aportaron o

señalaron pruebas que pudieran dar cuenta de la mencionada situación de control, subordinación o de grupo empresarial.

En cuanto al argumento de los recurrentes en el sentido de que aceptando la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio, **CIAMSA** y **DISCSA** deberían ser responsables como facilitadores de la conducta, por lo que la sanción a imponer debe ser la prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el Despacho debe rechazarlo por improcedente, por cuanto un análisis de las pruebas del expediente permite llegar a la conclusión de que **CIAMSA** y **DICSA** son unos agentes del mercado que actúan como tales en el mercado del azúcar en general, razón por la cual no pueden considerarse como colaboradores de un agente del mercado, sino como ya se indicó, como agentes del mercado propiamente dichos. En tal virtud, aplicarles las normas previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 es lo que procedente.

4.29. Análisis del Despacho frente a los argumentos de los investigados relacionados con que CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ (Gerente General de INGENIO SANCARLOS) no tuvo oportunidad procesal para controvertir el reconocimiento de terceros interesados presentada por algunas empresas

Se plantea en el recurso de reposición que **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) no pudo pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento de terceros interesados presentada por algunas empresas, como quiera que su vinculación como investigado ocurrió en momento procesal posterior a dicho reconocimiento, lo cual a su juicio implica una afectación de su derecho de defensa. Sobre este particular, la Superintendencia llama la atención en cuanto a que si bien la vinculación de **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ** (Gerente General de **INGENIO SANCARLOS**) en efecto ocurrió con posterioridad al trámite de la solicitud de reconocimiento de terceros interesados, lo cierto es que surtida la notificación de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos respecto de él, es decir, la Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013, tuvo a su disposición un traslado por el término de veinte (20) días hábiles, esto es, poco más de un mes calendario, en el cual tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa, solicitar y aportar las pruebas que pretendiera hacer valer dentro del trámite, sin ninguna restricción para que, si era su intención, controvertir lo relacionado con la solicitud de reconocimiento de terceros interesados, estuviesen o no ya admitidos.

Obsérvese que, la referida Resolución No. 15294 del 8 de abril de 2013 *"por la cual se adiciona una resolución de apertura de investigación, se concede un término de traslado, se rechazan unas nulidades y se otorgan nuevamente unas oportunidades procesales"*, le permitían a todas las personas naturales a las que allí se les formuló pliego de cargos (18 personas naturales), ejercer, sin limitación alguna, los actos procesales anteriores que no habían tenido oportunidad de ejercer, por no estar vinculados formalmente a la investigación con anterioridad, entre ellos, rendir descargos, controvertir las pruebas existentes, aportar pruebas, pedir la práctica de pruebas, ofrecer garantías para la terminación anticipada y extraordinaria de la investigación en su contra e interponer los medios de impugnación o contradicción respecto de actuaciones procesales anteriores, entre ellas, lo relacionado con el reconocimiento de terceros interesados.

En estas circunstancias, el alegato sobre este punto en el recurso de reposición contra la sanción que le fue impuesta es intrascendente pero además inoportuno. En efecto, de manera alguna se indica por el recurrente de qué manera haber contado con una oportunidad específica para el único propósito de pronunciarse sobre la solicitud de reconocimiento de terceros interesados, habría significado una garantía necesaria para la guarda material de su derecho de defensa y cambiado por esta causa el curso de las conclusiones sobre su responsabilidad administrativa.

Adicionalmente, resulta abiertamente inoportuno el argumento, pues se tiene que, aún de concederse que la actuación en estos términos hubiera generado un motivo de afectación del debido proceso, lo cual en realidad nunca ocurrió, es lo cierto que de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, los investigados cuentan con una oportunidad preclusiva para alegar cualquier vicio o irregularidad dentro del trámite administrativo por prácticas restrictivas de la competencia, esto es, hasta antes del inicio del traslado del Informe Motivado, so pena de que se entienda saneado el procedimiento. El recurrente en este caso, optó por plantear el infundado vicio en el recurso de reposición contra la decisión que puso fin a la actuación que ahora se resuelve, inobservando a su vez, que ello solo es posible si el presunto vicio tiene lugar con posterioridad al traslado del Informe Motivado, lo cual sencillamente no es compatible con su propio alegato, según el cual la irregularidad ocurrió en momento procesal anterior, cual fue, la apertura de investigación con pliego de cargos en su contra y el trámite de reconocimiento de terceros interesados.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: RECHAZAR por improcedente el recurso de reposición (solicitud de aclaración) interpuesto por los investigados **CIAMSA, INGENIO RISARALDA, INGENIO CENTRAL TUMACO, CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ, CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, SANTIAGO SALCEDO BORRERO y DICSA** contra la Resolución No. 86338 de 2015 por medio de la cual se decretaron pruebas de oficio en el trámite del recurso de reposición contra la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuesta en la parte considerativa de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: REVOCAR el **ARTÍCULO SÉPTIMO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el numeral 1.1. del **ARTÍCULO PRIMERO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"1.1. A la ASOCIACIÓN DE CULTIVADORES DE CAÑA DE AZÚCAR DE COLOMBIA identificada con NIT 890.303.178-2, multa de QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 579.915.000.00) equivalentes a NOVECIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (900 SMLMV)."

ARTÍCULO CUARTO: MODIFICAR el numeral 1.2. del **ARTÍCULO PRIMERO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"1.2. A C.I. DE AZÚCARES Y MIELES S.A. CIAMSA identificada con NIT 890.300.554-5, multa de TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 3.840.326.000.00) equivalentes a CINCO MIL NOVECIENTOS SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5.960 SMLMV)."

ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el numeral 2.6 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"2.6. A GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL identificado con cédula de ciudadanía No. 70.069.055, una multa de CUATROCIENTOS DOS MILLONES SETENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$402.074.400.00) equivalentes a SEISCIENTOS VEINTICUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (624 SMLMV)."

ARTÍCULO SEXTO: MODIFICAR el numeral 2.7 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"2.7. A MAURICIO IRAGORRI RIZO identificado con cédula de ciudadanía No. 16.722.421, una multa de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$233.254.700.00.) equivalentes a TRESCIENTOS SESENTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (362 SMLMV)."

ARTÍCULO SÉPTIMO: MODIFICAR el numeral 2.10 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"2.10. A CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA identificado con cédula de ciudadanía No. 10.064.847, una multa de SETECIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL SEISCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$733.914.650.00.) equivalentes a MIL CIENTO TREINTA Y NUEVE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.139 SMLMV)."

ARTÍCULO OCTAVO: MODIFICAR el numeral 2.13 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"2.13. A SANTIAGO SALCEDO BORRERO identificado con cédula de ciudadanía No. 17.097.296, una multa de **CUATROCIENTOS TRECE MILLONES VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$413.028.350.00.)** equivalentes a **SEISCIENTOS CUARENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (641 SMLMV)**".

ARTÍCULO NOVENO: ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** y **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRIGUEZ**, por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación con lo dispuesto en del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, **MODIFICAR** el inciso primero del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, el cual quedará así:

"ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.945.599, **CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.953.852, **JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 19.069.534, **ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 8.280.548, **GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL** identificado con cédula de ciudadanía No. 70.069.055, **MAURICIO IRAGORRI RIZO** identificado con cédula de ciudadanía No. 16.722.421, **JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.441.903, **ANDRÉS REBOLLEDO COBO** identificado con cédula de ciudadanía No. 16.712.521, **CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA** identificado con cédula de ciudadanía No. 10.064.847, **CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.367.072, **JAIME VARGAS LÓPEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 14.943.519, **SANTIAGO SALCEDO BORRERO** identificado con cédula de ciudadanía No. 17.097.296, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 con relación de lo dispuesto en del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y tolerar dicha conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución

(...)"

ARTÍCULO DÉCIMO: REVOCAR los numerales 2.5 y 2.14 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015 como consecuencia de la decisión de **ARCHIVAR** la actuación administrativa en favor de **RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ** y **HAROLD ANTONIO CERÓN RODRIGUEZ**, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: MODIFICAR el **ARTÍCULO OCTAVO** de la parte resolutive de la Resolución No. 80847 de 2015, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

"ARTÍCULO OCTAVO: ORDENAR a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, ASOCAÑA, DICSA, CIAMSA, INGENIO CENTRAL TUMACO, INGENIO RISARALDA, INGENIO RIOPAILA CASTILLA, INGENIO MANUELITA, INGENIO LA CABAÑA, INGENIO MAYAGÜEZ, INGENIO INCAUCA, INGENIO PROVIDENCIA, INGENIO PICHICHÍ, INGENIO MARÍA LUISA, INGENIO SANCARLOS, INGENIO CARMELITA, y LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO, CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ, SANTIAGO SALCEDO BORRERO, CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, ALFONSO OCAMPO GAVIRIA, ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ, JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO, MAURICIO IRAGORRI RIZO, JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ,

GONZALO ORTÍZ ARISTIZÁBAL, ANDRÉS REBOLLEDO COBO, CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRÚZ y JAIME VARGAS LÓPEZ, informan que:

Mediante Resolución No. 80847 de 2015 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **ASOCAÑA, DICSA, CIAMSA, INGENIO CENTRAL TUMACO, INGENIO RISARALDA, INGENIO RIOPAILA CASTILLA, INGENIO MANUELITA, INGENIO LA CABAÑA, INGENIO MAYAGÜEZ, INGENIO INCAUCA, INGENIO PROVIDENCIA, INGENIO PICHICHÍ, INGENIO MARÍA LUISA, INGENIO SANCARLOS, INGENIO CARMELITA, y LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO, CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ, SANTIAGO SALCEDO BORRERO, CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, ALFONSO OCAMPO GAVIRIA, ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ, JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO, MAURICIO IRAGORRI RIZO, JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ, GONZALO ORTÍZ ARISTIZÁBAL, ANDRÉS REBOLLEDO COBO, CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRÚZ y JAIME VARGAS LÓPEZ, por haber infringido lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 26 de la Ley 1340 de 2009.**

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012."

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia."

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 80847 de 2015.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la **ASOCIACIÓN DE CULTIVADORES DE CAÑA DE AZÚCAR DE COLOMBIA, C.I. DE AZÚCARES Y MIELES S.A. CIAMSA, DESARROLLOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, INGENIO RIOPAILA CASTILLA S.A., INGENIO DEL CAUCA S.A., MANUELITA S.A., INGENIO PROVIDENCIA S.A., MAYAGÜEZ S.A., INGENIO LA CABAÑA S.A., INGENIO PICHICHÍ S.A., INGENIO RISARALDA S.A., CARLOS SARMIENTO L. & CÍA. INGENIO SANCARLOS S.A., INGENIO CARMELITA S.A., CENTRAL TUMACO S.A. EN LIQUIDACIÓN e INGENIO MARÍA LUISA S.A., y a LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO, CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ, JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ, ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ, RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ, GONZALO ORTIZ ARISTIZÁBAL, MAURICIO IRAGORRI RIZO, JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO, ANDRÉS REBOLLEDO COBO, CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA, CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ, JAIME VARGAS LÓPEZ, SANTIAGO SALCEDO BORRERO, WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA, ALFONSO OCAMPO GAVIRIA, HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ, a la apoderada de LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO y a DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.**

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **30 DIC 2015**

El Superintendente de Industria y Comercio,


PABLO FELIPE ROBLÉDO DEL CASTILLO

NOTIFICACIONES:

EN CALIDAD DE INVESTIGADOS

LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO
ASOCIACIÓN DE CULTIVADORES DE CAÑA DE AZÚCAR DE COLOMBIA

Apoderado

Doctor

PABLO CÁCERES CORRALES

C.C. 17.105.193

T.P. 12.358 del C.S. de la J.

Carrera 11 B No. 99 – 54 Oficina 201

Bogotá, D.C.

DESARROLLOS INDUSTRIALES Y COMERCIALES S.A. -DICSA- EN LIQUIDACIÓN

LUIS AUGUSTO JARAMILLO PALACIO

Apoderada

Doctora

ANA LUCÍA PARRA VERA

C.C. 63.555.828

T.P. 167.552 del C.S. de la J.

Calle 98 No. 9 A -41 Oficina 309

Bogotá, D.C.

SANTIAGO SALCEDO BORRERO

CÉSAR AUGUSTO ARANGO ISAZA

CLEMENTE CARLOS MIRA VELÁSQUEZ

COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL DE AZÚCARES Y MIELES S.A. - CIAMSA

INGENIO RISARALDA S.A.

CENTRAL TUMACO S.A.

Apoderado

Doctor

GABRIEL IBARRA PARDO

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.

Calle 98 No. 9 A -41, Oficina 309

Bogotá, D.C.

ANDRÉS REBOLLEDO COBO

INGENIO PICHICHÍ S.A.

Apoderada

Doctora

JULIANA NÁNDAR BELTRÁN

C.C. 1.015.403.602

T.P. 201.446 del C.S. de la J.

Calle 86 No. 69H-35, Casa 179

Bogotá, D.C.

juliana.nandar.beltran@gmail.com

WÍLDER FERNANDO QUINTERO PARRA

INGENIO MARIA LUISA S.A.

Apoderado

Doctor

SERGIO ROJAS QUIÑONEZ

C.C. 1.032.433.796

T.P. 222.958 del C.S. de la J.

Calle 59 No. 56-63 Torre 2 Apto 406

Bogotá, D.C.

srojas@spilaw.com

GONZALO ORTÍZ ARISTIZÁBAL

JUAN JOSÉ LÜLLE SUÁREZ

INGENIO PROVIDENCIA S.A.

INGENIO DEL CAUCA S.A.

Apoderado

Doctor

JULIÁN DAVID SOLORZA MARTÍNEZ

C.C.80.844.908

T.P.185.959 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71 -21 Torre B, Oficina 602

Bogotá, D.C.

JUAN CRISTÓBAL ROMERO RENJIFO
INGENIO LA CABAÑA S.A.

Apoderado

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

C.C. 19.489.933

T.P. 38.447 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6 – 30 piso 12

Bogotá, D.C.

DJALMA TEIXEIRA DE LIMA FILHO
ALFONSO OCAMPO GAVIRIA
HAROLD ANTONIO CERÓN RODRÍGUEZ
RIOPAILA CASTILLA S.A.

Apoderado

Doctor

ANDRÉS JARAMILLO HOYOS

C.C. 7.562.626

T.P. 75.015 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6 – 30 piso 12

Bogotá, D.C.

RODRIGO BELALCÁZAR HERNÁNDEZ
ADOLFO LEÓN VÉLEZ VÉLEZ
MANUELITA S.A.

Apoderado

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

C.C. 19.489.933

T.P. 38.447 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6 – 30 piso 12

Bogotá, D.C.

MAURICIO IRAGORRI RIZO
INGENIO MAYAGÚEZ S.A.

Apoderado

Doctor

LUIS EDUARDO NIETO JARAMILLO

C.C. 79.488.586

T.P. 71.827 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 5-83, piso 4

Bogotá, D.C.

CARLOS ALBERTO MARTÍNEZ CRUZ
CARLOS SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SANCARLOS S.A.

Apoderado

Doctor

ANDRÉS FERNANDEZ DE SOTO

C.C. 79.153.646

T.P. 41.615 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71-52 Torre B, Piso 9

Bogotá, D.C.

afernandez@cardenasycardenas.com

JAIME VARGAS LÓPEZ
INGENIO CARMELITA S.A.

Apoderado

Doctor

JAIRO RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890

T.P. 35.306 del C.S. de la J

Calle 94 A No. 13-34 Oficina 102

Bogotá, D.C.

jrubio@rubioescobar.com

EN CALIDAD DE TERCEROS INTERESADOS:

AJE COLOMBIA S.A.
SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO & CIA S.A.

Apoderada

Doctora

CLAUDIA MARCELA MONTOYA NARANJO

C.C. 30.326.289

T.P. 82.093 del C.S. de la J

Calle 90 No. 19 A -49, Oficina 403

Bogotá, D.C.

MEALS MERCADEO DE ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S. –MEALS DE COLOMBIA S.A.S
INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. –INDEGA S.A.
NESTLE DE COLOMBIA S.A.
COMPAÑÍA DE GALLETAS NOEL S.A.S.
COMPAÑÍA NACIONAL DE CHOCOLATES S.A.S.
BIMBO DE COLOMBIA S.A.

Apoderado

Doctor

JORGE JAECKEL KOVACS

C.C. 80.410.552

T.P. 64.720 del C.S. de la J

Calle 90 No. 19 A -49, Oficina 403

Bogotá, D.C.

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PANELEROS – ACOPANELEROS

Apoderado

Doctor

RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO

C.C. 70.072.296

T.P. 51.111 del C.S. de la J.

Calle 97 A No. 9-45 Oficina 205 Centro Empresarial Strategic 97

Bogotá, D.C.