



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 21820 DE 2004
(09 SET. 2004)

"Por la cual se impone una sanción"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrió investigación en contra de C.I. Promotora Bananera S.A.; Arizona Investment Corporation; Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebara S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A.; Agrícola Buritica S.A.; El Camello del Caribe S.A. y Palmicol S.A., con el fin de determinar si actuaron en contravención de la obligación contenida en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.¹

En el mismo sentido se ordenó investigar a las personas que ejercen la representación legal de las empresas anteriormente mencionadas, para determinar si autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia, de conformidad con los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO. Que en aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia decretó la práctica de pruebas y una vez culminada la etapa concerniente a su recaudo, elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO. Que conforme a lo ordenado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio número 02058916-10060-10061-10062-10063-10064 de 17 de mayo de 2004, fue trasladado el informe motivado a los involucrados en la investigación, con el fin de que manifestaran sus opiniones, las que quedaron consignadas en el oficio radicado bajo el número 02058916-10066 de junio 8 de 2004, que se resumen de la siguiente manera:

- **Observaciones presentadas al informe motivado por la doctora Patricia Marulanda Calero, apoderada de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. – PROBAN- y de SANTIAGO URIBE LOPEZ**

"Pretensión principal"

Que se declare que la operación investigada no debía ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio, por no cumplirse con ninguno de los elementos establecidos en el

¹ Resolución 25186 de julio 31 de 2002.

artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y, en consecuencia, se archive la correspondiente investigación. Esta pretensión, se basa en lo siguiente:

Manifiesta la apoderada que la norma que se imputa violentada, recae sobre tres supuestos: el subjetivo, el objetivo y el cronológico.

En relación al *supuesto subjetivo*, sostiene que la carga de información previa está en cabeza de las empresas involucradas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio. Agrega que PROBAN se encuentra dedicada a la comercialización internacional de banano verde, mientras que Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebara S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A.; Agrícola Buritica S.A., participan de la fase productiva de este producto, de lo cual concluye que tales empresas "*[n]o se dedican a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora tal como lo exige la norma*".

Al respecto considera que las integraciones verticales, como en este caso, no están bajo los parámetros definidos en la norma y, en ese sentido, no son informables. En su criterio, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, se encuentra establecido para evitar que se presente una modificación inmediata de la estructura de la industria, por cuanto dos o más empresas que antes eran competidoras, pasan a convertirse en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado. (Cita Resolución 8307 de 2003 expedida por esta Entidad).

En relación al *supuesto objetivo*, manifiesta que la operación no es de aquellas que implican una reducción de la oferta, ya que siempre han sido una misma empresa, por lo que no se configuró fusión, consolidación, integración, adquisición de control o escisión en la forma prevista en la Ley 222 de 1995. Cita nuevamente apartes de la Resolución 8307 de 2003, para enfatizar que habrá una operación sujeta a información previa, cuando quiera que dos o más agentes económicos autónomos e independientes, pierdan esa individualidad en el mercado concentrándose en una sola unidad económica, lo cual en su criterio, no ocurre en el presente caso.

Afirma que "*[s]i se trata de alguna reorganización de entidades que ya eran una misma empresa, o si la operación tiene como consecuencia que habrá reducción en la competencia o si lo pretendido es un paso previo para reorganizar o unificar una participación accionaria que en común tienen varias compañías entre sí, la operación no podrá constituir ninguna restricción a la competencia, no hay variación en el *statu quo* y, por ello no va a corresponder con la definición de ninguna de las previstas en la legislación como informables*".

Continúa manifestando que la operación investigada corresponde a una recomposición interna de una empresa, la cual culminó con la fusión aprobada por esta Entidad. Sostiene que la operación investigada hizo parte de una secuencia de actos que debieron implementarse para llegar a la legalización de un compromiso de fusión, que buscaba unificar una participación accionaria preexistente, entre unas sociedades con objeto social diferente, como era la comercialización internacional de banano, el cultivo, cosecha y empaque de banano y las inversiones de capital en sociedades.

En cuanto al *supuesto cronológico*, manifiesta que las empresas que planean realizar una operación de integración, tienen hasta antes de la consumación para informarla a esta

Entidad. Señala que esta Superintendencia manifestó en Resolución 8143 de 2001, que no es posible sancionar la sola intención de las sociedades o la conducta que tenga como objeto la posible integración económica, sin que la operación de integración se haya perfeccionado, pues ello sería intervenir directamente en los planes y programas del órgano social, y prejuzgar a las sociedades y a sus administradores.

Manifiesta que Proban debía fusionarse con Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebara S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A.; Agrícola Buritica S.A.; El Camello del Caribe S.A. y Palmicol S.A., debido a que eran accionistas entre ellos mismos, lo cual se tornaba en una operación compleja que debía realizarse en varios pasos, por lo que el plazo que tenían las investigadas para avisar la fusión vencía hasta antes de protocolizar la escritura de fusión, obligación que se cumplió el 10 de abril de 2002. *"En efecto, la integración que hoy nos ocupa siempre se concibió como una operación integral, que contó finalmente con la aprobación de la Superintendencia de Industria y Comercio"*

De otra parte, hace referencia al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que señala que los actos administrativo son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos. A partir de lo anterior, concluye que en la manera como se ha entendido el alcance de esa presunción de legalidad, sus efectos son oponibles también a la administración, incluyendo a la entidad que haya originado la decisión. En este sentido, señala que esta Superintendencia autorizó la fusión entre Proban, Arizona y las Agrícolas, mediante oficio 02030500 expedido el 25 de junio de 2002.

Basado en lo anterior, afirma que *"[m]al puede ahora, entonces, la misma entidad argumentar que cambió de opinión y proceder a sancionar a mi poderdante y otros con el argumento de que ahora le parece que no era la última etapa la que debería haberse informado sino una anterior que hace parte de la misma operación [pues ello] implicaría una revocatoria directa del acto administrativo por medio del cual se aprobó la fusión informada por Proban y las Agrícolas"*.

En este sentido afirma la apoderada, que *"[l]a integración de Las Agrícolas fue autorizada por la Superintendencia de Industria y Comercio"*, por lo cual se habría creado una situación particular y concreta a favor de las empresas involucradas, sus accionistas y directivos. En esas condiciones, señala, la Superintendencia no podría desconocer su actuación, sin seguir el procedimiento contemplado en el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, debiendo para ello, obtener la autorización de los titulares.

Agrega que cuando la Superintendencia *"[s]orpresivamente, inicia investigación por un negocio previo e intermedio para llegar a la operación informada, tal y como hemos sostenido, con base en documentos aportados por los hoy investigados...vulnera el principio de legítima confianza, por cuanto el Estado no puede legítimamente prever unas determinadas condiciones, induciendo a las personas para que acojan a ellas, y después modificarlas, aduciendo que no se cumplieron los requisitos iniciales, o que ya no cuenta con recursos para respaldar sus compromisos, cuando ya quienes actuaron de buena fe respecto de las primeras reglas resultan perjudicados por el súbito cambio en la actitud del ente público, que es lo acontecido en el presente caso"*.²

² Sentencia T-791 de 2000.

"En subsidio"

Solicita la apodera que el Superintendente de Industria y Comercio declare que Proban y Arizona no estaban obligados a informar la operación que se investiga, debido a que la misma no fue realizada entre estas dos empresas y, que como consecuencia de lo anterior, se archive la investigación. Basa su petición en lo siguiente:

Del estudio del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 se concluye que quienes se encuentran obligados a informar a esta Entidad, son las empresas que proyecten llevar a cabo una operación de integración.

A partir de la definición de subordinación establecida en el Código de Comercio, manifiesta que *"[n]o está en manos de las empresas bajo subordinación la toma de decisiones de la envergadura de una operación de integración económica como la venta del 100% de las acciones de una empresa (Arizona), que a su vez es propietaria de otro grupo de empresas. Es la sociedad controlante quien tiene la responsabilidad y la autonomía para realizar un tipo de negociación como la que se investiga, de ahí que no sea Arizona el sujeto pasivo responsable de la omisión que se investiga"*.

"(...).

"Cómo podrían unas sociedades controladas, informar o pedir permiso a la SIC de que su propietaria o matriz, va a tramitar con un tercero que desconocen, las acciones de que aquellas es propietaria dentro de su patrimonio social". Por lo cual manifiesta, "[e]s claro entonces que esta investigación se adelantó contra quienes realmente no debían haber sido, en el evento de que resultara cierta la tesis de la SIC".

"Lo anterior, porque está dentro de las probanzas del proceso, que ninguna de las sociedades investigadas celebró contrato alguno con Proban y por ello no solo el proceso está errado en cuanto a los sujetos pasivos, sino en relación a los que debían integrar la parte investigada".

Agrega la apoderada que surtida la investigación, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia consideró que *"la compra del 100% de las acciones de Arizona por parte de Proban, dio lugar a una operación de integración empresarial, a la luz de los presupuestos establecidos por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, pese a lo cual no se dio cumplimiento al deber de información previa consagrado en el citado artículo"*. Cita otro aparte del mismo informe, en el que se menciona: *"[d]e acuerdo a las pruebas recudadas, la sociedad Proban adquirió de manos de una tercera sociedad el 100% de las acciones de Arizona"*.

A partir de lo anterior, concluye la apoderada que *"[l]a Delegatura, entonces, entiende que no fue Arizona quien realizó la operación que se investiga, sino una tercera sociedad, su controlante", y mas adelante agrega, "[d]e ahí es claro concluir que Proban al no hacer parte de la operación que se investiga no se encuentre obligado a informar de la misma tal y como lo estatuye la Ley 155 de 1959", con lo cual, en su criterio, "[d]ebe archivar la investigación o por lo menos devolverse a la Delegatura de Promoción de la Competencia para que se abra nuevamente la investigación, contra quienes hicieron parte de la operación, por la nulidad que ello acarrearía de no hacerlo"*.

"Subsidiaria"

Solicita la apoderada que se declare la nulidad de la Resolución 25186 de 2002, y de todo lo actuado en desarrollo de la investigación adelantada en cumplimiento de la misma, por no ser la Superintendencia de Industria y Comercio competente para conocer de la operación que se investiga.

Basa su pretensión en que para cumplir con lo ordenado en el Código Contencioso Administrativo, por remisión legal expresa, en las investigaciones por violación a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, se aplicará el régimen de nulidades contenido en el Código de Procedimiento Civil, en el cual se contempla como causal de nulidad, la carencia de competencia.

En este caso, manifiesta la apoderada, que la SIC no puede conocer de las operaciones que no afectan el mercado colombiano, ni aquellas que no sean relevantes para la obtención de los objetivos previstos con la aplicación de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Así mismo, considera que la Superintendencia no es competente para conocer de la presente investigación, por cuanto le fue asignada la obligación de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, y la operación investigada no tiene efecto en los mercados nacionales, ya que Proban no opera en Colombia y las Agrícolas tampoco operan, ni estatutariamente podrían hacerlo.

Advierte que Proban se encarga de comercializar banano en los mercados internacionales y las Agrícolas producen banano solamente para la comercialización con quien tengan suscrito el contrato de exportación. En todo caso, la cantidad de banano que se comercializa en el mercado nacional es residual.

Agrega que la competencia de esta Entidad, se da para conocer de hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales, cuando quiera que el trámite sea significativo para mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios, que las empresas puedan participar libremente en los mercados y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Sin embargo, considera que el presente caso, dado que las empresas investigadas no participan en los mercados nacionales, no puede pensarse que la integración pudiera afectar alguno de los cometidos señalados.

A este respecto, señala que *"[l]a SIC sólo puede ejercer sus competencias, cuando al hacerlo se incentive alguno de los objetivos de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia contenidos en el número 1 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992"*.

"En el caso que nos ocupa ello no sucede."

"Para llegar a esta conclusión es suficiente recordar que las empresas involucradas no participan en los mercados nacionales colombianos. Obviamente, si no participan en el mercado colombiano, mucho menos podría pensarse que el control de la integración pudiera afectar de ningún modo las metas de un ambiente competido y competitivo".

Luego de realizar un análisis frente a cada una de las finalidades a que hace referencia el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, concluye que no se observa como la

operación que se investiga pueda afectar el aparato productivo nacional, con lo cual deduce que "[l]a operación que se realiza es neutra. Si las empresas desaparecen o cambian de objeto social, esto no afectará la oferta de banano existente y por lo tanto el nivel de precios no se alterará"

La apoderada hace referencia a una certificación expedida por AUGURA, en la cual se manifiesta que la fruta producida por las denominadas Agrícolas no alcanza a superar el 3% del producido nacional anual de cajas de banano, con lo cual considera que la operación que se investiga no tuvo efecto alguno en el mercado nacional.

"En última instancia"

Solicita se declare que el doctor Santiago Uribe López no autorizó, ejecutó o toleró ninguna conducta anticompetitiva de las que se le acusa, por no tener posibilidad jurídica o fáctica de hacerlo.

Menciona que el debido proceso implica que en todos los trámites de la administración deben observarse la plenitud de las formas de cada juicio, a ser juzgado conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, a presentar pruebas, asegurarse su práctica y recolección de manera íntegra y legal, a abrirse espacio para la contradicción y, en general, a que se respete el derecho de defensa.

Adicionalmente, manifiesta que el principio de la tipicidad implica la necesidad de que la ley penal, cuyos principios se aplican en los distintos ámbitos donde opera el derecho sancionador, identifique en forma inequívoca el comportamiento punible, por lo que en el caso concreto, sólo si la persona natural autoriza, ejecuta o tolera la conducta anticompetitiva investigada, podrá ser sancionado legalmente. Esto es, cuando su actuar se subsuma en alguno de los verbos rectores de la conducta.

Tras analizar los diferentes verbos, concluye que el señor Santiago Uribe no autorizó, ejecutó, ni tampoco toleró la conducta que se endilga a la empresa Proban, señalando que en tal sentido, no hay lugar a su responsabilidad.

- **Solicitud de nulidad presentada por la doctora Patricia Marulanda Calero, apoderada de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. -PROBAN- y de SANTIAGO URIBE LOPEZ**

En escrito posterior, de fecha 9 de julio de 2004, la doctora Patricia Marulanda Calero solicita se "(1) [d]ecrete la nulidad de todo lo actuado dentro de la investigación de la referencia, abierta mediante resolución 25186 de 2002; (2) Ordene Notificar en legal forma a Santiago Uribe López como persona natural; (3) Se tramite nuevamente la investigación".

En síntesis, basa su petición en los siguientes argumentos:

"En el presente caso, se abrió investigación contra la sociedad, C.I. Promotora Bananera S.A. y Santiago Uribe López como persona natural, por lo que a ambos investigados, de manera independiente, se les deben surtir los trámites legales tendientes a lograr su notificación personal"

Agrega que "[l]a Superintendencia nunca ordenó la notificación de Santiago Uribe como persona natural. La autoridad comisionada para el efecto en Medellín, tampoco surtió los

trámites en legal forma"

"Sólo en una etapa ya adelantada del proceso, el doctor Uribe se enteró del mismo y acudió para tratar de defenderse como persona natural dentro de la investigación que ya estaba en curso".

"Sin embargo, la Delegatura para la Promoción de la Competencia consideró que el doctor Uribe se había notificado por conducta concluyente cuando en ningún momento se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para este tipo de notificación, y rechazó las pruebas que mi apoderado -sic- solicitó. Algunas de ellas se practicaron y otras no.

"En el anterior orden de ideas, formal y materialmente, se le coartó su derecho a la defensa a mi poderdante.

"En efecto, la ley exige que debe manifestarse específicamente conocer determinada providencia en escrito que lleve la firma del investigado o mencionarla durante una audiencia o diligencia, siempre que quede constancia en el acta, cosa que en caso del doctor Uribe no sucedió".

"Los tramites de notificación personal se surtieron, entonces, para C.I Promotora Bananera S.A. como persona jurídica".

Finalmente, señalan que "[o]brar de esa manera, es decir, cuando la administración no verifica los procedimientos y etapas establecidos en la ley, equivale a obviar todas las garantías procesales previstas en el procedimiento y a que se vulnere el debido proceso".

- **En relación a Arizona Investment Corporation; Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebara S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A.; Agrícola Buritica S.A.; El Camello del Caribe S.A. y Palmicol S.A.**

Se deja constancia de que transcurrido el término concedido para la presentación de las observaciones al informe motivado, ni las empresas mencionadas, ni sus representantes legales, presentaron observaciones al respecto.

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

1 El cargo formulado

Según se estableciera en la resolución de apertura de la presente investigación, "[l]a sociedad C.I. Promotora Bananera S.A. mediante documento privado inscrito en la Cámara de Comercio de Medellín, libro 9, folio 10516, del 11 de diciembre de 2001, registra situación de control al obtener el 100% de las acciones de Arizona investment Corporation, empresa que posee el control de las sociedades: Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A, Agrícola Río León S.A, Agropecuaria Bebara S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., Agrícola Buritica S.A., El Camello del Caribe Ltda, Palmicol S.A., que si

bien son entidades de naturaleza jurídica diferente, desarrollan el mismo objeto social principal que es la producción de banano para exportar".³

A la luz de lo anterior, corresponde determinar si la referida transacción se enmarcaba dentro de los supuestos establecidos en el artículo 4 de la ley 155 de 1959, para de esta forma determinar si las empresas investigadas estaban sujetas al deber de información previa, establecido en la citada norma.

2 Alcance del deber de información previa

Como una consideración inicial, debemos mencionar que la Ley 155 de 1959 estableció un deber legal,⁴ al disponer que "[l]as empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000) o más, estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración".⁵ (Subrayado nuestro)

Este deber de información, como se ha reconocido, constituye el punto de partida del control *ex ante*, en el cual la autoridad de competencia, previo al perfeccionamiento de una integración, analiza su probable impacto sobre las condiciones del mercado, tratando de evitar las restricciones indebidas de la competencia que pueda llegar a suscitar, en una labor eminentemente preventiva, acorde con los postulados de la Constitución Política.⁶

Siendo que el Estado tiene el deber de preservar ese "derecho de todos", que está implícito en la libre competencia, lo que fuerza concluir a la luz de los preceptos constitucionales y legales, es que el control de integraciones recae indistintamente del tipo de proceso integrativo que se trate, pues lo cierto es que tanto una integración de carácter horizontal, como una de tipo vertical, pueden suponer, dependiendo de las circunstancias particulares en que se realicen y del contexto general en que se presenten, una restricción indebida para este derecho.⁷

³ Ver resolución 25186 de 31 de julio de 2002, Considerando Tercero, punto 1. (obrante a folios 58 a 61 del expediente).

⁴ De acuerdo con el artículo 4° del Código Contencioso Administrativo, las actuaciones administrativas podrán iniciarse "(...). 3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal".

⁵ Ley 155 de 1959; artículo 4°.

⁶ En este sentido previene el artículo 333 Superior, que "[l]a libre competencia económica es un derecho de todos -agregando que- 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". (Subrayado nuestro)

⁷ Una integración vertical puede "(1) levantar una barrera de entrada, al requerir a los entrantes potenciales introducirse en diversas etapas de la cadena productiva; y (2) facilitar la aplicación de acciones predatorias. Una empresa integrada puede penalizar a sus competidores no integrados si empieza a practicar una política de precios discriminatoria, vendiendo a sus competidores a un precio superior al de cesión interna, o (3) despojar a sus competidores de las fuentes de suministro o de distribución", todos ellos aspectos susceptibles de ser considerados por la autoridad de competencia, en forma previa a la operación. Tomado de "Enfoques explicativos de las fusiones y adquisiciones" Autoras: Carmen Castro Casal y Edelmira Neira Fintela, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Santiago de Compostela.

Por ello, cuando la Constitución previene que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libre competencia, debemos entender que está haciendo referencia a Ley 155 de 1959, cuyo entendimiento debe enmarcarse dentro de los principios y postulados de la misma Carta.⁸

Negar el control *ex ante* de las operaciones de tipo vertical, conduciría a que este derecho de carácter constitucional, pudiera verse restringido u obstruido ante la mirada inerte del Estado, lo que evidentemente no corresponde al mandato constitucional, ni al desarrollo de su interpretación, pues como ha expresado la Corte Constitucional:

"[E]n virtud del artículo 4 de la Carta, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política.

"Asimismo, ha expresado esta Corporación que 'cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista' (Sentencia C-011/94, M.P. Cifuentes Muñoz). Es así como se debe acudir a los preceptos constitucionales que mejor doten de sentido las disposiciones bajo estudio, con miras a extraer su significado y así permitir un pronunciamiento de fondo respecto de los cargos formulados por el actor".⁹

Acorde con lo anterior, ha de considerarse que las integraciones entre empresas pertenecientes a un mismo mercado, ya sea horizontal o verticalmente, que presenten el nivel de activos establecido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, deberán ser informadas previamente a su realización, a efectos de que el Estado, a través de la autoridad de competencia, pueda en una materialización efectiva de ese "derecho de todos", cerciorarse de que no conllevan una indebida restricción para la libre competencia.

En este orden de ideas, la interpretación que mejor respecta la constitución, es aquella en la que se entiende que cuando el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 alude a la "misma actividad", no lo hace para referirse al nivel de la cadena en que se encuentran las

⁸ Refiriéndose a la Ley 155 de 1959, opina Francisco Reyes Villamizar que se trata del "[e]stablecimiento de un control estructural sobre las mencionadas operaciones que implica, por lo menos en teoría, la investigación previa de las condiciones del mercado y de las consecuencias que la operación podrían generar sobre la oferta. La amplitud del precepto no solamente operaciones de integración horizontal, sino también de integración vertical y de conglomerado". *Ibidem*, 137-138.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001.

empresas intervinientes en la operación, sino al "artículo determinado, materia, prima, producto, mercancía o servicios" sobre el cual recae o tiene efectos la operación.¹⁰

La lectura indicada, que corresponde al texto mismo de la norma aludida, resulta coherente con los postulados y pretensiones de la Carta, y cobra fuerza si se tiene en cuenta que el Decreto 2153 de 1992, confirió al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de "[p]ronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas",¹¹ sin limitar el alcance de esta atribución a un modelo de operaciones específicas, y sin especificar si se trata de integraciones horizontales o verticales.

En todo caso, es preciso señalar que lo anteriormente señalado no constituye una interpretación nueva de esta Entidad,¹² pues ya desde antes, se había dejado claro que:

"El sentido que inspira la verificación anticipada de este tipo de operaciones, está en la necesidad de preservar la competencia libre de 'restricciones indebidas', luego hay un claro sentido teleológico en la norma, que legitima la verificación previa de cualquier proceso integrativo, independientemente del plano en que se presente y del vehículo conductor que se emplee. De modo que a lo que se presta atención no es a la figura que se utilice, ni a el mecanismo de que se valga, sino al efecto que pueda producirse sobre el mercado.

"Pudiendo las integraciones generar una indebida restricción a la competencia, mal podría quedar su verificación supeditada al tipo de instrumento de que se valgan las empresas para lograr su cometido. De ser así, la prevención de circunstancias nocivas para el mercado quedaría relegada al mecanismo que decidieran utilizar quienes desean integrarse, cuando son en sí 'las restricciones indebidas' lo que se pretende evitar (...).

"En tal suerte se tiene que el control previo de integraciones, lejos de comportar una talanquera desmedida y arbitraria para quienes desarrollan actividades de empresa, constituye un instrumento preventivo a través del cual se tratan de evitar las restricciones indebidas que puedan derivarse de las concentraciones y, que puedan llegar a repercutir en el normal y eficiente

¹⁰ Esta Superintendencia ha señalado que el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, "[p]resupone que las intervinientes participen de la actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo, producto, mercancía o servicio dentro de un mismo mercado, es decir, que no es necesario que las sociedades intervinientes en la integración se encuentren ubicadas en el mismo nivel productor, abastecedor, distribuidor o consumidor sino que deben participar en el mercado, por lo que, mientras una de las empresas no participe, directa ni indirectamente, del mismo mercado de la otra empresa, la operación planteada no tendrá efectos de concentración en el mercado y por lo tanto no deberá ser informada". Concepto radicado bajo número 01107902 (Resaltado hace parte del texto original)

¹¹ Decreto 2153 de 1992; artículo 4, numeral 14.

¹² Algunas de las integraciones verticales analizadas por esta Entidad son: "Agribands Purina Colombia S.A. - Incubadora del Centro", Radicación: 9932461, año 1999. "Terminal Marítimo Muelles El Bosque S.A. - Operadores Portuarios S.A.", Radicación 1102821, año 2001. "Siderúrgica de Boyacá - Laminados Andinos S.A.", Radicación 1100040, año 2001. "Sociedad Centurión Ltda - El Olimpo Ltda y Agrícola Casaloma Ltda." Radicación 1053341, año 2001.

*desenvolvimiento del mercado, dentro del cual no solo hacen parte los consumidores sino también las empresas”.*¹³ (Resaltado nuestro)

Por las razones expuestas, este Despacho discrepa de la opinión de la doctora Patricia Marulanda Calero, según la cual las operaciones que impliquen integraciones verticales “no son informables”, pues como ya se estableciera, lo que prevalece en este tipo de actuaciones, es el interés del Estado en preservar el mercado libre de restricciones indebidas, por encima del tipo o la forma de que se valgan las empresas para su integración.¹⁴

En todo caso, llama la atención que la apoderada de Proban sostenga que las integraciones verticales no son “informables”, cuando su misma prohijada, junto con las demás investigadas, informaron a esta Entidad en el año 2002, una operación de tipo vertical distinta a la que hoy se investiga,¹⁵ aspecto éste sobre el cual se volverá más adelante.

3 Adecuación normativa

3.1 Las empresas intervinientes

Según se ha establecido, para la época de los hechos analizados, Proban estaba constituida como una empresa de carácter comercial, con domicilio en la ciudad de Medellín.¹⁶ Su objeto social consiste en la comercialización de banano en el exterior y en el país, para lo cual se surte de productores nacionales con los que tiene contratos de mandato sin representación. De igual manera, presta a las empresas productoras de banano asistencia técnica, financiera y comercial; hace control de calidad, almacena y transporta los productos y aprovisiona las materias primas.¹⁷

Es importante anotar que conforme a los estados financieros de Proban, en el año 2000 se reportaron ventas por valor de \$49.204.523.350 y en el año 2001 por valor de \$23.011.965.585. (folios 358)

Ahora bien, para la misma época, Arizona era una sociedad con domicilio en Panamá, dedicada a la realización de inversiones¹⁸ y que ejercía control accionario sobre las

¹³ Ver resolución 15917 de 2003.

¹⁴ “Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración, si está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, o puede producir efectos en el mercado colombiano, deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio.” Superintendencia de Industria y Comercio, Oficio N° de radicación 00001365.

¹⁵ Ver comunicación radicada bajo número 02030500 del 10 de abril de 2002. Folio 718 del cuaderno reservado del expediente 02058916.

¹⁶ Certificado de Existencia y Representación Legal de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folios 42 a 45 del Cuaderno 1 del expediente 02058916. “DETERMINACIÓN DEL OBJETO SOCIAL: El objeto social de la compañía consistirá en la comercialización en el exterior y en el país del banano y en general de bienes agropecuarios”.

¹⁷ Certificado de Existencia y Representación Legal de C.I. Promotora Bananera S.A., folio 44 del expediente 02058916.

¹⁸ Folios 85 y 86 del cuaderno reservado del expediente 02058916.

sociedades: Agropecuaria Bahía Grande S.A. (89.67%); Agrícola Montecristo S.A. (94.47%);¹⁹ Agrícola Río León S.A. (71.29%); Agropecuaria Bebará S.A. (71.32%); Agropecuaria Fronteras S.A. (81.56%) y Agrícola Buritaca S.A. (62.49%),²⁰ todas ellas, empresas colombianas dedicadas a la producción del banano.²¹

Cabe agregar que Proban en compañía de Agrícola Buritaca S.A., Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agrícola del Río S.A. y Agropecuaria Fronteras S.A., eran los únicos accionistas de las sociedades El Camello del Caribe Ltda. y Palmicol S.A.,²² quienes para la época de la operación se hallaban prácticamente inactivas, según revelan sus estados financieros.²³

De manera, pues, que con la excepción de El Camello del Caribe y Palmicol, las demás investigas tenían el carácter de empresa para la época de los hechos analizados, en tanto desarrollaban en forma organizada y habitual actividades de naturaleza económica, para lo cual tenían destinados a su interior un conjunto de activos.

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Cálculos elaborados por la SIC con base en información proporcionada por los investigados obrante en el cuaderno reservado del expediente 02058916 folio 677.

²¹ Objeto social de Agropecuaria Bahía Grande S.A.: "*La siembra de banano con destino a los mercados internacionales, sin perjuicio de la venta de remanentes en el país.*" Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folio 433 Del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

Objeto Social de Agropecuaria Bebara S.A.: "*La siembra de banano con destino a los mercados internacionales, sin perjuicio de la venta de remanentes en el país.*" Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folio 432 Del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

Objeto Social de Agropecuaria Fronteras S.A.: "*La siembra de banano con destino a los mercados internacionales, sin perjuicio de la venta de remanentes en el país.*" Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folio 431 Del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

Objeto Social de Agrícola Río León S.A.: "*La siembra de banano con destino a los mercados internacionales, sin perjuicio de la venta de remanentes en el país.*" Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folio 430 Del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

Objeto Social de Agrícola Buritaca S.A.: "*La siembra de banano con destino a los mercados internacionales, sin perjuicio de la venta de remanentes en el país.*" Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folio 429 Del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

Objeto Social de Agrícola Montecristo S.A.: "*La siembra de banano con destino a los mercados internacionales, sin perjuicio de la venta de remanentes en el país.*" Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Medellín. Folio 428 Del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

²² Acta de Reunión Ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de C.I. Promotora Bananera S.A. "C.I. PROBAN S.A." del 1° de marzo de 2002. Folio 329 del Cuaderno 1 del expediente 02058916.

²³ Estados Financieros del Camello del Caribe Ltda. Folios 441 a 452 del cuaderno reservado del expediente 02058916.

3.2 La actividad económica relacionada

Según se desprende del punto anterior, Proban, Arizona, Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará, Agropecuaria Fronteras y Agrícola Buritaca, eran empresas que directa o indirectamente, en mayor o en menor grado, estaban relacionadas con el mercado del banano.

Efectivamente, Proban tenía por objeto principal la comercialización de este producto y el aprovisionamiento de insumos para su cultivo, al paso que las agrícolas estaban dedicadas a su producción, y Arizona hacia lo propio a través de sus filiales (Bahía Grande, Montecristo, Río León, Bebará, Fronteras y Buritaca).

De esta forma, para la época de los acontecimientos, todas las empresas mencionadas tenían alguna relación con la cadena de producción y comercialización del banano, circunstancia que en ningún momento han desconocido las investigadas.

3.3 La operación adelantada

De acuerdo con el material probatorio recaudado, el 16 de noviembre de 2001 Proban adquirió el 100% de las acciones de la empresa Arizona, convirtiéndose por tanto en la única accionista de dicha sociedad. Para ese entonces, Arizona poseía la mayoría accionaria en las siguientes sociedades; Bahía Grande (89.67%); Montecristo (94.47%); Río León S.A. (71.29%); Bebará S.A. (71.32%); Fronteras (81.56%) y Buritaca (62.49%).

En efecto, en acta de Asamblea General de Accionistas de Proban se dejó constancia de lo siguiente:²⁴

"EN RELACION CON LA INFORMACION SOLICITADA EN LA LEY 222 SOBRE RELACIONES ENTRE MATRICES Y SUBORDINADAS SE COMPLEMENTA EL INFORME DE LA JUNTA DIRECTIVA Y LA PRESIDENCIA. (...) La situación de control inició en el mes de noviembre a raíz de un contrato de permuta celebrada con la sociedad propietaria de la accionista mayoritaria de las sociedades Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agrícola Buritaca S.A., Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., y Agropecuaria Bebara S.A." (Subrayado nuestro)

Agregando más adelante:

"En los primeros días del mes de noviembre de 2001, se culminó el proceso por parte de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A., de adquisición de la totalidad de las acciones en que se divide el capital de ARIZONA INVETMENT CORPORATION, y por lo tanto C. I PROMOTORA BANANERA, es en la actualidad el único accionista de esta sociedad"

²⁴ Acta de la Reunión Ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. "C.I. PROBANA S.A." celebrada el 1º de marzo de 2002. Folio 382 del cuaderno reservado del expediente 02058916.

"La sociedad ARIZONA INVESTMENT CORPORATION es actualmente la propietaria de un porcentaje mayoritario del componente accionario de las sociedades AGRICOLA BURITICA S.A., AGROPECUARIA BAHÍA GRANDE S.A., AGRICOLA MONTECRISTO S.A., AGRICOLA RÍO LEÓN S.A., AGROPECUARIA BEBARA S.A. y AGROPECUARIA FRONTERAS S.A."

En el mismo sentido aparece un acta de la Asamblea General de Accionistas de la sociedad Arizona, en la que se dejó constancia de la operación realizada, en términos casi idénticos.²⁵

"En los primeros días del mes de noviembre de 2001, se culminó el proceso por parte de C.I. PROMOTORA BANANERA SA., de adquisición de la totalidad de las acciones en que se divide el capital de ARIZONA INVESTMENT CORP., y por lo tanto C.I. PROMOTORA BANANERA SA., es en la actualidad el único accionista de esta sociedad."

"La sociedad ARIZONA INVESTMENT CORP. es actualmente la propietaria de un porcentaje mayoritario del componente accionario de las sociedades AGRICOLA BURITACA S.A., AGROPECUARIA BAHIA GRANDE S.A., AGRICOLA MONTECRISTO S.A., AGRICOLA RIO LEON S.A., AGROPECUARIA BEBARA S.A. y AGROPECUARIA FRONTERAS S.A."

En el mismo sentido aparecen las declaraciones del representante legal de Proban, quien al respecto manifestó:

"Pregunta 5: En respuesta a la pregunta No. 3, hacia referencia usted, a una operación que se habría realizado entre las empresas Proban y Arizona. Puede especificarnos las circunstancias de tiempo y modo en que se llevaron a cabo dicha operación?"

*Respondió: A finales del 2001, si lo recuerdo bien, la Junta Directiva de Proban decide presentar un proyecto de fusión por absorción a la Asamblea de accionistas, mediante el cual se buscaba integrar las operaciones de Proban y de otras compañías, ellas productoras, y condicionado a eso, se plantea la adquisición de Arizona, que a su vez controlaba unas productoras de banano, compañías que tenían contrato de exclusividad con Proban. En razón de eso se da la operación mencionada.*²⁶

"Pregunta 6: La adquisición referida en su respuesta anterior, suponía que Proban adquiriera la totalidad de las acciones de Arizona, quedando como único dueño de la misma?"

Respondió: Si, así es, porque estaba orientada, concebida desde un principio como una fusión".

A este respecto, la señora Patricia Echeverri González, quien para la época de los hechos investigados se desempeñaba como auditora de Proban, al ser preguntada sobre el punto manifestó:²⁷

²⁵ Acta de una reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de "Arizona Investment Corporation", referente a una reunión celebrada en Ciudad de Panamá el 28 de febrero de 2002. Folio 347 del cuaderno reservado del expediente 02058916.

²⁶ Ver declaración recepcionada el 20 de mayo de 2003. Folios 526 a 530 del expediente.

²⁷ Ver declaración recepcionada el 15 de abril de 2004. Folios 612 a 614 del expediente.

"Pregunta 8: Sabe usted, conoce o ha oído acerca de una operación por virtud de la cual Proban adquirió el 100% de las acciones de una compañía llamada Arizona Investment. Respondió: Sí, Proban hizo una Transacción con Patrimonio, el nombre no lo tengo claro, en el cual le compra las acciones a esta sociedad que tiene en Arizona. Proban le compró a esa sociedad las acciones que tenía en Arizona.

"Pregunta 9: A quién se refiere en su respuesta anterior, cuando menciona que Proban le compro las acciones? Respuesta: Me refiero a Patrimonio. Patrimonio es una sociedad con quien Proban hizo el negocio de compra de las acciones

"Pregunta 10: En relación a la operación referida en preguntas y respuestas anteriores, recuerda usted la fecha en que se llevó a cabo? Respuesta: Sinceramente creo que fue en el 2001, pero no estoy segura si fue en el 2001 o 2002.

"Pregunta 11: Sabe quién o quienes tomaron la decisión de Proban de adquirir las referidas acciones? Respuesta: Me imagino que una decisión de junta directiva".

Así las cosas, las pruebas recaudadas a lo largo de la actuación permiten establecer que en noviembre de 2001, Proban adquirió de manos de una empresa al parecer de nombre Patrimonio, la totalidad de las acciones de Arizona. Como consecuencia de dicha operación, Arizona quedó como filial de Proban, y sus filiales, esto es, Agrícola Buritaca, Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebara y Agropecuaria Fronteras, pasaron a ser subsidiarias de Proban.

De esta manera, la producción y comercialización del banano que estaba expuesta a intereses distintos, quedó integrada bajo una misma unidad económica y, en esa medida, sujeta a un mismo direccionamiento, como resultado de la operación adelantada. Se integraron, por tanto, los ciclos de la cadena del banano, pues Proban quien proveía a las empresas productoras de los insumos necesarios para la siembra y quien se encarga además de la comercialización del producto final, entró a participar indirectamente de la producción, a través de las filiales de Arizona, esto es, de las empresas bananeras investigadas.

➤ Se trató de una integración empresarial

Aún cuando la apoderada de Proban señala que la operación investigada no constituyó una integración sino una reorganización empresarial, por cuanto "[y]a había una participación accionaria común generadora de control, ya registrado legalmente", **no aduce los argumentos ni tampoco las pruebas en que sustenta dicha aseveración.**

Así, pues, se echa de menos en los alegatos presentados aspectos que permitan corroborar el sentido de la afirmación realizada, en aspectos como: desde cuándo estaban integradas las referidas empresas, qué operación generó tal situación, si la integración se mantuvo en forma constante, si para los días previos a la operación que se analiza las empresas continuaban integradas, quién actuaba como controlante y quienes como controlados dentro de ese esquema, a través de qué mecanismos se ejercía el supuesto control, en qué aspectos se veía reflejado, o cualquier otra circunstancia de alcance similar, que permita concluir, sin lugar a equívocos, que efectivamente las empresas

investigadas constituían o hacían parte de una misma unidad económica, instantes previos a la operación analizada.

De tal manera, que no se cuenta con elementos que lleven a pensar, que previo a la operación analizada, las investigadas actuaban sustancialmente en beneficio de un mismo interés económico. Mas bien lo contrario, en el expediente aparecen varias pruebas que permiten considerar que Proban y las bananeras pertenecían a unidades económicas independientes para noviembre de 2001, pruebas que en ningún momento han sido refutadas ni desconocidas por las investigadas. Veamos:

- La señora Patricia Echeverri González, quien manifestó entender el término control societario como la situación que se presenta cuando se tiene un porcentaje superior al 50% del patrimonio de una sociedad, al serle preguntado por esta Entidad si Proban para la época en que adquiere las acciones estaba bajo el control de alguna persona o personas en particular, contestó, "*en esa época no había situación de control*".²⁸

- Tras verificar el cuadro de accionistas de la empresa Proban a noviembre de 2001, suministrado por el representante legal de la empresa, en atención al requerimiento de información solicitado por esta Entidad,²⁹ logró corroborarse que las empresas bananeras investigadas no poseían, ni individual ni conjuntamente, la mayoría accionaria de la empresa Proban.

- Para esa misma época, la participación mayoritaria en la composición accionaria de las bananeras estaba en cabeza de Arizona (*Agropecuaria Bahía Grande 89.62%, Agrícola Montecrito 94.47%, Agrícola Río León 71.29%, Agropecuaria Bebara 71.32%, Agrícola Fronteras 81.56% y Agrícola Buritaca 62.49%*), lo que coincide con las actas de Asamblea General de Accionistas, en las cuales se reconoce que esta sociedad era propietaria de un **paquete mayoritario** de las acciones de las bananeras.

- Según quedará constancia en el acta de la reunión de asamblea general de accionistas de la sociedad Proban:

"Como resultado de esta adquisición -refiriéndose a la adquisición de la totalidad de las acciones de Arizona por parte Proban, en noviembre de 2001-, C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. se convirtió en única propietaria y matriz de la sociedad Arizona Investment Corporation, la cual adquiere la calidad de filial, y en relación con las sociedades AGRICOLA BURITACA S.A., AGROPECUARIA BAHIA GRANDE S.A., AGRICOLA MONTECRISTO S.A., AGRICOLA RIO LEON S.A., AGROPECUARIA BEBARA S.A. y AGROPECUARIA FRONTERAS S.A., éstas adquieren la calidad de subsidiarias, en los términos de los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio".³⁰ (Resaltado nuestro)

²⁸ Ver declaración recepcionada el 15 de abril de 2004, respuesta a la pregunta 14. Folios 612 a 614 del expediente.

²⁹ Ver cuadro de accionistas de Proban a noviembre de 2001, obrante a folios 434 y 435.

³⁰ Acta de la Reunión Ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de C.I. PROMOTORA BANANERA S.A. "C.I. PROBANA S.A." celebrada el 1º de marzo de 2002. Folio 382 del cuaderno reservado del expediente 02058916.

Es de resaltar que el acta citada corresponde a una reunión de la asamblea general de accionistas de la sociedad Proban, celebrada en el mes marzo de 2002, es decir, un mes antes de que fuera informada a esta Entidad la fusión entre esta sociedad y las demás investigadas.

- De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, para la época de los hechos analizados, Proban y Arizona pertenecían a grupos económicos distintos.

De modo que la operación adelantada no fue una simple reorganización empresarial, sino una integración de dos unidades económicas distintas e independientes, y no podría ser distinto, pues la supuesta reorganización alegada por la apoderada, llevaría a suponer que Proban y las empresas bananeras estaban incursas en una situación de imbricación accionaria, la cual se encuentra proscrita en el Código de Comercio.³¹

Así las cosas, y dado que no se cuenta con pruebas que permitan inferir lo contrario, este Despacho concluye que para los primeros días de noviembre de 2001, Proban y Arizona correspondían a unidades económicas distintas, con lo cual la operación analizada habría dado lugar a una integración empresarial, en los términos ya señalados.

➤ Dos operaciones diferentes con efectos propios

Manifiesta la apoderada que la adquisición de las acciones por parte de Proban, era un paso intermedio de un compromiso de fusión, el cual posteriormente se informó a esta Entidad, concluyendo de esta manera, que la adquisición realizada no era en sí misma una operación de integración, sino un acto preparatorio de la fusión, por lo que no había necesidad de informarla previamente.

Este Despacho se aparta de las anteriores consideraciones, por una razón fundamental: la Ley 155 de 1959 estableció que las empresas "[e]starán obligadas a informar –las operaciones que **proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí**, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración", con lo cual se hace evidente, como tantas veces ha dicho esta Entidad, que la oportunidad para cumplir el referido deber legal es antes de que se realice la operación que se pretende, y no cuando las empresas lo estimen oportuno.

Siendo de esta manera, las Intervinientes en la operación que se revisa estaban en la obligación de concurrir a su información, en la forma establecida en la ley 155 de 1959. Por ello, mal pueden ahora aducir, sin justificación legal de ninguna clase, que se trataba de una simple operación intermedia, cuando lo cierto es que como consecuencia suya se habría generado un cambio en la estructura del mercado del banano, al unir bajo una misma unidad económica, los eslabones de la producción y la comercialización.

Se reitera, nuevamente, que la operación adelantada en noviembre de 2001, a través de la cual Proban adquirió la totalidad del capital accionario de Arizona, fue distinta de la que se informó en abril de 2002, casi seis meses después, cuando se avisó la fusión por absorción

³¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 262 del Código de Comercio, "**Las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo**". (Subrayado nuestro)

de las sociedades Arizona, Agrícola Buritaca, Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebara, Agropecuaria Fronteras, El Camello del Caribe y Palmicol, las cuales serían disueltas, para ser absorbidas por Proban.

La operación que se sometió al control previo de esta Superintendencia fue la fusión por absorción y, en esa medida, tanto el estudio como el pronunciamiento de esta Entidad, estuvieron circunscritos a esa operación específica, como se advierte en el oficio del 25 de junio de 2002, en que el Superintendente comunica a los interesados:³²

*"Damos respuesta a su comunicación radicada bajo el número de la referencia, del 10 de abril de 2002, **por medio de la cual informa a esta Entidad de la operación de fusión** entre las sociedades C.I. Pobrán, sociedad absorbente y Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agropecuaria Bebara S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., Agrícola Buritaca S.A., El Camello del Caribe Ltda., Palmicol S.A. y Arizona Investment Corporation, sociedades absorbidas, para informarle que bajo los supuestos contenidos en el artículo 4 de la ley 155 de 1959 y circular única de la Superintendencia de Industria y Comercio número 10, la operaron proyectada no amerita ninguna objeción". (Resaltado nuestro)*

Frente a la adquisición de las acciones realizada por Proban en noviembre de 2001, esta Entidad no se pronunció, y no lo hizo por una razón fundamental, esa operación nunca se informó, como se corrobora después de verificar los registros de esta Superintendencia.

Es importante advertir, porque puede perderse de vista este aspecto de la cuestión, que el pronunciamiento sobre un proceso de integración constituye la culminación de un trámite que inicia con el aviso de la operación. En tal sentido, no puede existir pronunciamiento respecto a una operación que jamás fue informada. Esa es precisamente la razón por la que la Ley 155 de 1959 estableció para las empresas que se encuentren dentro de los parámetros definidos en el artículo 4°, el deber de informar previamente las integraciones que **"pretendan llevar a cabo"**.

Por ello, sorprende que la apoderada de Proban aduzca una supuesta violación al principio de legítima confianza, basada en un pronunciamiento que no existió, pues como se ha dicho, en ningún momento le fue informada a esta Entidad de la operación de noviembre de 2001, por lo cual jamás existió de parte de esta Superintendencia pronunciamiento alguno en torno a su viabilidad.

➤ El control societario como instrumento de "control"

Según aduce la apoderada de Proban y de su representante legal, "[l]a SIC no puede simplemente suponer que la tenencia de una mayoría accionaria implica, necesariamente, el ostentar control. Esta circunstancia es necesario demostrarla, carga que se encuentra en cabeza de la Superintendencia y que brilla por su ausencia".

Al respecto, es importante recordar que el Código de Comercio ha previsto que *"una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre*

³² Ver comunicación radicada bajo números 02020500-07-08-09-10-11 del 25 de junio de 2002. Obrante a folios 727 a 728 del cuaderno reservado.

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 matriz o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".³³

En este sentido, el mismo Estatuto Mercantil enuncia ciertas presunciones de subordinación, entre ella, "[c]uando 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 el efecto no computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto".³⁴

La inferencia que realiza la ley parte de una premisa comúnmente aceptada, y es que a mayor inversión en el capital de una sociedad, mayor poder decisorio en sus órganos colegiados, pues siendo que las acciones en las sociedades anónima confieren a sus titulares el derecho a voto en la asamblea general de accionistas,³⁵ es claro que la tenencia de un porcentaje mayoritario confiere, bajo circunstancias normales, el poder decisorio de la Asamblea y de sus decisiones.³⁶

Por esa misma vía, se hace claro que quien posee el control accionario está en capacidad de elegir la mayoría de los miembros de junta directiva,³⁷ órgano que "[s]alvo disposición estatutaria en contrario, se presumirá que... **tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines**".³⁸ (Resaltado nuestro)

En este contexto, y bajo una correcta integración normativa, habrá de presumirse que cuando un ente económico adquiere mas del cincuenta por ciento (50%) del capital de otro, antes independiente, está adquiriendo su "control" en la forma prevista por el Decreto 2153 de 1992,³⁹ en cuanto se hace a la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.⁴⁰

³³ Código de Comercio; artículo 260.

³⁴ Código de Comercio; artículo 261.

³⁵ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 379 del Código de Comercio, "Cada acción conferirá a su propietario los siguientes derechos: 1. El de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella. (...)." |

³⁶ Según dispone el artículo 419 del Código de Comercio, "La asamblea general la constituirán los accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en la ley".

³⁷ Expresamente señala el artículo 436 íbidem., que "Los principales y los suplentes de la junta -directiva- serán elegidos por la asamblea general, para periodos determinados y por cuociente electoral, (...)"

³⁸ Código de Comercio; artículo 438.

³⁹ Decreto 2153 de 1992; artículo 45, numeral 4.

⁴⁰ Sobre este último aspecto, resulta pertinente traer a colación lo expresado por la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en los siguientes términos:

Así, la conclusión respecto a que Proban adquirió el control de Arizona y de sus filiales, tiene sustento en la operación realizada en noviembre de 2001, a partir de la cual Proban se hizo al 100% de las acciones de Arizona, dando lugar con ello a la presunción establecida en el numeral 1° del artículo 261 del Código de Comercio, que por ser de carácter legal, revela a esta Entidad de su correspondiente prueba.

Por consiguiente, la carga probatoria se invierte, siendo los investigados en el caso concreto, quienes deben “[p]robar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley”,⁴¹ esto es, que a pesar de haberse adquirido por parte de Proban la totalidad de las acciones de Arizona, no logró la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, ni ninguno otro de los aspectos mencionados por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, circunstancia ésta que, para utilizar las mismas palabras de la apodera, “[b]rilla por su ausencia” en las alegaciones presentadas.⁴²

Así y como corolario de este punto, podemos decir que:

- En noviembre de 2001 Proban adquirió el 100% de las acciones de Arizona, quedando como su única accionista.
- Como consecuencia de la adquisición de las acciones, Arizona (inversora) pasó a ser filial de Proban (comercializadora) y sus filiales (productoras), a su vez, quedaron como subsidiarias de Proban, generándose con ello una integración, por cuanto los niveles de comercialización y de producción, que antes correspondían a intereses distintos, pasaron a depender de una misma unidad económica.
- Se trató de una integración y no de un proceso de reorganización empresarial, en cuanto instantes previos a la adquisición de las acciones, Proban y Arizona se hallaban expuestas a direccionamientos distintos.
- La operación que se investiga fue distinta de la fusión informada en abril de 2002.

“Como se observa, pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de la autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión de parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica de unidad de intereses y propósitos”. Corte Constitucional; Sentencia C-510 de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

⁴¹ Código Civil; artículo 66.

⁴² *“La presunción que podemos definirla como el indicio determinado por la ley, lleva a que la deducción que ha realizado el legislador sea la que se impone como hecho probado, dado el carácter imperativo de la ley, pero salvo que se trate del excepcional caso de que la misma ley la erija en presunción de derecho, siempre admite prueba en contrario y, se reitera, no implica en modo alguno dispensa de prueba, dado que siempre será carga de la parte interesada en hacer valer la presunción demostrar el hecho indicador, sólo que establecido el mismo no se estará a la incertidumbre de que el juez arribe al hecho desconocido porque esa labor la ha realizado la ley, de manera tal que es aquí donde surge la carga probatoria en cabeza de la otra parte para efectos de desvincular la conclusión a la cual llega la ley y que, salvo esa prueba en contrario, se le impone al juez”. LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. “Procedimiento Civil”; Tomo III PRUEBAS, Dupre Editores, Bogotá, 2001, pág 280.*

- Las investigadas no han demostrado que a pesar de haberse adquirido la totalidad de las acciones de Arizona por parte de Proban, esta última no adquirió la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, ni ninguno otro de los aspectos mencionados por el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

3.4 El monto de los activos

Si tenemos en mente que para el año 2001, año en que se llevó a cabo el respectivo proceso, el salario mínimo legal estaba fijado en la suma de \$286.000.00,⁴³ tendremos entonces que para ese mismo año el deber de información previa de los procesos de integración empresarial, recaía sobre aquellas operaciones en las que el monto de los activos de las empresas intervinientes fuera de \$14.300'000.000.00, es decir, el equivalente a 50.000 S.M.L.M.V.

En el caso actual, las empresas investigadas contaban, al momento de los hechos investigados, con activos de \$179.462.936.392.00, que superan ampliamente el umbral de los 50.000 S.M.L.M.V. de ese tiempo.

Siendo así, resulta evidente que los activos de las empresas investigadas se situaban por encima de los veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) y, en todo caso, por encima del umbral de los 50.000 SMLMV previsto por la Circular Única No.10 de esta Entidad, por lo que también se cumple con este supuesto.

3.5 La inobservancia al deber legal

La Ley 155 de 1959 impone un mandato de conducta,⁴⁴ al disponer que las empresas que se encuentren dentro de los parámetros establecidos en su artículo 4°, deberán informar previamente las operaciones que pretendan realizar. De tal suerte que el aviso no es posterior a la operación sino que debe realizarse con antelación a la misma,⁴⁵ pues de no ser así, el carácter preventivo de la norma perdería su razón de ser.

En el mismo sentido, merece destacar que el deber legal establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, recae sobre las empresas que, como consecuencia de la operación proyectada, vayan a "fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración", lo que en sentido negativo implica, que frente al incumplimiento de este deber legal, serán las empresas que resultaron integradas, quienes deban responder por tal omisión.

Ahora bien, en el caso concreto, quedó establecido que la operación investigada se dio dentro de los parámetros previstos por el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, pese a lo cual

⁴³ Tomado de www.banrep.gov.co/estadisticas

⁴⁴ El Código Civil ha establecido que el carácter general de la ley consiste en mandar, prohibir, permitir o castigar. Código Civil; artículo 4.

⁴⁵ Artículo 6 del Decreto 1302 de 1964: "Para los efectos de la autorización presunta que se establece en el párrafo segundo del artículo 4 de la ley 155 de 1959, el término de treinta días empezará a contarse desde ...". A su vez, el párrafo 2 del artículo 4 de la ley 155 de 1959 establece: "Si pasados treinta días de haberse presentado el informe de que trata este artículo no se hubiere objetado por el Gobierno la operación, los interesados podrán proceder a realizarla."

no fue informada previamente, generándose la responsabilidad de Probán, Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca, que fueron las empresas que resultaron integradas tras la aludida adquisición de las acciones.

El Camello del Caribe y Palmicol, dado que se encontraban inactivas para la fecha en que se llevó a cabo dicha operación, no estaban sujetas al deber de información a que se ha hecho referencia, motivo por el cual están exentas de responsabilidad frente al cargo que se imputa.

Por consiguiente, encuentra este Despacho razones suficientes para concluir que Probán, Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca, actuaron en contravención del deber legal de información previa que consagra el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

5 Responsabilidad de los representantes legales

Según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones hasta por 300 SMLMV a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el citado decreto.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen por la infracción al régimen sobre libre competencia. Dicho de otra manera, la responsabilidad de los administradores presupone necesariamente la de la empresa a la que pertenecen.

Ahora bien, tratándose de la infracción al artículo 4° de la Ley 155 de 1959, la responsabilidad de los representantes legales se configura al tiempo que la de la empresa, es decir, en el preciso instante en que la operación se consuma, sin que haya sido informada previamente.

En el caso concreto, obra en el expediente la declaración rendida por el doctor Uribe López en la cual manifestó:

"Pregunta 2: Hace cuanto tiempo está vinculado a la empresa Proban y cuáles son sus funciones inherentes al cargo que ocupa?"

Respondió: Hace 9 años soy presidente de Proban y adelanto las gestiones correspondientes al cargo directivo y de representante legal, de acuerdo con las orientaciones de la junta directiva y en particular todas aquellas funciones propias del cargo y que establece la compañía.

"(...).

"Pregunta 14: En su condición de representante legal de Proban, conoció de manera directa de la adquisición de las acciones de la empresa Arizona.

"Se deja constancia de que el declarante solicitó aclaración respecto a lo que debía entenderse por el término 'directa', a lo cual el Despacho procedió a aclararle que si en el

ejercicio de sus funciones conoció, dio algún tipo de autorización o instrucción específica respecto a la adquisición de las acciones de Arizona por parte de Proban.

"Respuesta: Si, como representante legal yo conocía de la operación, pues la misma fue aprobada en una Junta Directiva, por lo tanto la llevamos a cabo para poder completar los elementos de la fusión que se habían propuesto los accionistas".⁴⁶

Es claro, entonces, que el doctor Uribe López, en su condición de representante legal de Proban, no solo conoció de la operación que se investiga sino que se encargó de ejecutarla, pese a lo cual la misma no fue informada en forma previa a esta Entidad.

Aún cuando su apoderada solicitó mediante oficio radicado bajo el número 02058916-10016, no tener en cuenta la anterior respuesta, esgrimiendo que podría verse afectada la responsabilidad personal del doctor Uribe, como persona natural, situación que contrariaría el precepto contenido en el artículo 33 de la Constitución Política, tal argumento no resulta de recibo para este Despacho, pues como reconociera la Corte Constitucional:

"De acuerdo con el artículo 33 Superior 'Nadie podrá ser obligado a declarar contra si mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil'.

*"En relación con este artículo la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que su contenido '**solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía**'⁴⁷, al tiempo que ha hecho énfasis en que éste no se contrapone al deber que tienen los asociados de colaborar con la administración de justicia.*

*"Así, al estudiar los cargos de inconstitucionalidad formulados contra los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil, esta Corporación se refirió expresamente a la **no aplicabilidad del artículo 33 constitucional en los asuntos de competencia de la jurisdicción civil, laboral y administrativa**, atendiendo i) a la "Tradición constitucional" en la materia, ii) a los antecedentes de la disposición⁴⁸ y iii) al texto de los artículos 83, 96.7 y 228 de la Carta, conforme a los cuales las actuaciones de los particulares deben ceñirse a la buena fe,*

⁴⁶ Folios 527 a 530 del Cuaderno 1 del expediente.

⁴⁷ Sentencia C-426/97 M.P. Jorge Arango Mejía S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz . Reiterada en la Sentencia C- 622/98 M.P. Fabio Morón Díaz S.V. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁸ En la sentencia en cita esta Corporación reproduce el estudio adelantado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 129 de octubre 17 de 1991, para determinar la inconstitucionalidad del artículo 748 del Decreto 624 de 1989, a la luz del artículo 33 de la Constitución, ya vigente al momento de dictarse la sentencia, el que le permitió, a dicha Corporación, concluir que

"(...) un análisis de los antecedentes que determinaron la adopción del artículo 33, y hasta donde es posible reconstruirlos con la ayuda de las actas de las sesiones y ponencias publicadas hasta ahora en la Gaceta Constitucional, no indican que fuese voluntad expresa e inequívoca de los constituyentes de 1991 dejar abierta la posibilidad de aplicar la prohibición plasmada a toda clase de procesos (...)"

las personas están obligadas a colaborar con la justicia y los jueces a hacer efectivos los derechos reconocidos en las normas sustanciales”⁴⁹

De este modo, siendo la actuación que se adelanta de naturaleza administrativa y no criminal, la petición de nulidad basada en el principio de no autoincriminación, carece de sustento en el presente proceso, con base en las razones que reiterada y constantemente ha expresado la Corte Constitucional.

Adicionalmente, en el numeral 12 del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, se establece que la Superintendencia podrá “[i]nterrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil (...)”, debiendo, por tanto, dar aplicación al artículo 208 del Código Procedimiento Civil en el cual se establece que “[antes de iniciarse el interrogatorio, se recibirá al interrogado juramento de no faltar a la verdad. (...)”]. (Resaltado nuestro)

En consecuencia, no existe razón que impida a este Despacho dejar de tener en cuenta la declaración dada el 23 de mayo de 2004, por el señor doctor Uribe López, especialmente cuando en la misma estuvo acompañado de su apoderada.

Ahora bien, en lo que respecta a la responsabilidad de Juan Guillermo Vélez Giraldo, como representante legal de Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agropecuaria Bebara S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., y de Juan Antonio Vélez Saldarriaga, como representante legal de Agrícola Buritaca S.A., es pertinente señalar, que como quiera que las sociedades que representaban eran accionistas de Proban para noviembre de 2001, habrían conocido y aprobado la adquisición del 100% de las acciones de Arizona, a través de la asamblea general de accionistas de Proban, pese a lo cual no procedieron al aviso previo de la operación, dando lugar también a su responsabilidad por infracción al numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

6 Respecto a los supuestos cargos de nulidad

En el escrito de descargos presentado por la apoderada de Proban y de su representante legal, se hace referencia a circunstancias que, según su parecer, dan lugar a la nulidad de lo actuado.

No obstante, como quiera que las mismas ya fueron alegadas por la apoderada, y resueltas por esta Entidad a través de las resoluciones: 30929 de 31 de octubre de 2003, resolución 00380 del 16 de enero de 2004 y resolución 00399 de 19 de enero de 2004, este Despacho considera que no hay lugar a revisar los mismos cargos dentro de la actuación administrativa que se adelanta, pues al margen de que inicialmente se hayan planteado las nulidades ante el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, y que ahora se haga lo propio ante el Superintendente de Industria y Comercio, lo cierto es que la actuación es una sola y frente a esos cargos ya se pronunció esta Entidad, estando ejecutoriada la correspondiente decisión y preservando su presunción de legalidad.

⁴⁹ Sentencia C-422/02.

Pero en gracia de discusión, admitiendo que por tratarse de un funcionario distinto, se estuviera en la obligación de dar trámite a los cargos de nulidad presentados en el escrito de descargos, este Despacho, tras haber analizado el punto, encuentra procedente ratificar las consideraciones hechas por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia en su momento, a través de los mencionados actos, con lo cual encuentra infundada la nulidad subsidiaria que plantea la Dra. Patricia Marulanda Calero.

Por otra parte, y en lo que respecta a la última solicitud de nulidad presentada por la Dra. Marulanda, en el escrito de fecha 9 de julio, en la cual solicita se “[d]ecrete la nulidad de todo lo actuado dentro de la investigación de la referencia, abierta mediante resolución 25186 de 2002”, y se “[o]rdene Notificar en legal forma a Santiago Uribe López como persona natural”, resultan aplicables los mismos argumentos señalados que para el resto de nulidades, debiendo adicionar, que sorprende de sobremanera a este Despacho que solicite ahora, en forma por demás inoportuna, que se notifique legalmente a su representado, cuando desde su primera actuación manifestó, refiriéndose a la resolución de apertura, que “[m]e doy por notificada por conducta concluyente de la misma y procedo a descorrer el traslado...”.⁵⁰ (Resaltado nuestro)

Esta última solicitud de nulidad, apartada de la realidad, podría hacer suponer un ánimo dilatorio de su parte, pues no de otra manera pueden explicarse las incongruencias en que incurre.

7 El monto de la sanción

7.1 Para las empresas infractoras

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

Ahora bien, según se ha establecido las empresas C.I. Promotora Bananera S.A.; Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebará S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca S.A., trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, pues a pesar de estar dentro de los supuestos establecidos en la referida norma, llevaron a cabo un proceso de integración empresarial sin informarlo previamente a esta Entidad, lo que la imposibilitó de realizar en forma oportuna el control *ex ante* de la mencionada operación.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho considera la necesidad de imponer a las empresas investigadas y que fueron encontradas responsables de la infracción al artículo 4 de la Ley 155 de 1959, una multa de ciento veinte millones de pesos MCT (\$120.000.000.00) para el caso de C.I. Promotora Bananera, y de veinte millones MCT (\$20.000.000.00) para cada una de las agrícolas referidas en el párrafo anterior, teniendo en cuenta el tamaño y la capacidad financiera de cada empresa.

⁵⁰ Ver escrito radicado bajo número 02058916-17 del 20 de junio de 2003, obrante a folios 520 a 537 del expediente.

7.2 Para los representantes legales

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

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra procedente imponer al señor Santiago Uribe López, representante legal de C.I. Promotora Bananera, y a los señores Juan Guillermo Vélez Giraldo, como representante legal de las empresas Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebara, Agropecuaria Fronteras, y de Juan Antonio Vélez Saldarriaga, como representante legal de Agrícola Buritaca S.A., para la época de los hechos investigados, multas a cada uno por valor de cinco millones de pesos MCT (\$5.000.000.00), por haber ejecutado la integración prescindiendo del deber de información establecido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el primero de septiembre de 2004 se escuchó al Consejo Asesor.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la conducta objeto de investigación realizada por C.I. Promotora Bananera S.A.; Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebara S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca S.A., es ilegal por contravenir lo previsto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

ARTICULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ciento veinte millones de pesos (\$120.000.000.00) a la sociedad C.I. Promotora Bananera S.A, y de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) para cada una de las sociedades: Agropecuaria Bahía Grande S.A.; Agrícola Montecristo S.A.; Agrícola Río León S.A.; Agropecuaria Bebara S.A.; Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca S.A., como consecuencia del artículo anterior.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 DTN Superintendencia de Industria y Comercio o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario Cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que Santiago Uribe López, representante legal de C.I. Promotora Bananera S.A.; Juan Guillermo Vélez Giraldo, representante legal de Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agropecuaria Bebara S.A., Agropecuaria Fronteras S.A.; y Antonio Vélez Saldarriaga,

representante legal de Agrícola Buritaca S.A., autorizaron y ejecutaron la conducta establecida en el artículo primero de la presente resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer a los señores Santiago Uribe López, en su calidad de representante legal de C.I. Promotora Bananera S.A.; Juan Guillermo Vélez Giraldo, en su calidad de representante legal de Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agropecuaria Bebara S.A., Agropecuaria Fronteras S.A.; y Juan Antonio Vélez Saldarriaga, en su calidad de representante legal de Agrícola Buritaca S.A., multas a cada uno por valor de cinco millones de pesos MCT (\$5.000.000.00), como consecuencia del artículo anterior.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco Popular, cuenta N° 050-00110-6 DTN Superintendencia de Industria y Comercio o, en aquellos municipios donde no hubiere oficina del Banco Popular, en el Banco Agrario Cuenta N° 070-020010-8 a nombre de la Dirección del Tesoro Nacional Fondos Comunes y acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia mediante la presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución.

ARTÍCULO QUINTO: Cerrar la presente investigación y abstenerse de sancionar a Arizona Investment Corporation Inc., Palmicol S.A., El Camello del Caribe S.A., Primitivo Gil Herrera, Jorge Mario Rada Mejía y Juan Antonio Vélez Saldarriaga, como representantes legales de tales empresas, por las razones señaladas en la parte motiva del presente acto.

ARTICULO SEXTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora PATRICIA MARULANDA CALERO, en su calidad de apoderada de C.I. Promotora Bananera S.A. y de Santiago Uribe López, o a quien haga sus veces; al doctor PRIMITIVO GIL HERRERA, en su calidad de representante legal de Arizona Investment Corporation, o a quien haga sus veces; al doctor JUAN GUILLERMO VELEZ GIRALDO, en su calidad de representante legal de Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agropecuaria Bebara S.A. y Agropecuaria Fronteras S.A., o a quien haga sus veces; y al doctor JUAN ANTONIO VELEZ SALDARRIAGA, en su calidad de representante legal de Agrícola Buritaca S.A. y de El Camello del Caribe S.A.; o quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 01 SET. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar a:

Doctora

PATRICIA MARULANDA CALERO

C.C.: 31.163.503

Apoderada

C.I. PROMOTORA BANANERA S.A.

SANTAIGO URIBE LOPEZ

Carrera 11 No 93 – 53, oficina 402

Ciudad

Doctor

JORGE IVAN JIMENEZ BETANCUR

Apoderado

PALMICOL S.A.

Calle 16 B Sur No 42 – 97

Medellín – Colombia

Doctor

PRIMITIVO GIL HERRERA

Representante Legal

ARIZONA INVESTMENT CORPORATION

Calle 16 B Sur No 42 – 97

Medellín – Colombia

Doctor

JUAN GUILLERMO VELEZ GIRALDO

Representante Legal

AGROPECUARIA BAHIA GRANDE S.A.

AGRICOLA MONTECRISTO S.A.

AGRICOLA RIO LEON S.A.

AGROPECUARIA BEBARA S.A.

AGROPECUARIA FRONTERAS S.A.

Diagonal 47 No 16 A – Sur – 49

Medellín – Colombia

Doctor

JUAN ANTONIO VELEZ SALDARRIAGA

Representante Legal

AGRICOLA BURITICA S.A.

EL CAMELLO DEL CARIBE S.A.

Diagonal 47 A No 16 A – Sur – 49

Medellín – Colombia