



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2011

41707

05 AGO 2011

Radicación No. 08-038436

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por los numerales 8, 13 y 54 del artículo 3° del Decreto 3523 de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 7580 del 12 de febrero de 2010, se ordenó abrir investigación en contra de la Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar en adelante PROCAÑA y la Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda en adelante AZUCARI, a fin de determinar si actuaron en contravención de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963 y lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Igualmente, se ordenó abrir investigación en contra de los representantes legales y miembros de Junta Directiva, con el fin de determinar si actuaron en contra de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que mediante la Resolución No 33141 de 2011, luego de adelantar el procedimiento señalado para este tipo de actuaciones, se decidió declarar que las asociaciones PROCAÑA y AZUCARI infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 imponiéndoles sanciones pecuniarias.

Así mismo, se señaló que la señora Martha Cecilia Betancourt Representante Legal De PROCAÑA; el señor Guido Mauricio López Ochoa Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA; José Vicente Irurita Rivera miembro de la Junta Directiva de PROCAÑA; Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI y Amparo Cadena Duque Representante Legal de AZUCARI, para la época de los hechos investigados, incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y se les impusieron sanciones pecuniarias.

TERCERO: Que el 1 de julio de 2001, una vez notificada la citada Resolución y corrido el traslado de ley, dentro del término legal, el Doctor JORGE PINZÓN SANCHEZ en calidad de apoderado de PROCAÑA, de la señora Martha Cecilia Betancourt Representante Legal De PROCAÑA y los señores Guido Mauricio López Ochoa Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA y José Vicente Irurita Rivera miembro de la Junta Directiva de PROCAÑA, presentó recurso de reposición radicado con el número 08-038436-00268, en contra de la Resolución No. 33141 de 2011.

El 12 de julio de 2011, dentro del término legal, el Doctor BERNARDO JACOME LLERAS en calidad de apoderado de AZUCARI y del señor Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI y la señora Amparo Cadena Duque

Radicación No. 08-038436

Representante Legal de AZUCARI, presentó recurso de reposición radicado con el número 08-038436-00270 contra la Resolución en mención.

CUARTO: Que el Apoderado de PROCAÑA y de los señores Guido Mauricio López Ochoa, José Vicente Irurita Rivera y de la señora Martha Cecilia Betancourt, como motivos de inconformidad frente a la decisión recurrida expuso los siguientes argumentos:

4.1. LAS SANCIONES SE IMPONEN COMO CONSECUENCIA Y CULMINACIÓN DE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE VULNERÓ EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS INVESTIGADOS

En criterio del Recurrente, la Entidad vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de sus poderdantes, por las razones que se exponen a continuación.

4.1.1. VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA

El Apoderado reiteró que la solicitud de traslado del expediente correspondiente a la Resolución No. 6839 de 2009 no solo era pertinente sino indispensable para ejercer el derecho de defensa de sus poderdantes, pues en el mismo se encontraban las pruebas necesarias para tal efecto; no obstante lo anterior, sostuvo, en la Resolución de sanción no se tuvo en cuenta que la petición fue negada sin motivación dado que simplemente se dijo que era notoriamente impertinente.

Adicionalmente, señaló que con la negativa mencionada se vulneró su derecho de defensa pues la Entidad *"no podía prescindir de un hecho, probado por esa misma Superintendencia en la investigación que condujo a sancionar a los ingenios, consistente en el poder de mercado ejercido por éstos"* y en el poco poder de negociación que tenían los cañicultores de manera individual o a través de sus agremiaciones.

Por otra parte, señaló que el informe del Ministerio de Agricultura tampoco fue admitido por la Delegatura como prueba y que a pesar de ello, en la Decisión final se hace referencia al mismo, por lo que no es claro si es una prueba pertinente o no.

Por último, señaló que el derecho al debido proceso de sus poderdantes fue vulnerado también por el supuesto agravante que fue tenido en cuenta al momento de imponer la sanción final consistente en haber sido líder o instigador de la conducta, cuando tal actuación no fue investigada y mucho menos probada dentro del expediente.

4.1.2. AUSENCIA DE UNA DEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

El Apoderado reiteró que durante la investigación se presentó un desequilibrio probatorio en contra de sus poderdantes a quienes se les negaron la mayor parte de las pruebas solicitadas, sin explicar porqué tales pruebas eran impertinentes.

Agregó que los testimonios decretados y practicados no fueron valorados adecuadamente pues en su criterio para *"esta Superintendencia resultan relevantes una serie de testimonios de los quejosos para probar que los ingenios no fueron afectados y, simultáneamente, para probar que la conducta investigada si tenía por objeto afectarlos; y ello se hace sin considerar siquiera el interés evidente que tales investigados y sancionados tenían en las resultas de esta investigación"*.

Radicación No. 08-038436

Al respecto, afirmó que no se tuvo en cuenta, por ejemplo, que el dirigente sindical de SINTRAIDUBAR era *"un testigo interesado y de oídas"*, ni que se recibió el testimonio del señor Blandón Saldaña, a pesar de no ser el representante legal principal del Ingenio Risaralda S.A. sino su suplente. Asimismo, indicó que el testimonio del Representante Legal del Ingenio del Cauca S.A., el señor Juan José Lulle Suarez, fue recibido *"sin beneficio de inventario"* y sin tener en cuenta que fue uno de los Ingenios que realizó previamente una práctica anticompetitiva.

Adicionalmente, manifestó que tampoco fue valorada *"la circunstancia consistente en que en el Informe Motivado se hace referencia frecuente (páginas 26 y 27 del Informe) a un documento elaborado por Asocaña, asociación que sólo se parece a Procaña en su nombre, pero que está conformada por los ingenios sancionados y quejosos y que representa sus también legítimos intereses gremiales"*.

En relación con el acta de la asamblea de afiliados realizada el 1 de junio de 2006 y el poder propuesto y aprobado en la misma, el Apoderado sostuvo que la Superintendencia no la valoró teniendo en cuenta la forma en la que efectivamente se comportaron los investigados, ni la irrelevante participación de los cañicultores en el mercado de la caña o la intención que tenían éstos en establecer una metodología para la fijación del precio, con participación del Ministerio de Agricultura.

Por último, señaló que la ausencia de transcripción de las declaraciones y testimonios recibidos en la etapa instructiva, invalidó el traslado del Informe Motivado, pues se desconoció lo establecido en el Código de Procedimiento Civil para lo que no es aplicable *la Circular Externa No.008 de 2008 de esa Superintendencia entre otras cosas "porque el término de traslado es común, y si todas las partes deben basarse en el mismo documento magnético y no en la desgrabación, en la práctica, dentro del término común tendrían todas la necesidad de recurrir a su buena memoria o al mismo documento magnético, de modo que no todos tendrían la misma oportunidad de basarse en la prueba recaudada para los efectos de descorrer el traslado del informe motivado. (¿Quién lo usa primero y por cuánto tiempo?), con la irregularidad que ello comporta desde el punto de vista del debido proceso"*.

4.2. ILEGALIDAD SUSTANCIAL DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

En desarrollo de este numeral el Recurrente expuso los argumentos que se exponen a continuación:

4.2.1. SE SANCIONÓ UNA ACTIVIDAD GREMIAL LEGÍTIMA, LLEVADA A CABO EN DESARROLLO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL

En criterio del Apoderado, la actuación de PROCAÑA corresponde simplemente al desarrollo de la función gremial que le encomendaron sus afiliados y que consiste en la defensa de sus intereses, como se desprende de los estatutos sociales de la agremiación.

En este sentido, señaló que la actuación de la Agremiación ha consistido en asesorar a sus afiliados y ser su vocera ante el Gobierno, así como representarlos en una negociación orientada a la concertación de parámetros generales y objetivos relacionados con su participación en los ingresos derivados del precio de la caña para el alcohol carburante.

Radicación No. 08-038436

Adicionalmente, manifestó que la negociación colectiva a través de las agremiaciones no puede considerarse per se como una práctica anticompetitiva y que no entiende la razón por la que al momento de sancionar a los Ingenios, la Entidad sostuvo que Asocaña podía formular estrategias conjuntas en un mercado en el cual sus agremiados ejercen un poder determinante y tal actuación, le es cuestionada a PROCAÑA.

4.2.2. ANTIJURIDICIDAD DE LA CONDUCTA DE PROCAÑA Y SUS DIRECTIVOS

A juicio del Recurrente, aún si se pudiera considerar que la conducta de PROCAÑA era típica, la misma sería antijurídica pues no se afectó el bien jurídico tutelado, es decir la libertad de escogencia, la libertad de entrada o la variedad de precios. En efecto, afirmó:

"En otras palabras, si no se da el presupuesto consistente en la existencia de un poder real de incidir significativamente en el mercado, es decir si no se afectó la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores ni la eficiencia económica, la práctica en sí misma no configura una infracción de las normas de la competencia, por inexistencia de daño al bien tutelado.

En este orden de ideas, en esta actuación administrativa esa Superintendencia ha considerado que para que la afectación del mercado sea significativa, se requiere que los cultivadores de la caña de azúcar que los ingenios destinan a la producción de etanol, afiliados a Procaña y que firmaron los poderes representaran al menos el 20% o más del mercado en cuestión.

Ahora bien, tanto en el informe motivado como en la misma resolución se afirma que los cañicultores agremiados a PROCAÑA Y AZUCARI representaban el 21.42% del área total de caña sembrada; pero obsérvese que para llegar a ese resultado o a esa conclusión, de manera infundada, no motivada e ilegal, se suman las hectáreas de los cañicultores afiliados a PROCAÑA y las de los afiliados a AZUCARU, como si la conducta investigada correspondiera a una conducta concertada entre ambos gremios, hecho que ni fue investigado, ni fue probado; por el contrario, en la sanción recurrida la propia Superintendencia distingue entre AZUCARI y PROCAÑA."

De acuerdo con lo anterior, sostuvo que si en gracia de discusión se aceptara que la conducta investigada tenía por objeto afectar un mercado, la misma no resulta restrictiva de la competencia pues no se dio entre un número de productores significativo.

Concluyó que de acuerdo con la Resolución recurrida, la participación de AZUCARI es del 1.7% y la de PROCAÑA es del 19.8% circunstancia que se debió tener en cuenta, no como factor para la graduación de la sanción, sino como argumento para no sancionar ante la ausencia de infracción.

QUINTO: Que el apoderado de AZUCARI y de la señora Amparo Cadena Duque y del señor Germán Durán Carvajal presentó recurso de reposición en contra de la Resolución No. 33141 de 2011. Los argumentos expuestos fueron los siguientes:

Radicación No. 08-038436

5.1. REDUCCIÓN DE LA SANCIÓN A AZUCARI

De acuerdo con lo expuesto por el Apoderado, la sanción impuesta a AZUCARI corresponde al 40% de su patrimonio, lo que implicaría su inviabilidad financiera y posterior liquidación. Por lo anterior, solicitó reducirla teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Ausencia de antecedentes: De acuerdo con el Apoderado, AZUCARI no ha sido sancionada por violación de las normas del régimen colombiano de la competencia, caracterizándose por el cumplimiento responsable las obligaciones que la ley le impone.
- Principio de la Buena fe: La conducta de AZUCARI ha sido de buena fe y su actuación se explica como una reacción a la situación oligopsónica de los Ingenios azucareros que fue sancionada por la Entidad.
- Ausencia de perjuicio grave: Se pide tener en cuenta que en el presente caso no se configuró un perjuicio grave para el mercado de la caña.
- Proporcionalidad y dosimetría de la sanción: Dado que la sanción impuesta equivale casi al 40% de la agremiación, la misma puede afectar su viabilidad.

5.2. APLICACIÓN DE LA SANCIÓN CONFORME AL SALARIO MÍNIMO MENSUAL VIGENTE PARA LA FECHA DE LAS INVESTIGACIÓN DE LOS HECHOS

El Apoderado señaló que en la sanción se incurrió en un error al fijarla de acuerdo con los salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento en que es expedido el acto administrativo y no el salario vigente al momento de los hechos.

Esta circunstancia, aduce, ha sido cuestionada en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado con fundamento en el principio básico del debido proceso, según el cual cualquier ciudadano debe conocer con exactitud el monto de las sanciones a las que estaría sujeto en caso de realizar una conducta antijurídica.

SEXTO: Que de conformidad con el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo, los recursos en vía gubernativa deben "*interponerse dentro del plazo legal, personalmente [...]*" y de no darse cumplimiento a los mismos, el artículo 53 del mismo estatuto señala que, "*si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos expuestos, el funcionario competente deberá rechazarlo [...]*".

En este sentido, es preciso señalar que los escritos radicados por los apoderados como se relaciona en el considerando que precede, carecen de presentación personal. No obstante, se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que si el Recurrente ha actuado durante todo el trámite a través de la presentación de memoriales, y la Entidad le ha reconocido su calidad de representante, no es dable exigirle tal requisito al momento de presentar los recursos. En efecto, en la Sentencia T-1021 de 2002, la Corporación señaló:

"[...] En efecto, según lo previsto en el Código Contencioso Administrativo, es deber de quien presenta un recurso hacerlo personalmente y acreditar la representación legal de la persona jurídica a quien aduce representar, pero también lo es que si el recurrente es quien durante todo el transcurso de la investigación ha venido actuando y ha intervenido a través de la presentación de diversos memoriales y la administración dentro del proceso que le adelanta ya lo ha tenido como tal, es decir, le ha reconocido su calidad de interesado y de

Radicación No. 08-038436

representante legal de la persona jurídica de que se trata, no puede con posterioridad y excusándose en un requisito a penas (sic) formal desconocer esa situación” –subraya fuera de texto--.

“Ya ha sostenido la Corte que “las formalidades son un medio de concreción del derecho sustancial y no un fin en sí mismo” [...]. Es claro que las exigencias formales que consagra la ley para darle validez a ciertos actos deben ser observadas y tenidas en cuenta, pero su verificación no puede conllevar a que se sacrifiquen derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa o el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial. La administración, dentro de un proceso que adelante, no puede desconocer o ignorar sus propias actuaciones ni exigir el cumplimiento de un requisito que está acreditado dentro del mismo. Tal proceder desconoce el postulado de la buena fe que rige las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas (art. 83). No puede en este caso la administración cercenarle el derecho de defensa a la peticionaria y rechazarle el único recurso que por vía gubernativa tenía con el argumento de que no lo presentó personalmente y no acreditó la representación legal de la sociedad [...]”.

En este orden de ideas, es preciso considerar que durante el presente trámite los señores Jorge Pinzón Sánchez y Bernardo Jácome Lleras han actuado en diferentes oportunidades como apoderados de las sociedades PROCAÑA y AZUCARI, respectivamente y, en consecuencia, en aras de observar el debido proceso y en virtud del principio de buena fe, no es exigible el cumplimiento de presentación personal de los recursos de reposición presentados.

SÉPTIMO: De conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver los recursos interpuestos; en primer lugar, se pronunciará sobre los argumentos presentados por el Apoderado de PROCAÑA, de los señores Guido Mauricio López Ochoa, José Vicente Irurita Rivera y de la señora Martha Cecilia Betancourt, así:

7.1. RESPECTO AL ARGUMENTO SEGÚN EL CUAL LAS SANCIONES SE IMPONEN COMO CONSECUENCIA Y CULMINACIÓN DE UNA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE VULNERÓ EL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS INVESTIGADOS

Esta Entidad procederá a dar respuesta a cada uno de los argumentos relacionados con la violación del derecho de defensa y la ausencia de una debida valoración probatoria, siguiendo el esquema propuesto por el Apoderado:

a) El traslado del expediente No 04-074580

Con el fin de responder al argumento presentado por el Recurrente, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

- El traslado del expediente No. 04-074580 fue solicitado en los descargos.
- Mediante la Resolución No. 63629 de 19 de noviembre de 2010, el Despacho del Delegado para la Protección de la Competencia, con fundamento el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, rechazó expedientela prueba solicitada.

RESOLUCIÓN NÚMERO 41707 DE 2011 Hoja N°. 7

Radicación No. 08-038436

- Los fundamentos tenidos en cuenta para tomar la decisión fueron que *"los hechos que se pretenden probar son notoriamente impertinentes en relación con la siguiente actuación¹"*.
- El Apoderado recurrió la decisión de rechazo de la prueba.
- Mediante la Resolución No. 5118 de 3 febrero de 2011, el Despacho del Delegado para la Protección de la Competencia resolvió el recurso presentado de conformidad con los siguientes lineamientos jurídicos:

"Tal y como fue señalado en la resolución de apertura, los hechos objeto de investigación son las presuntas acciones desarrolladas por PROCAÑA, MARTHA CECILIA BETANCOURT, GUIDO MAURICIO LÓPEZ, JOSÉ VICENTE IRURITA, AZUCARI, AMPARO CADENA DUQUE Y GERMÁN DURÁN CARVAJAL "dirigidas a establecer una negociación conjunta para que la remuneración de los productores no fuera inferior al 50% de los litros de alcohol producido por cada tonelada de caña de azúcar destinada a la producción de alcohol carburante ... con el propósito que cada uno de los productores renunciara individualmente a la posibilidad de aceptar una remuneración inferior a esta. De acuerdo con lo anterior, es claro que los hechos (probados dentro del expediente 04-74580) son notoriamente impertinentes en relación con los que actualmente investiga esta Superintendencia, por cuanto constituyen conductas independientes desarrolladas por sujetos diferentes.

Si bien el contenido del citado expediente puede dar cuenta de la conducta desarrollada por los ingenios, el hecho de que éstos hayan sido sancionados nada permite concluir sobre la conducta de los hoy investigados. A la presente investigación ya fueron trasladados los documentos que se consideran pertinentes por contener las denuncias y quejas que actualmente se investigan. Con todo, las resoluciones mediante las cuales se decidió el expediente 04-074580 son actos públicos que pueden ser referidos durante este y cualquier otro proceso, sin que su traslado formal sea una condición para ello."

Así las cosas, la presunta violación al debido proceso no se configura, en la medida que existen justificaciones fundadas en la ley que permitieron a la Delegatura no acceder a la práctica del traslado del expediente 04-074580, tal y como se expuso anteriormente.

Asimismo, es importante reiterar que no se desconoció el poder de mercado de los ingenios, ni la circunstancia en que se encontraban los cañicultores, sino que se consideró que tales hechos no daban lugar a no imponer una sanción, sino que debían ser tenidos en cuenta al momento de realizar el ejercicio de dosificación.

Adicionalmente, como se señaló en la Decisión final, los hechos objeto de prueba en el expediente mencionado consistentes en la violación de las normas de competencia por parte de los ingenios, no sólo son diferentes a los investigados en la presente investigación, sino que no modifican la decisión recurrida en tanto los mismos no llevarían a la consideración de que no se presentó una práctica anticompetitiva.

¹ Folio 4550 del cuaderno 18 del expediente.

Radicación No. 08-038436

b) Desequilibrio probatorio por el rechazo de pruebas

Como se dijo, el Apoderado reitera un supuesto desequilibrio probatorio por el rechazo de pruebas, situación que fundamenta en el decreto de 11 de las 31 pruebas documentales solicitadas, rechazo de todos los testimonios solicitados y a la solicitud de oficiar el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Al respecto, este Despacho considera que la Delegatura, encargada de la instrucción de las investigaciones, decretó las pruebas que consideró útiles para el proceso, de acuerdo con lo establecido en el Título XIII Capítulo I del Código de procedimiento Civil², situación que, como se plasmó en la Resolución recurrida, no puede limitarse a una simple comparación numérica sin tener en cuenta la pertinencia de las pruebas solicitadas, la cual se reitera fue tenida en cuenta de una manera detallada por parte de la Delegatura.

Frente al rechazo de los testimonios solicitados por el Doctor Jorge Pinzón, los mismos fueron negados por la Delegatura, pues fueron solicitados sin seguir las formalidades previstas en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil³, tal y como se mencionó en el numeral 3.3 del artículo 2 de la Resolución No 63629 del 19 de noviembre de 2010, la cual entre otros aspectos, resolvió lo siguiente⁴:

"[...] la petición de decretar y practicar los citados testimonios se rechaza, por cuanto en la misma no se señala el objeto sucinto de los testimonios conforme lo exige el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil".

Así las cosas, para algunos sectores de la doctrina⁵, el escrito mediante el cual se pide el testimonio debe reunir los requisitos establecidos en el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, con el propósito de que quien va a conainterrogar pueda investigar quién es el testigo y si es el caso, preparar o asegurar las pruebas que aportará para tacharlo, o para demostrar que no puede constarle los hechos que está relatando, y como se mencionó anteriormente debe de mencionarse sucintamente el objeto de la prueba, lo cual conlleva una explicación de cuál sería el objeto de la misma, situación que a todas luces en la petición elevada por el recurrente no se aprecia. En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia afirmando:

"b. Debe señalarse de manera sucinta el objeto de la prueba testimonial, es decir los supuestos fácticos sobre los cuales depondrá el tercero citado a declarar⁶. Este requisito establecido en la ley no constituye una mera formalidad, sino un elemento necesario para que el juez pueda efectuar el respectivo análisis de

² Artículos 178, 179 y 187 del Código de Procedimiento Civil.

³ ARTÍCULO 219. PETICION DE LA PRUEBA Y LIMITACION DE TESTIMONIOS. Cuando se pidan testimonios deberá expresarse el nombre, domicilio y residencia de los testigos, y enunciarse sucintamente el objeto de la prueba.

El juez podrá limitar la recepción de los testimonios cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de esa prueba. El auto del juez no tendrá recurso alguno, pero el superior podrá citar de oficio a los demás testigos, conforme a lo previsto en los artículos 180 y 361. Código de Procedimiento Civil Colombiano.

⁴ Folio 4551 del cuaderno 18 del expediente.

⁵ Manual de Derecho Probatorio. Jairo Parra Quijano, página 342, ediciones Librería del Profesional. Decimo Segunda Edición.

⁶ "(...) Ahora bien, a la exigencia de "enunciar sucintamente" el objeto de la prueba, a que se refiere el artículo 219 del C.P.C. debe dársele un alcance que permita lograr el fin de la norma, que es la protección del derecho de defensa. Por eso, el juez de conocimiento debe, en cada caso, interpretar la demanda y la solicitud del testimonio de manera tal que no haga demasiado gravosa la carga del solicitante pero tampoco tan ligera que impida a la contraparte prepararse para poder ejercer su derecho de contradicción al momento de practicar la prueba." Auto de 30 de marzo de 2006, exp. 31.399, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

RESOLUCIÓN NÚMERO 41707 DE 2011 Hoja N°. 9

Radicación No. 08-038436

pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, según lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil.”⁷

En cuanto a los testimonios decretados por la Delegatura, es preciso señalar que los mismos fueron valorados correctamente pues se utilizaron para esclarecer los hechos que fueron puestos en conocimiento de la Superintendencia en la denuncia. Adicionalmente, los testimonios de los Representantes o trabajadores de los ingenios no fueron las únicas pruebas que se tuvieron en cuenta para tomar la sanción, por lo que el argumento del Recurrente según el cual no se tuvo en cuenta el interés que los mismos podían tener no es de recibo.

Por otra parte, en relación con el decreto de interrogatorios de parte, es importante traer a colación, lo ya mencionado en la Resolución de sanción, donde se puso de presente lo siguiente⁸:

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

Sigue sin entenderse la razón por la que la práctica de un interrogatorio de parte a los investigados, a pesar de ser la prueba precedente, puede vulnerar los derechos al debido proceso y a la defensa cuando, además, los mismos fueron decretados con el objeto de brindar claridad dentro de la investigación y aclarar los hechos objeto de la misma.

Ahora bien, tampoco es correcto afirmar, como lo hace el Recurrente, que la Entidad hubiera valorado el acta de las asociaciones y los poderes de manera descontextualizada y sin tener en cuenta que lo que se quería era plantear a los ingenios una metodología que sería acompañada por el Ministerio, pues como se observa en la decisión final, se analizó no solo el comportamiento de los investigados y las consecuencias del mismo, sino la supuesta metodología que pretendían implementar. En cuanto al documento de Asocaña, el Recurrente se limita a cuestionarlo sin indicar los fundamentos de tal cuestionamiento, por lo que no hay razón para desestimarlos.

En relación con el Informe del Ministerio de Agricultura, es preciso señalar que el documento analizado en la Resolución final es el que se encuentra en el expediente a folios 502 a 515 del cuaderno No. 3 como expresamente se indicó en la página 37 de la decisión, por lo que no resulta acertada la afirmación del Recurrente en el sentido de que esta entidad valoró tal prueba sin que la misma se encontrara en el expediente.

En esas circunstancias, se reitera que el Delegado tomó las decisiones sobre el decreto de pruebas con fundamento en la normatividad legal aplicable y que las mismas fueron valoradas de manera adecuada de acuerdo con las reglas de la sana crítica en la decisión final, por lo que no resultan de recibo los argumentos expuestos por el Recurrente.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 11 de octubre de 2006, Expediente No. 32725.

⁸ Folio 5829 del cuaderno 22 del expediente.

Radicación No. 08-038436

c) Sobre la revocatoria del traslado del Informe Motivado

En relación con la necesidad de revocar el traslado del Informe Motivado en virtud de la falta de grabación de las declaraciones y testimonios, se permite este Despacho reiterar lo informado en el oficio 08 038436 00258 000 del 27 de mayo de 2011, citado en la Resolución recurrida⁹, en el cual se manifestó lo siguiente:

"[...] Teniendo en cuenta lo dispuesto en las Leyes 527 de 1999¹⁰ y 962 de 2005¹¹, en concordancia con lo establecido en el artículo 95 de la Ley 270 de 1996, esta Entidad mediante la Circular Externa 008 del 3 de octubre de 2008¹², impartió instrucciones sobre el registro de las audiencias que se celebran en la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de facultades administrativas y jurisdiccionales.

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

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

Así las cosas, como se le informó al Recurrente con anterioridad, la decisión de la Delegatura de no transcribir los testimonios no está fundamentada exclusivamente en la Circular Única de esta Entidad, sino que también tiene respaldo en la Ley 962 de 2005 y en la Ley 527 de 1999.

Esta alternativa, adicionalmente, ha sido avalada por la Ley estatutaria de la administración de justicia que en su artículo 95 dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

⁹ Folio 5830 del cuaderno 22 del expediente.

¹⁰ Artículo 10, Ley 527 de 1999.

¹¹ Artículo 6, Ley 962 de 2005.

¹² El texto completo de la circular se puede consultar en la página web de la Entidad www.sic.gov.co, pulsando normatividad y posteriormente circulares, enlace: <http://www.sic.gov.co/index.php?idcategoria=1190&ts=191f8f858acda435ae0daf994e2a72c2>

RESOLUCIÓN NÚMERO 41707 DE 2011 Hoja N°. 11

Radicación No. 08-038436

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

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

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

De acuerdo con el artículo transcrito, las autoridades judiciales pueden utilizar medios electrónicos o informáticos para el cumplimiento de sus funciones, autorización que puede entenderse también impartida para los casos de investigaciones administrativas y concretamente para, como lo ha realizado esta Entidad, las grabaciones electrónicas, siempre y cuando se garantice la identificación y seguridad de los datos y para lo que como lo ha señalado la Corte Constitucional,

“será indispensable que el reglamento interno de cada corporación o el que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para los demás casos, regule el acceso y uso de los medios en mención y garantice, como lo impone la norma que se revisa, el ejercicio del derecho a la intimidad y a la reserva de los datos personales y confidenciales que por una u otra razón pudiesen ser de conocimiento público (Art. 15 C.P.). Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador¹³”.

En la Resolución No 33141 de 2011, este Despacho desarrolló los argumentos anteriormente mencionados de una manera amplia y suficiente, para lo cual considera pertinente recalcar, frente a la aplicación y obligatoriedad de la Ley 962 de 2005, lo siguiente:

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

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

¹³ Folio 5831 del cuaderno 22 del expediente.

Radicación No. 08-038436

En este sentido la Ley 962 de 2005 dispuso que la utilización de medios electrónicos se regirá por lo dispuesto en la Ley 527 de 1999 y en las normas que la complementen, adicionen o modifiquen, en concordancia con las disposiciones del Capítulo 8 del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo, artículos 251 a 293, del Código de Procedimiento Civil, y demás normas aplicables, siempre que sea posible verificar la identidad del remitente, así como la fecha de recibo del documento"¹⁴.

Tampoco comparte esta Entidad el argumento del Recurrente según el cual la falta de transcripción de los testimonios impide el acceso por parte de los investigados a los mismos, pues contrario a lo que se sugiere en el recurso, cuando los investigados solicitan tener acceso a los testimonios no se les facilita un único CD sino que se saca una copia de las grabaciones y es ésta la que se entrega a los investigados con el fin de que puedan consultarla en el momento en que decidan y cuantas veces consideren pertinentes, y así ejercer el derecho de defensa.

En estas circunstancias, no hay razones para revocar la decisión sancionatoria recurrida.

d) Graduación de la sanción

Dado que el Recurrente cuestiona el hecho de que la Entidad hubiera considerado como un factor agravante la posición de líder o instigador de la conducta, este Despacho considera que tal afirmación se encuentra acorde con las pruebas obrantes en el expediente de la referencia que demuestran que PROCAÑA a través de su Junta Directiva, lideró la propuesta y los consecuentes actos preparatorios para la ejecución de la conducta cuestionada.

En efecto, como fundamento de la afirmación de la Entidad obran en el expediente entre otras las siguientes pruebas:

- El acta de la XXXIII Asamblea Nacional de Afiliados de PROCAÑA, efectuada el 1 de junio de 2006, en la que presenta la estrategia de negociación conjunta con el fin de unificar factores como el precio y otras cláusulas contractuales; estrategia que también fue utilizada por AZUCARI como se probó en la investigación.
- Fue PROCAÑA la que, como se observa en la comunicación de septiembre de 2007 de Martha Cecilia Betancourt, propuso un contrato para ser negociado en grupo.
- El Dr. José Vicente Iruita dio charlas a los cañicultores afiliados a AZUCARI, con el fin de que conocieran y acogieran la estrategia de negociación conjunta, como se deriva del Informe presentado en la Asamblea General de AZUCARI durante el año 2007.
- Comunicación del 3 de julio de 2008, en la que se invita al Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA a participar en la reunión de AZUCARI e informarle a los afiliados las razones para negarse a suscribir el otro si a los contratos propuesto por el Ingenio Risaralda.

¹⁴ Folio 5832 del cuaderno 22 del expediente.

Radicación No. 08-038436

Así las cosas, no es cierto que la consideración mencionada se hubiera hecho con fundamento exclusivo en la última comunicación mencionada; para el efecto, la Entidad realizó un análisis integral de la totalidad de las pruebas que obran en el expediente.

Adicionalmente, se observa que durante el presente trámite se ha dado cumplimiento a las disposiciones que regulan el procedimiento para esta clase de actuaciones, sin que se vislumbre la violación al debido proceso y derecho de defensa de los investigados.

En conclusión, se insiste que por parte de esta Superintendencia no se ha violado el derecho a la defensa ni mucho menos al debido proceso, toda vez, que se ha actuado de acuerdo a lo establecido por la ley, garantizándose el acceso a los CD's a las partes en todo momento durante el desarrollo del proceso, y se ha cumplido con el requisito de publicidad de las audiencias a las partes inmersas en el mismo, con el objetivo de lograr la mayor transparencia dentro de la consecución de pruebas, y conservar la reproducción fidedigna de los testimonios e interrogatorios desarrollados durante el radicado 08-038436.

Por todo lo anterior, este Despacho reitera la correcta valoración y maneja dada a cada una de las pruebas realizadas dentro de la presente investigación.

7.2. ILEGALIDAD SUSTANCIAL DE LA RESOLUCIÓN RECURRIDA

a) Se sancionó una actividad gremial con efectos anticompetitivos

En relación con el argumento del Recurrente según el cual la actuación de su poderdante corresponde simplemente al desarrollo de la función gremial que les fue encomendada, es pertinente reiterar que, como se señaló en la Decisión de sanción, también las agremiación se encuentran sometidas al cumplimiento de las normas de protección y defensa de la competencia¹⁵, por lo que el desarrollo de su objeto no puede convertirse en una excusa para desconocer tales disposiciones.

Tal y como lo señaló la Resolución de sanción, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 2 establece que: “[...] lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independiente de su forma o naturaleza jurídica [...]”.

De lo anterior se puede colegir que las asociaciones gremiales son sujetos de las leyes de competencia. En el mismo sentido la Comisión Nacional de la Competencia española señala lo siguiente:

“En la medida en que en el seno de las asociaciones existe una colaboración de empresas que compiten entre sí en el mercado, sus actos deben ser especialmente cautelosos en el respeto a las normas de competencia. No puede olvidarse que no solo las empresas miembros de las asociaciones están sujetas a la legislación de competencia, sino que la propia asociación, en cuanto que realiza actividades de carácter económico, se encuentran también sujetas a sus obligaciones. Tanto las asociaciones como los cargos directivos que las representan tienen que ser conscientes de que sus actuaciones pueden transgredir el ámbito de lo lícito si son aptas para alterar el normal funcionamiento”

¹⁵ Folio 5795 del cuaderno 22 del expediente.

Radicación No. 08-038436

del mercado, básicamente, por unificar el comportamiento de sus asociados y el de otros terceros¹⁶. (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente señala que:

*"[...] tanto las asociaciones como los cargos directivos que las representan tienen que ser conscientes de que sus mensajes en forma de recomendaciones (una declaración de intenciones en los medios de comunicación, por ejemplo) pueden ser ilícitos si son aptos para unificar el comportamiento de sus asociados y el de otros terceros, alterando el normal funcionamiento del mercado"*¹⁷.

"[...] Uno de los casos que más preocupación suscita desde el punto de vista de la defensa de la competencia son las decisiones y recomendaciones de las asociaciones empresariales que afectan aspectos relevantes de la actividad comercial, dirigidos a sus empresas asociadas o a cualquier otro operador del mercado.

*En un mercado competitivo las empresas deben poder fijar autónomamente su política comercial y de precios y, por ello, las asociaciones empresariales han de abstenerse de cualquier decisión o recomendación que tienda a eliminar dicha autonomía de las empresas asociadas [...]"*¹⁸.

En todo caso, resulta importante señalar que la posición mencionada ya había sido expuesta por esta Entidad en otros casos, como ejemplo se encuentra la Resolución No. 20066 de 2010 en la que se dispuso:

"[...] En este orden de ideas, es del caso anotar que la conducta así descrita puede ser realizada bien sea por empresas que actúan de manera directa en el mercado, o por asociaciones gremiales que las agrupan.

Si bien es cierto que dichas organizaciones no participan de forma directa en el mercado, la finalidad de su constitución radica en la organización de cualquier sector productivo en aras de obtener reconocimiento público, visibilidad política y de establecer reglas comunes al ejercicio de la actividad económica e industrial que sea el caso.

*Así mismo, dichas organizaciones ejercen un poder de influencia en sus sectores respectivos, al punto que muchas de las decisiones o recomendaciones frente a políticas de buen gobierno, equidad o provisión de medios o gestión de mecanismos de resolución de conflictos, eventualmente pueden acarrear como consecuencia indirecta la infracción de las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando desbordan sus atribuciones [...]"*¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, y tal y como se señaló en la Resolución de sanción, la actuación de asociaciones o gremios no puede desconocer los límites que establecen el derecho de la competencia.

Frente al argumento del Recurrente según el cual los investigados no actuaron con el propósito de afectar la competencia y que la conducta no tuvo efectos en el mercado,

¹⁶ Comisión Nacional de la Competencia de España. Guía CNC de Asociaciones. Página 4

¹⁷ Comisión Nacional de la Competencia de España. Guía CNC de Asociaciones. Página 9.

¹⁸ Ibidem. página 10.

¹⁹ Resolución 20066 de 2010. Página 17.

Radicación No. 08-038436

es pertinente reiterar que de acuerdo con la evidencia obrante en el expediente se encontró que la estrategia promovida por PROCAÑA tenía como objetivo realizar una negociación en bloque por parte de los cañicultores en torno al pago de la caña de azúcar que los ingenios destina a la producción de alcohol carburante o etanol, así como la unificación de otras cláusulas contractuales.

En relación con la falta de efectos de la conducta cuestionada en el mercado, es pertinente reiterar que en anteriores oportunidades esta Entidad ha considerado que los actos de influenciación son contrarios al derecho a la competencia, como en efecto lo señaló en la Resolución No. 25420 de 2002, en la que se afirmó:

*“En este contexto, el influenciar a una empresa con los propósitos indicados, constituye **per-se** un comportamiento restrictivo de la libre competencia. No es preciso esperar un resultado y menos un detrimento o perjuicio para entender que existió una influencia anticompetitiva sobre los precios [...]”* (Negrilla fuera de texto)²⁰.

Por lo expuesto, el pretexto de estar ejerciendo el derecho constitucional de asociación y de no haber generado efectos en el mercado, no convierte a una práctica restrictiva de la competencia en lícita, en consecuencia el argumento del Apoderado no es de recibo por parte de este Despacho.

b) Antijuridicidad de la conducta de PROCAÑA y sus directivos

Como se dijo, el Apoderado considera que aun si se concluyera que la conducta de PROCAÑA es reprochable a la luz de las normas de competencia, no habría lugar a imponer sanción alguna por cuanto no se afectaron los bienes jurídicamente protegidos con estas normas, como son el bienestar de los consumidores, la participación de las empresas en el mercado o la eficiencia económica.

De acuerdo con las normas de competencia y particularmente las disposiciones violadas por los investigados, las conductas pueden ser reprochables por objeto o por efecto, es decir que en virtud de la función preventiva²¹ que tienen este tipo de disposiciones no es necesario que el mercado o los demás bienes que son objeto de protección, sean realmente afectados para que se considere que hay lugar a imponer una sanción.

Como resultado del análisis del acervo probatorio, este Despacho señaló que PROCAÑA y los demás investigados son sancionados por haberse probado la contravención al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2152 de 1992.

Sobre la contravención al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia señaló que:

“1. PROCAÑA y AZUCARI desarrollaron y promovieron entre sus afiliados una estrategia de negociación conjunta o en bloque en torno a la remuneración de la caña de azúcar usada en el proceso de producción de alcohol carburante, en cuya promoción y desarrollo participaron el señor José Vicente Irurita, la señora Martha Cecilia Betancourt y el señor Guido Mauricio López Ochoa como

²⁰ Resolución 25420 de agosto 6 de 2002

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 25420 de 2002.

Radicación No. 08-038436

directivos de PROCAÑA, el señor Germán Durán Carvajal y la señora Amparo Cadena Duque como directivos de AZUCARI, desde el año 2006 y hasta el año 2008.

2. Dicha práctica, por su objeto, se constituye en una práctica tendiente a limitar la libre competencia, pues resulta en la colaboración indebida entre competidores por intermedio de la agremiación, que, a menos que el mismo se dé entre un porcentaje de competidores no significativo, resulta restrictivo de la competencia. En el presente caso, se demostró en el expediente que los agremiados a PROCAÑA y a AZUCARI que firmaron el acuerdo representaban más del 20% del mercado de venta de caña de azúcar.

3. Dicho mecanismo de negociación no limitó la libre competencia pues no generó, como lo indican las pruebas que obran en el expediente efectos en el mercado”²².

Sobre la contravención al numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 esta Superintendencia señaló que:

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

Para efectos del análisis del elemento objetivo del caso en concreto, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, puede establecerse que la incidencia del sujeto activo al pasivo, se presentó no solo con la firma de los poderes por parte de los asociados, sino con las diferentes comunicaciones y reuniones realizadas por las asociaciones en las que se diseñó la estrategia que incluía, como se mencionó anteriormente, la negociación del precio a pagar a los cañicultores, partiendo de un mínimo del 50%. Esta circunstancia implica que con la estrategia diseñada por las asociaciones se alteró el libre albedrío de los cañicultores en la definición del precio, elemento necesario para que se presente la conducta, como lo ha señalado la jurisprudencia:

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

Así, este Despacho considera que también se presentó la violación del numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. Es importante señalar que, como lo ha dicho esta Entidad en otras oportunidades²³, el artículo 1 del Decreto 2153 es la cláusula general del régimen de protección de la competencia, por lo que una actuación que viole alguna de las disposiciones que establecen conductas concretas, también puede vulnerar la cláusula general mencionada, como efectivamente ocurrió en este caso”²⁴

²² Folio 5822 del cuaderno 22 del expediente.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio Resolución No. 6839 de 2010.

²⁴ Folios 5823 y 5824 del cuaderno 22 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 41707 DE 2011 Hoja N°. 17

Radicación No. 08-038436

Lo anterior significa que la conducta desplegada por PROCAÑA y los demás investigados es sancionable, ya que se cumplen los presupuestos tipificados en la norma, de manera que la imposición de una sanción por parte de este Despacho es ajustada a Derecho.

Dentro de la discusión de la presunta antijuricidad de la conducta desplegada por PROCAÑA y los demás investigados, se reprocha el análisis realizado por este Despacho para definir la significatividad de la acción desplegada por el poderdante en el mercado. En efecto, se afirma;

"[...] Por lo anterior, e incluso si se aceptara en gracia de discusión que la práctica investigada hubiera tenido por objeto afectar un mercado, al no ser posible afectarlo dado que la misma se dio entre un porcentaje de productores no significativos para efectos de incidir en dicho mercado, la misma no resulta restrictiva de la competencia y, por ende no era susceptible ni siquiera de investigación, de conformidad con el numeral 1, artículo 2 del decreto 2153 de 1992, vigente al momento de la conducta [...]"

Para determinar la significatividad de la conducta este Despacho luego de un detenido estudio y análisis del acervo probatorio, determinó que era necesario estimar la participación en el total del área cultivada de caña de los cultivadores afiliados tanto a PROCAÑA como a los demás investigados.

Lo anterior con base en que las conductas investigadas dan cuenta de la promoción por parte de los investigados, de la estrategia de negociación en bloque definida por PROCAÑA para determinar la remuneración de la caña destinada a la producción de alcohol carburante, así como otras condiciones contractuales²⁵. En la Resolución recurrida se señaló que se debe tener en cuenta el hecho de la vinculación o adhesión de los demás investigados a la estrategia definida al interior de PROCAÑA, para negociar en conjunto los precios de la caña de azúcar, en esta medida este porcentaje contribuyó a determinar la significatividad de la conducta²⁶.

Así, y dado que se trata de una conducta en la que participaron las dos asociaciones investigadas no se considera que para efectos de determinar la significatividad en el mercado se deban analizar las participaciones de manera separada.

En consecuencia, el argumento del Apoderado de PROCAÑA no es de recibo para este Despacho, ya que las conductas tipificadas por las cuales se investigó y se sancionó a PROCAÑA, y a los demás investigados, se ajustan a derecho y cumplen con las disposiciones para ello contenidas en el Decreto 2153 de 1992.

OCTAVO: A continuación el Despacho se pronunciará, sobre los argumentos presentados por el Apoderado de la AZUCARI y de la señora Amparo Cadena Duque y el señor Germán Duran Carvajal.

Los argumentos presentados por el Apoderado de AZUCARI en el recurso interpuesto tienen por finalidad que este Despacho analice la proporcionalidad de la sanción impuesta a dicho gremio considerando los siguientes aspectos:

²⁵ Folio 5821 del cuaderno 22 del expediente.

²⁶ Folio 5822 del cuaderno 22 del expediente.

Radicación No. 08-038436

8.1. LA NATURALEZA JURÍDICA Y SITUACIÓN PATRIMONIAL DE AZUCARI

Señala el Apoderado de AZUCARI que el monto de la sanción impuesta por este Despacho conlleva necesariamente a "su inviabilidad financiera y posterior liquidación". Asimismo, pone de presente que el monto de la sanción de 7.4 salarios mínimos legales mensuales vigentes es equivalente casi al 40% del patrimonio de la Asociación y que una sanción de este tipo para una entidad sin ánimo de lucro del tamaño de la ASOCIACION COMITÉ DE CAÑICULTORES DEL INGENIO RISALRADA – AZUCARI puede afectar su viabilidad.

Sobre el particular es necesario señalar que en la Resolución recurrida se señala que:

"[...] En cualquier caso, es importante mencionar que en el proceso de dosificación que realiza este Despacho la suma a exigir a cada una de las partes sancionadas responde a las condiciones características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que acá se reprocha y en ningún caso esta Entidad busca con su decisión ni excluir al investigado del mercado ni fijar una cifra exigua con relación a su responsabilidad de afectación de la competencia [...]"²⁷.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, esta Entidad al momento de imponer las sanciones tiene en cuenta las circunstancias particulares de los investigados pero en ningún caso tales circunstancias, ante la ocurrencia de una práctica anticompetitiva, pueden llevar a la exoneración de la sanción o a la imposición de una sanción que resulte tan insignificante que impida que con la misma se cumpla la función disuasoria que también tienen las disposiciones de protección de la competencia.

Adicionalmente, y como ya se expuso, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, también las entidades que se denominen *sin ánimo de lucro* pueden ser sujeto de la aplicación del régimen de libre competencia siempre y cuando la conducta que se investigue tenga o pueda tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales. De acuerdo con lo señalado en el numeral séptimo de la presente decisión, este Despacho pudo determinar la significatividad de la conducta adelantada por AZUCARI y los demás investigados, conducta que independiente de haber sido desarrollada por una entidad sin ánimo de lucro, era contraria a las normas de competencia y debía ser sancionada de acuerdo con los criterios de valoración expuestos y aplicados en la decisión final.

En otras palabras, no encuentra este Despacho que en el recurso se hubieran presentado argumentos o pruebas diferentes de las tenidas en cuenta en la Decisión final al momento de realizar el ejercicio de dosificación de la sanción y, en esa medida, no hay lugar a modificar el valor de la sanción impuesta.

8.2. LA NECESIDAD DE ANALIZAR ELEMENTOS COMO LA AUSENCIA DE ANTECEDENTES, EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE, LA AUSENCIA DE UN PERJUICIO GRAVE Y LA PROPORCIONALIDAD Y DOSIMETRÍA PARA CALCULAR Y REDUCIR EL MONTO DE LA SANCIÓN

En relación con los criterios de dosificación que deben tenerse en cuenta en este caso al momento de establecer la sanción, es que como se indicó en la Decisión Final, no resulta aplicables los criterios establecidos en la Ley 1340 de 2009, pues "los criterios de dosificación no pueden ser considerados como normas procedimentales de

²⁷ Folio 5842 del cuaderno 22 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 08-038436-41707 DE 2011 Hoja N°. 19

Radicación No. 08-038436

*aplicación inmediata, sino que van ligados a la aplicación misma de la sanción que en este caso tiene como límites los previstos en el régimen anterior a la promulgación de ya mencionada ley*²⁸.

Ahora, también se dijo en la Decisión recurrida que la no aplicación de la Ley 1340 no implicaba que no se realizara un análisis de graduación de la sanción, teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional²⁹ sobre el tema. Así, se señalaron como elementos de análisis aspectos relacionados con el mercado, (los que dan cuenta del grado de afectación o impacto que con la conducta reprochable por parte de cada una de las empresas fue generada en el mercado) y aspectos relacionados con el infractor, entre los que se encuentran: i) el grado de participación del infractor en el mercado, ii) el beneficio obtenido por el infractor con la conducta sancionada, iii) conducta procesal del investigado.

En la Resolución de sanción también se establecieron elementos que permitían atenuar o agravar el monto de la sanción, es así como se consideraron como aspectos agravantes los siguientes: i) la persistencia de la conducta por parte del infractor, ii) los antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia; y como aspecto atenuante: i) el grado de colaboración del infractor con las autoridades para el conocimiento de los hechos y los detalles de la conducta reprochable. Adicionalmente este Despacho consideró necesario realizar un último ajuste teniendo en cuenta el patrimonio a 2009 tanto de AZUCARI como de los demás investigados.

Por tanto, los aspectos señalados por el apoderado de AZUCARI, como lo son la ausencia de antecedentes, la ausencia de perjuicio grave, ya fueron considerados por este Despacho en la Resolución recurrida.

Ahora bien, frente al principio de la buena fe, señala el apoderado de AZUCARI que *“si bien la Superintendencia encontró meritos para sancionarla debido a conductas anticompetitivas, estas se generan de manera no intencional [...]”*.

Al respecto este Despacho se circunscribe a lo que en cuestión señaló el Consejo de Estado³⁰:

“Ciertamente es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.

[...]

Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precio censurado por la superintendencia de Industria y Comercio”.

Por último, sobre la proporcionalidad y dosimetría de la sanción impuesta por este Despacho es necesario recalcar que de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del

²⁸ Folio 5838 del cuaderno 22 del expediente.

²⁹ Sentencia C-710 de 2001. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

³⁰ Consejo de Estado, Sentencia del 28 de enero de 2010. Exp. 25000-23-24-000-2001-00364-01. Asociación Nacional de Entidades de Seguridad Privada –ANDEVIP y otros contra Superintendencia de Industria y Comercio. Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

RESOLUCIÓN NÚMERO 41707 DE 2011 Hoja N°. 20

Radicación No. 08-038436

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

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

Sobre el particular este Despacho se acoge de nuevo a pronunciamientos realizados por el Consejo de Estado:

*"Finalmente, en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la sala entiende que la sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la **discrecionalidad** que tiene la entidad demandada para su graduación **dentro del rango máximo que permite la norma**³¹". (Subrayado y destacado fuera del texto).*

Sobre la proporcionalidad y la dosimetría, el Consejo de Estado también señaló:

*"Fluye de lo expuesto que los actos acusados no desconocieron el artículo 36 del C.C.A., según el cual "En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, **sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa**", pues siendo público una parte del capital del Fondo Ganadero Agropecuario, el actor, como miembro de su Junta Directiva, debió actuar con mayor prudencia y no aprobar la pluricitada inversión y, al hacerlo, contravino, entre otros, los artículos 2º y 11 de la Ley 363 de 1997. **Por lo tanto, la sanción impuesta, equivalente a 35 salarios mínimos legales mensuales no fue desproporcionada ni irrazonable, máxime si se tiene en cuenta que la Superintendencia de Sociedades tiene facultad para imponer multas hasta por 200 salarios mínimos legales mensuales, a quien incumpla sus órdenes, la ley o los estatutos**³²".*

Por lo dicho, no son de recibo los argumentos de reducción de la sanción de AZUCARI, en tanto que para fijar dicho monto este Despacho ha considerado tanto los aspectos señalados por el apoderado de AZUCARI como los límites establecidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

³¹ Consejo de Estado, sala contencioso administrativa, Sección Primera, sentencia de 28 de enero de 2010; Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso; Demandado: ANDEVIP, Pg. 36.

³² Providencia de 26 de noviembre de 2004. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente N° 25000-23-24-000-2002-1005-01.

Radicación No. 08-038436

8.3 EL SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE APLICADO AL VALOR DE LA SANCIÓN

En criterio del Apoderado de AZUCARI la determinación de la sanción impuesta en el acto recurrido presenta un error ya que la misma fue fijada teniendo en cuenta el salario mínimo mensual vigente al momento en que es expedido el acto administrativo y no el salario vigente al momento de la ocurrencia de los hechos.

Al respecto, es importante señalar que en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, se señala que:

*"al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones: [...] 15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) **salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción** [...]"*
(Negrilla fuera de texto).

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, señala:

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

Así las cosas, no es cierto que se haya equivocado la Entidad al imponer la sanción de acuerdo con el salario mensual vigente al momento de la expedición de la decisión, pues de acuerdo con las disposiciones citadas, éste salario junto con los topes establecidos, son los referentes que deben tenerse en cuenta al momento de imponer la sanción.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que el Decreto 2153 de 1992 fue expedido con fuerza de Ley, y que sobre dichos artículos no recaen vicios de inconstitucionalidad, mal haría la Superintendencia de Industria y Comercio en no sancionar de acuerdo con el marco normativo que para ello existe.

En consecuencia, no es de recibo para esta entidad el argumento del apoderado de AZUCARI.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

Radicación No. 08-038436

RESUELVE:

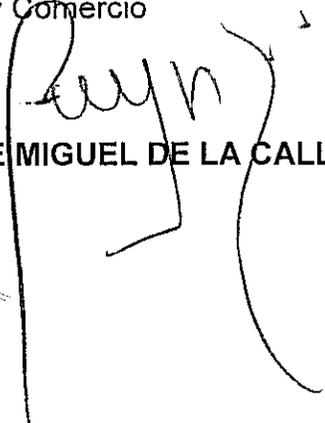
ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No 33141 de 2011.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente Resolución a los doctores: JORGE PINZÓN SANCHEZ, en su condición de Apoderado de la Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar – PROCAÑA, así como de la señora Martha Cecilia Betancourt Representante Legal De PROCAÑA; el señor Guido Mauricio López Ochoa Presidente de la Junta Directiva de PROCAÑA y el señor José Vicente Irurita Rivera miembro de la Junta Directiva de PROCAÑA, y al doctor BERNARDO JÁCOME LLERAS, en su condición de Apoderado de la Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda –AZUCARI y del señor Germán Durán Carvajal Presidente de la Junta Directiva de AZUCARI y Amparo Cadena Duque Representante Legal de AZUCARI, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **05 AGO 2011**

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Elaboró: José Luis Jeréz
Revisó: Julio Castañeda/Carolina Salazar

Notificar:

Doctor

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

C.C.79.144.673

Apoderado Especial de
PROCAÑA

GUIDO MAURICIO LÓPEZ OCHOA,
MARTHA CECILIA BETANCOURT M. Y
JOSÉ VICENTE IRURITA RIVERA

Avenida Carrera 9 No. 113-52 Oficina 1701
Bogotá

Doctor

BERNARDO JÁCOME LLERAS

C.C.14.252.306

Apoderado Especial de
AZUCARI

GERMÁN DURÁN CARVAJAL y
AMPARO CADENA DUQUE

Carrera 17 A No. 116-81
Bogotá D.C.