



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **28515** DE 2004
(**23 NOV. 2004**)

"Por la cual se resuelven unos recursos"

EI SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO. Que contra la decisión contenida en la resolución 21820 de 2004, la doctora Patricia Marulanda Calero, actuando como apoderada de Santiago Uribe López y de la sociedad C.I. Promotora Bananera S.A., y el doctor Jorge Ivan Jiménez Betancur, actuando como apoderado de los señores Juan Guillermo Vélez Giraldo y Juan Antonio Vélez Saldarriaga, interpusieron sendos recursos de reposición.

SEGUNDO. Que los recursos a que se refiere el considerando anterior, están sustentados en los siguientes términos:

➤ **La apoderada de Santiago Uribe López y de la sociedad C.I. Promotora Bananera S.A., señala las siguientes "pretensiones".**

"1 *Principal*

Que el señor Superintendente de Industria y Comercio revoque la resolución 21820 de 2004 ya que la operación investigada no debía ser informada a la Superintendencia de Industria y Comercio por no cumplirse con el elemento subjetivo de la norma.

La inexistencia de cada uno de ellos de manera individual es suficiente para revocar la decisión.

2 *En Subsidio*

2.1 *Falsa imputación*

Que el señor Superintendente de Industria y Comercio se pronuncie específicamente de éste cargo y declare la nulidad de lo actuado en la medida en que Proban y Arizona no estaban obligados a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio la operación que se investiga, debido a que no fue realizada entre estas dos empresas.

Como consecuencia de lo anterior, ordene archivar la investigación.

2.2 *En subsidio*

Revocar la resolución 21820 de 2004 y Declarar la nulidad de la resolución 25186 de 2002, por no haberse abierto la investigación contra los responsables de la hipotética omisión.

Como consecuencia se devuelva el expediente a la Delegatura para que se abra nuevamente la investigación contra quienes hicieron parte de la operación.

3 *Subsidiaria*

Que el señor Superintendente de Industria y Comercio se pronuncie concretamente de éste cargo y 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 celebrada, según la SIC, entre Cl. Promotora Bananera S.A., en adelante Proban y Arizona Investment Corporation, lo que acarrea una violación, a su vez, del debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, ordene archivar la investigación.

4 En última instancia

Revocar la resolución 21820 de 2004 y declarar que 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.

Como consecuencia de lo anterior, lo exonere de todo cargo.

5 En cuanto a la sanción

Revocar la resolución 21820 de 2004 y reducir las sanciones impuesta teniendo en cuenta las circunstancias de atenuación existentes.

Pretensión principal

1 La norma

Como se ha demostrado, la operación que se investiga no cumple con ninguno de los requisitos exigidos por la norma para ser informada.

"(...).

La SIC en su labor como autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia en el mercado¹, se ha referido al tema del deber de informar operaciones que implican una integración económica. Veamos.

En cuanto a la norma que impone el deber de "informar las operaciones de integración encontramos un supuesto subjetivo, uno objetivo y uno cronológico".²

1.2 Supuesto subjetivo

En cuanto al supuesto subjetivo, la carga para avisar la operación depende de que las empresas involucradas se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un bien o servicio. Se trata entonces de una pluralidad de sujetos que coincidan total o parcialmente en la actividad a la que se dedican.³

Contrario a lo que manifiesta su Despacho cuando entiende que 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 empresas intervinientes en la operación, sino al "artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios" sobre el cual recae la operación", el artículo en mención no se puede interpretar de la manera en que se realizó.

¹ Artículo 2 numeral 1 decreto 2153 de 1992.

² Resoluciones 21747 de 1999, 25415 de 2002 y 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.

³ Resolución 8307 de 2003. Superintendencia de Industria y Comercio.

En efecto, el pronunciamiento constitucional al que se hace alusión en la resolución objeto del presente recurso y que sirve de fundamento para las conclusiones del Despacho, tiene que ver con la manera como la Corte Constitucional interpreta los preceptos legales sobre todo cuando se trata de normas cuyo tenor literal no es claro y se trata de armonizarlos con preceptos constitucionales, tal y como lo afirma la Corte en la Sentencia aludida.⁴ Hipótesis que no se predica en el caso bajo estudio.

En éste orden de ideas, lo procedente en estos casos es utilizar, en primer término, los criterios legales de interpretación normativa⁵ existentes.

Al no existir definición legal, hay que acudir al sentido natural y obvio de las palabras.⁶

Actividad es el conjunto de tareas y operaciones de una persona o entidad.⁷ La ley, entonces distingue entre varias actividades:

- *Productora. Persona que emplea su fuerza de trabajo en la fabricación de bienes o en la prestación de servicios.⁸*
- *Abastecedora. Proveer de bastimentos u otras cosas a una persona.⁹*
- *Distribuidora. Dícese de la persona o entidad que efectúa la comercialización de uno o varios productos.¹⁰*
- *Consumidora. Persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta algún tipo de bien o servicio, que recibe de quien lo produce, suministra o expide.¹¹*

De acuerdo a la ley¹², entonces, son las empresas que se dediquen a la misma actividad, y no otras, las que "estarán obligadas a informar". Es decir, la ley sólo entiende que las operaciones horizontales son merecedoras de ser informadas.

Las operaciones verticales, deberán ser vigiladas por el Estado en el sentido de impedir que con estas se realicen actos o acuerdos restrictivos de la competencia o abusos de posición dominante, mediante investigaciones administrativas que sancionen cualquier práctica comercial restrictiva. Por

⁴ "...resulta indispensable determinar cuál es el sentido preciso de la normatividad que se pretende estudiar...Al emprender ésta tarea,, observa la Corte que la ley que se examina presenta graves problemas de técnica legislativa, que dificultan la comprensión del significado y el alcance de las disposiciones acusadas. "Corte Constitucional. Sentencia C-649 de 2001.

⁵ Artículo 25 y ss. Código civil colombiano.

⁶ Artículo 28 del Código Civil Colombiano.

⁷ Diccionario enciclopédico Larousse. Spes editorial. Página 39. 2002.

⁸ Diccionario enciclopédico Larousse. Spes editorial. Página 825. 2002

⁹ Diccionario enciclopédico Larousse. Spes editorial. Página 26. 2002.

¹⁰ Diccionario enciclopédico Larousse Spes editorial. Página 354. 2002.

¹¹ Diccionario enciclopédico Larousse Spes editorial. Página 279. 2002.

¹² "Las 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 ascienden 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" (subrayas nuestras)". Artículo 4 ley 155 de 1959.

lo anterior, no es afortunada la posición del Despacho cuando se duele de que negar el control ex ante de las operaciones de tipo vertical, conducirla a que éste derecho (la libre competencia) de carácter constitucional, pudiera verse restringido u obstaculizado ante a mirada inerte del Estado...”, ya que la ley ha entregado a la autoridad administrativa facultades investigativas y sancionatorias suficientes para salvaguardar los principios constitucionales de una libre y leal competencia.

Con las anteriores precisiones, es fácil concluir que Proban y Arizona Investment Corporation, Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agrícola Buritaca S.A., Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Frontera SA, no están obligadas a informar la operación objeto de sanción, como a continuación se indica.

1.2.1 Actividad de las investigadas

Proban es una empresa dedicada a la comercialización¹³ internacional de banano verde. La fruta que comercializa la adquiere de empresas o fincas que se dedican a la producción¹⁴ de la fruta.

En otras palabras, Proban y las empresas productoras Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agrícola Buritaca S.A., Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., se encuentran en diferentes escalas del proceso productivo, por lo tanto no se dedican a la misma actividad.

Para la investigación que nos ocupa, Proban y las empresas productoras de banano no son competidores, se dedican a actividades económicas diferentes y su único factor de conexidad es el banano, pero en ningún momento se puede considerar que se dedicaran a la “misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora...” tal y como lo exige la norma.

Las operaciones que impliquen integraciones verticales, como es éste caso no son informables.

En efecto, 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 en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación, en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta”.¹⁵

En éste orden de ideas, al tratarse de empresas que no son competidoras entre sí, no estarían obligadas a informar a la Superintendencia de las operaciones que realicen, por no dedicarse a la misma actividad, como la operación que se investiga.

¹³ Al respecto, certificado de existencia y representación legal de Proban. Así mismo, en respuesta a la pregunta 4 de la declaración rendida por Santiago Uribe representante legal de Proban: Pregunta: “Qué actividades desarrolla Proban”, respuesta, “Proban es una comercializadora internacional, dedicada exportación y comercialización en mercados externos de banano verde y lo viene haciendo desde su fundación, hace 20 años y exporta el banano producido en las fincas de productores de Uraba y Santa Marta, que tienen contrato con la compañía. Esto es, existen unos contratos entre los productores o cultivadores de banano y Proban. Los contratos de largo plazo son de exclusividad y el 100% de dicho banano tiene que ser destinado a la exportación, el compromiso de los cultivadores es entregarnos toda la producción y el nuestro es colocar en los mercados externos el 100% de esa producción”.

¹⁴ Al respecto certificado de existencia y representación legal de Proban, Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agrícola Buritaca S.A., Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A.

¹⁵ Resolución 8307 de 2003 Superintendencia de Industria y Comercio

Por lo anterior, independientemente de la interpretación gramatical no puede ser suficiente afirmar que las empresas investigadas "directa o indirectamente, en mayor o menor grado, estaban relacionadas con el mercado del banano"¹⁶, para entender tipificada una conducta bajo investigación, cuando de lo que se trata es de evaluar, entre otras cosas, porque la actividad de Arizona no tiene que ver con la "actividad" del banano, es una empresa dedicada a la inversión de capitales por lo que no estaría obligada a informar de la operación como se señalará más adelante.

En subsidio

- 1 La norma
- 1.1 Deber de informar

De acuerdo a la ley, "las 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" (subrayas nuestras).¹⁷

De lo anterior tenemos entonces que quienes se encuentran obligados a informar al Gobierno nacional (SIC) son las empresas que proyecten llevar a cabo una operación de integración.

- 1.2 Matrices y subordinadas

Por definición, "una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de una u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual se denominará filial o por intermedio de las subordinadas de la matriz, caso en el cual se llamará subsidiaria".¹⁸

En palabras de la Corte Constitucional, "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 autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por 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 ellas indudables vínculos que implican que en la práctica la unidad de intereses y propósitos".¹⁹

Para la doctrina, "en efecto, de conformidad con dicha norma (artículo 26 ley 222 de 1995, incorporado como el artículo 260 del código de comercio" se considera que una sociedad es subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas".²⁰

Es claro, desde ésta perspectiva, que no está en manos de las empresas bajo subordinación la toma de decisiones de la envergadura de una operación de integración económica como la venta

¹⁶ Página 13 resolución 21820 de 2004.

¹⁷ Artículo 4 ley 155 de 1959.

¹⁸ Artículo 260 código de comercio.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-510 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰ Reyes Villamizar, Francisco. Derecho Societario. Editorial Temis. Página 542. 2002.

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.

2 Consideraciones de la SIC

Mediante resolución 25186 de 2002, se abrió investigación administrativa por la presunta omisión del deber de informar por parte de las empresas Arizona Investment Corporation, Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agrícola Buritaca S.A., Agropecuaria Bahía Grande S.A., Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., en adelante y conjuntamente Las Agrícolas, Cl. Proban SA., Palmicol S.A. y El Camello del Caribe Ltda., en el entendido que todas estas estaban en la obligación de informar una operación de integración y no lo hicieron.

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.

Es 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 claro 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.

Una vez 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".²¹

Lo anterior, no obstante aceptar dicha Delegatura que "de acuerdo a las pruebas recaudadas, la sociedad Proban adquirió de manos de una tercera sociedad el 100% de las acciones de Arizona" (Subrayas nuestras).²²

La Delegatura, entonces, entiende que no fue Arizona quien realizó la operación que se investiga, sino una tercera sociedad, su controlante.

Lo anterior se confirma con el testimonio de la doctora Patricia Echeverri, auditora de Proban quien a la pregunta 8 "Sabe usted o 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 Invest (SIC)" Respondió "Si, proban hizo una operación con patrimonio, el nombre no lo tengo claro, en el cual compra acciones a esta sociedad que tiene en Arizona. Proban le compró a esa sociedad las acciones que tenía en Arizona".

En la pregunta 9 cuando el Despacho le solicita aclarar, le pregunta a la señora Echeverri: "a quien se refiere en su respuesta anterior, cuando menciona que persona le compró las acciones", a lo que responde, "me refiero a patrimonio. Patrimonio es una sociedad con quien Proban hizo el negocio de compra de acciones".

²¹ Numeral 1 informe motivado comunicación 02058916-10060 del 17 de mayo de 2004.

²² Numeral 4.2 "operación adelantada". Informe motivado comunicación 02058916-10060 del 17 de mayo de 2004.

Finalmente, la pregunta 21: "podría indicarle al despacho, si existió un negocio entre C.I. Proban y Arizona Investment", la señora Echeverri respondió, "Entre proban y Arizona no".

De ahí que 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.

Por lo anterior debe archivarse la investigación o por lo menos devolverse a la Delegatura de Promoción de la Competencia para se abra nuevamente la investigación contra quienes hicieron parte de la operación, por la nulidad que ello acarrearía de no hacerlo.

Respecto a éste punto, el Despacho no hizo ninguna referencia concreta en la resolución 21820 de 2004 por lo que requerimos su pronunciamiento al respecto.

Por el contrario, reconoce el Despacho²³ que la operación fue entre Proban y Patrimonio, hecho que ha debido ser el motivo de la investigación y, no, la operación inexistente entre Proban y Arizona.

Subsidiaria

1 Nulidad

1.1 Debido proceso y derecho de defensa

"(...).

En este caso, 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.

2 Competencia y debido proceso ante la SIC

2.1 Competencia territorial

"(...).

Por lo tanto considerar, como lo hace el despacho que "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" carece de fundamento, en la medida en que las agrícolas siempre le vendieron a Proban y ésta siempre adquirió la fruta para cumplir con sus compromisos internacionales, de aquellas, como se explica a continuación.

"(...).

La Delegatura, quien tiene la carga de probar los supuestos de la norma, no demostró que Proban haya incumplido con su obligación. La cantidad del banano que se comercializa en el mercado regional es residual. Al respecto, no existe pronunciamiento expreso en el acto que hoy se ataca. Resolución 21820 de 2004.

2.2 Competencia circunstancial

Desde la óptica objetiva o circunstancial, la SIC es competente para conocer de hechos que

²³ "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..."

afecten la competencia en los mercados nacionales, cuando, además el trámite sea significativo para alcanzar, en particular "las siguientes finalidades: 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".²⁴

"(...).

En última instancia

1 Exoneración

1.1 Debido proceso y derecho y derecho de defensa"

En este punto transcribe la recurrente los mismos argumentos que incluyó en sus observaciones al Informe Motivado, de modo que ya fueron incluidos en la Resolución 21820 de 1004.

Concluye señalando que "[d]ebe obrar prueba positiva de que Santiago Uribe como personas naturales tuvo conocimiento de la operación antes de que ésta se hubiere perfeccionado, para estimar cumplido el precepto, asunto que brilla por su ausencia en la presente investigación.

En los anteriores términos quedan entonces, señor Superintendente, rendidas las consideraciones jurídicas y prácticas que sostienen nuestra defensa.

En cuanto a la sanción

1 Desproporción de la sanción

Las multas impuestas a mis poderdantes, resulta desproporcionada teniendo en cuenta la gravedad del hecho, por cuanto, aceptando la tesis de su Despacho, se aviso de manera indirecta la operación, en la medida que la operación bajo la presente investigación fue realizada sólo 6 meses antes y como paso previo de la operación aprobada por la Superintendencia mediante acto administrativo 02030500 del 25 de junio de 2002.

En otras palabras no tuvo en cuenta el Despacho las circunstancias de atenuación existente.

1.1 Principio de proporcionalidad

El artículo 36²⁵ del código contencioso administrativo establece los parámetros que debe tener en cuenta la autoridad administrativa al momento de ejercer una potestad discrecional; como la imposición de una multa.

"(...).

2.3 Criterio para sancionar

La jurisprudencia ha utilizado como criterio para sancionar la gravedad de la sanción o el beneficio

²⁴ Artículo 2 numeral 1 decreto 2153 de 1992.

²⁵ "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". CCA. Artículo 36.

económico.²⁶

La Superintendencia de Industria y Comercio, en este caso consideró que la imposición de las multas se hacía "teniendo en cuenta el tamaño y la capacidad financiera de cada empresa".

Para la Superintendencia de Industria y Comercio, entonces, es particularmente grave que una empresa que tenga un mayor nivel debe ser castigada de manera más severa que otra con menores niveles de activos, cuando ambas incurrieron en la misma falta.

Recordemos que la falta en éste tipo de investigaciones tiene que ver con el no informar una operación de integración económica, de ahí que no se debería tomar el valor de los activos fundamento para interponer una sanción, ya que la conducta por sí misma no puede considerarse restrictiva de la competencia. No afecta per se el mercado.

Consideramos que la sanción impuesta a las Agrícolas es la máxima que se debería interponer en éste tipo de situaciones y, la que, en todo caso debe ser impuesta de la misma manera a Proban²⁷. No puede medirse conductas que afectan el mercado, como son los actos o acuerdos restrictivos y abusos de posición dominante, con el no informar una operación que de hecho fue informada, aunque de manera extemporánea, según lo ha entendido el Despacho.

Adicionalmente, el legislador le otorgó cierta discrecionalidad a la autoridad administrativa para que graduara las sanciones según las circunstancias de cada caso.

Sin embargo, en la presente investigación, Proban cumplió con el deber legal de informar la operación de integración que iba a llevar a cabo, independientemente de que su Despacho, tenga una interpretación diferente de la norma, lo cierto es que la operación que hoy se investiga no fue aislada, hizo parte de un conjunto de operaciones conocidas por esa Superintendencia; tan es ello así que la presente investigación se inició por la información que se allegó a la entidad; de ahí que no hubo ninguna intención de esconder la operación o no dar aviso de ella. Se actuó de buena fe".

➤ **El apoderado de los señores Juan Guillermo Vélez Giraldo y Juan Antonio Vélez Saldarriaga, manifiesta:**

"En la resolución 25.186 del 31 de julio de 2002, en la parte resolutive, artículo primero establece literalmente: "Abrir investigación para determinar si Cl. Promotora Bananera S.A., 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 Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., Agrícola Buritaca S.A., El Camello del Caribe S.A. (sic), Palmicol S.A. infringieron el artículo 4 de la Ley 155 de 1959".

A folios 13 la SIC transcribe un aparte que obra en el acta de Asamblea de Accionistas, donde se lee "... La situación de control inició en el mes de noviembre a raíz de un contrato de permuta celebrada (sic) 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 Bebará S.A."

²⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. 30 de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro 81994). Consejero Ponente: Doctor Delio Gómez Leyva. Referencia: Expediente No. 5345.

²⁷ "En relación con el principio de la buena fe cabe recordar que es uno de los principios generales del derecho. consagrado en el artículo 83 de la Constitución, el cual gobierna las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos, y que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico, informa la labor del intérprete y constituye un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes colombiano".

A folios 15 de la resolución, concluye la SIC: "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 Bebará y Agropecuaria Fronteras, pasaron a ser subsidiarias de Proban".

De los párrafos parcialmente transcritos, se concluye lo siguiente:

a. La SIC inició una investigación para determinar si PROBAN y ARIZONA INVESTMENT, esta última poseedora del control de las demás sociedades, habían infringido el artículo 4 de la Ley 155 de 1959.

b. Conforme lo dejó expresamente planteado a folios 13 y 15, la SIC encontró, que entre PROBAN y ARIZONA INVESTMENT no se realizó ninguna operación y por consiguiente no pudo haberse infringido directa o indirectamente el artículo 4 de la Ley 155.

c. Tan claro es que PROBAN y ARIZONA INVESTMENT no celebraron ninguna operación, que en el numeral 3.5. de la resolución que se impugna, la SIC, al plantear, lo que ella llama, "Inobservancia al deber legal", literalmente manifiesta: "La Ley 155 de 1959 impone un mandato de conducta, 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, 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".

"(...).

Y en este punto le formulo a la SIC las siguientes preguntas:

a. Qué operación se dio entre las sociedades Proban, Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca? y cuándo ocurrió?

b. Por qué razón, si la investigación se inició contra PROBAN y ARIZONA INVESTMENT, quien tenía a su vez el poder de las sociedades Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca, no existe ningún pronunciamiento expreso en torno a dicha operación y antes por el contrario se toma como base para sancionar una operación inexistente?

c. Por qué razón la SIC, pese a encontrar, según lo arriba transcrito, que en noviembre de 2001 se realizó una operación entre PROBAN y una sociedad llamada PATRIMONIO, propietaria de todas las acciones de ARIZONA, no vinculó legal y procesalmente a dicha entidad?

d. De acuerdo a lo que la SIC manifiesta a lo largo de su decisión, las sociedades Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca eran subordinadas o controladas por la sociedad ARIZONA INVESTMENT, en consecuencia, legalmente cómo puede sostener y concluir esa entidad, a sabiendas de que estas sociedades no tenían ninguna capacidad o autonomía administrativa,

económica o financiera, que realizaron una operación que implicaba ceder lo que no podían estatutaria y legalmente?.

e. Cómo puede explicarse, que la integración a que alude la SIC a folios 22 de su decisión, en donde omite la vinculación de las sociedades que ella identifica como PATRIMONIO y ARIZONA INVESTMENT, se presentó entre PROBAN y unas sociedades, que repito, de acuerdo con sus mismas afirmaciones eran controladas y/o subordinadas y en consecuencia, sin ninguna capacidad de disposición?.

f. Cómo podrían las sociedades Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca disponer de las acciones, que eran propiedad de un tercero que las controla, de acuerdo con lo que la misma SIC manifiesta?

g. Cómo podría la sociedad ARIZONA INVESTMENT disponer de unas acciones que conformaban su patrimonio social y que eran propiedad de un tercero?

En conclusión, cómo se puede disponer de lo que no se tiene?

Porque entre las sociedades PROBAN y ARIZONA INVESTMENT no se realizó ninguna operación y por ello, no se infringió ninguna disposición de la Ley 155 de 1959, tanto que la SIC ni siquiera se pronunció sobre operación alguna.

Porque entre las sociedades PROBAN y Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca no se verificó ninguna operación y por ello no se violó disposición alguna de la Ley 155 de 1959.

Si no hubo operación o negociación entre PROBAN y ARIZONA, como claramente lo concluye la SIC, obviamente que no pudo haberse presentado entre PROBAN y las subordinadas de ésta, es decir Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca y en consecuencia, en ninguna infracción incurrieron estas personas jurídicas.

“(...)”.

Será que es posible sancionar al que hubiera sido el sujeto pasivo de una posible infracción legal, es decir, aplicarle una sanción a las sociedades Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca, porque su propietaria de casi el 100% del patrimonio social, realizó una operación en la que no tenían ninguna posibilidad de influenciar?, con un agravante y es que no existió ninguna operación entre PROBAN y ARIZONA INVESTMENT, como lo expresó la SIC a folios 13 y 15 de su decisión.

Pero es más, la SIC, a folios 20 afirma “Por consiguiente, la carga probatoria se invierte, siendo los investigados en el caso concreto, quienes deben probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, 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 de los otros aspectos mencionados en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, por su ausencia” en las alegaciones presentadas”.

“(...)”.

Razones o Fundamentos que tiene la SIC para determinar responsabilidades.

1. En algunos apartes de la decisión de la SIC, pareciera entenderse que la responsabilidad que

ella le endilga a las sociedades involucradas en la investigación (PROBAN y ARIZONA INVESTMENT, como controladora de las sociedades Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buritaca), es por el hecho de no haber comunicado previamente su intención de realizar una operación de integración.

2. En otros apartes la decisión de la SIC da a entender que la responsabilidad no es siquiera por la omisión de aviso previo, sino simplemente por los efectos que una operación tenga sobre los sujetos pasivos, que como tales, sólo pueden aceptar la suerte que les correspondá en esta situación.

3. También se extrae de la decisión de la SIC, que la responsabilidad está directamente establecida en relación a la capacidad de generar o no una alteración en el mercado, lo que se concluye de su decisión obrante a folios 22 cuando manifiesta "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".

Con base en lo anterior, y en el mismo orden de los fundamentos, podemos concluir lo siguiente:

1. Si esta fuera la hipótesis fáctica que considera básica la SIC, la única decisión válida era la exoneración de todos los involucrados en esta investigación, porque como ella misma lo identificó en sus apreciaciones obrantes a folios 13 y 15, entre las sociedades PROBÁN y ARIZONA INVESTMENT no se realizó ninguna operación, luego estas dos sociedades no tuvieron que informar nada y por tanto, no pudieron violar ninguna disposición.

2. Si la decisión estuviera inspirada en los efectos de la operación, estaría claramente yendo en contra de la literalidad y espíritu de la ley, porque está en parte alguna busca sancionar a terceros pasivos de operaciones ajenas a su voluntad, sino proteger que se den actuaciones que afecten el mercado, la libre competencia, conformación de monopolios etc.

3. En la tercera hipótesis nos encontramos que unas sociedades son exoneradas porque estaban inactivas y no podían producir efecto nocivo en el mercado, que finalmente es lo que busca la normatividad vigente, como expresamente lo sostiene la SIC a folios 8 de su decisión, cuando afirma: "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" (negritas fuera del texto original).

"(...).

Será necesario ahondar mas en el tema de identificar cuáles fueron los fines pretendidos por el legislador, cuando expidió la Ley 155 de 1959?, la respuesta es negativa, dada la claridad del aparte transcrito, tomado literalmente de los argumentos que la SIC planteó en la decisión que se impugna.

Tan presente los tiene la SIC, y tanta es su validez e importancia, que al momento de tomar una decisión, ella valora si la operación podía o no causar un impacto significativo en los mercados o la libre competencia, y en caso de que no lo haya, exonera al particular que no le comunicó previamente la operación y ello fue lo que ocurrió con las sociedades El Camello del Caribe Ltda y Palmicol S.A.

Entonces, si lo importante son los efectos que la operación puede presentar en el mercado, independientemente del momento en que se comunique, porqué razón la SIC desconoció en su

decisión, de que está demostrado, que la operación que terceros no vinculados formal, legal y procesalmente a esta investigación, pudieron haber realizado, no produjo ningún efecto en el mercado. Tan es así, que la SIC hace cita de una certificación expedida por AUGURA, donde informa cuál era el porcentaje de participación de las sociedades involucradas, en el mercado bananero nacional, el cual es mínimo e insignificante, y que es mucho más, cuando se mira en el contexto internacional.

Pero es más, tal como lo planteo la señora apoderada Marulanda Calero, las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas incluyen la necesidad de informar previamente a la SIC, las operaciones de integración. La finalidad prevista para este trámite es que se habilite a la entidad para no autorizar aquellas que restringirían indebidamente la competencia.

Se entiende que esos procesos conllevan o presuponen la realización de integraciones o concentraciones en la que los intervinientes de la operación concurren en un mismo mercado, y por ello se presenta "...una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación, en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta".

"De esta manera, las empresas que pretenden acogerse a cualquiera de estas figuras y que a su vez estén cobijadas por cada uno de los requisitos consagrados en el citado artículo 4, deberán comunicar previamente la operación que pretenden realizar, a efectos de que esta Entidad determine su procedencia o si existen motivos para objetar o condicionar la respectiva operación".

Como se puede concluir fácilmente de la descripción de los hechos en su versión íntegra, ese es el caso de la operación que ahora se investiga. No hubo ninguna variación de participes en el mercado. Ni horizontal ni verticalmente se variaron las condiciones precedentes.

Si ello es así, entonces, por qué razón la SIC en su decisión exonera de toda responsabilidad a las sociedades Palmicol S.A. y El Camello del Caribe Ltda? y no hace lo mismo con las demás sociedades que no solo no participaron en una operación, sino que legal, estatutaria estaban impedidas para realizarlo?

Responsabilidad de los Representantes Legales:

A folios 24 de la resolución, manifiesta la SIC: "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 Bebará 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 del Decreto 2153 de 1992" (mayúsculas y negrillas fuera texto original).

Cómo es posible establecer responsabilidades y consecuentemente imponer sanciones a particulares, bajo la premisa de que es posible que hubiera conocido y aprobado un hecho?, cómo puede condenarse por meras expectativas o especulaciones?

Claro es, que para que un fallador pueda llegar a una decisión de fondo, requiere que las pruebas recaudadas le otorguen el mayor grado de convicción posible, cual es el de la certeza, y cómo puede hablarse de que haya certeza, cuando se motiva la decisión con frase como "habrían conocido y aprobado", expresiones que significan es posibilidad, la cual como puede ser positiva, también puede ser negativa y entonces, por qué se opta por la primera hipótesis?, acaso nuestra

constitución nacional, no establece que las dudas se resuelven a favor del investigado?

“(…)”.

“[R]evisando las notificaciones hechas a los señores representantes legales toda las sociedades investigadas, se encuentra que en las mismas se dice literalmente: ‘En la ciudad de Medellín, el cuatro (4) de octubre del año dos mil dos (2002), se notifica personalmente de la resolución 25.186 del 31 de julio de 2002, despacho comisorio 4128, al doctor _____ identificado con la cédula número ____ expedida en Medellín (Antioquia), quien actúa como apoderado del doctor _____, representante legal suplente de _____ S.A.’”

“En la ciudad de Medellín, el tres (3) de septiembre del año dos mil dos (2002), se notifica personalmente de la resolución 25.186 del 31 de julio de 2002, despacho comisorio 4126, al doctor JUAN GUILLERMO VELEZ GIRALDO, identificado con la cédula número ____ expedida en Medellín (Antioquia), quien actúa como representante legal de las sociedades Bahía Grande S.A., Agrícola Montecristo S.A., Agrícola Río León S.A., Agropecuaria Bebará S.A. y Agropecuaria Fronteras S.A.”

“(…)”.

En aspectos de tanta importancia, tanto, que ostenta la calidad de derechos fundamentales en nuestra Constitución Nacional, como son el derecho de defensa y el debido proceso, no se puede partir de suposiciones que no trae la ley procesal, que los desarrolla.

No hubo providencia de la SIC, donde declarara notificado por conducta concluyente a esas personas, para así entonces otorgar seguridad jurídica de las actuaciones posteriores. Por el contrario, la SIC lo que hizo fue que argumentó la notificación por conducta concluyente, desconociendo las disposiciones procesales que regulan la materia, al momento de negar la práctica de unas pruebas que solicitó uno de los investigados.

“(…)”.

Monto de la sanción y las razones para su cuantificación:

En el hipotético evento de que la SIC mantenga en firme su decisión, pese a todos los argumentos esbozados a través de este recurso, los cuales insisto, están fundamentados en las mismas apreciaciones que la entidad tuvo para soportar su decisión, considero necesario esbozar las siguientes apreciaciones relacionadas con el monto de las sanciones impuestas.

Tal como lo planteé anteriormente, en la identificación del razonamiento lógico —jurídico que la SIC tuvo para identificar responsables, por la no comunicación previa de la operación que encontró, jamás existió, un aspecto que tuvo especial importancia, fue la potencialidad que tenía el sujeto de causar o no un impacto en el mercado y por esta razón, fue que absolvió de toda responsabilidad a las sociedades El Camello del Caribe Ltda y Palmicol S.A.

En el acervo probatorio existe suficiente prueba sobre la mínima importancia que en el mercado nacional e internacional del banano tiene la producción de las sociedades investigadas, el cual dada su mínima cantidad, no alteró el mercado; o generó alguna situación de monopolio.

“(…)”.

QUINTO: Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, en el presente acto serán resueltos todos los aspectos señalados y los que surgieren con ocasión de los recursos presentados.

Para tal efecto, atendiendo a los principios de economía y celeridad que gobiernan la actuación administrativa,²⁸ se resolverán de manera conjunta los recursos interpuestos, en los siguientes términos:

1. Alcance del deber de información previa
1.1 la interpretación literal no otorga una solución

A criterio de la doctora Marulanda Calero, la interpretación finalística del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 resulta improcedente, pues según advierte, "...el tenor literal de la norma es claro". Así, tras citar la definición literal de cada una de las palabras que integran el precepto analizado, señala: "...Proban y las empresas productoras de banano no son competidores, se dedican a actividades económicas diferentes y su único factor de conexidad es el banano, pero en ningún momento se puede considerar que se dedicaran a la 'misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora' como lo exige la norma". Bajo esta perspectiva considera que "las operaciones que impliquen integraciones verticales, como este caso no son informables".

Disiente este Despacho de la anterior apreciación pues, como se explicara enseguida, cuando la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a los buscados por la misma, lo que sigue es una interpretación sistemática finalística. Por lo demás, el supuesto del que parte el artículo 27 del Código Civil no es "[c]uando el tenor literal de la norma es claro", como en forma errada sostiene la apoderada, sino "[c]uando el sentido de la ley sea claro", lo que tiene un connotación diferente.

Ahora bien, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, establece que "Las 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". **Dicha norma admite cualquiera de las siguientes lecturas:**

- Una primera, en virtud de la cual el uso de la expresión "la misma actividad" está referido a "...un artículo determinado, materia prima, mercancía o servicios...", en cualquiera de las fases de la cadena, "productora, abastecedora, distribuidora o consumidora". Bajo esta lectura, las actividades se incluyen en la norma de manera enunciativa, con lo cual, no se requiere que las empresas intervinientes participen de la misma actividad, sino que estén relacionadas con un mismo producto.
- Una segunda lectura, conforme a la cual las integraciones que deben informarse son aquellas en que intervengan empresas no sólo que estén relacionadas con un mismo producto, mercancía o servicio, sino que adicionalmente lo hagan en un mismo nivel de la cadena, ya sea en la fase productora, abastecedora, distribuidora o consumidora; con lo cual el deber de información previa estaría limitado a las operaciones entre competidores.

²⁸ Artículo 3° del Código Contencioso Administrativo.

Como se observa, ambas formas tienen sustento en el tenor literal de la disposición, sin embargo las conclusiones que derivan de una u otra son bien diferentes. Precisamente, la ambigüedad en su redacción es la que hace que este Despacho se incline por la primera lectura, y que la impugnante haga lo propio con la segunda, pero si realmente el sentido de la norma fuera claro, no estaríamos en la discusión que ahora se suscita.²⁹

La incertidumbre frente al punto es mayor, ya que **la norma a que nos estamos refiriendo en ninguna parte circunscribe su aplicación a empresas que sean competidoras, ni tampoco excluye de la misma a empresas que no lo sean**, razón además para considerar que la exégesis no constituye la solución para desentrañar el punto que nos interesa, y que es necesario apelar a otros métodos de interpretación en aras de establecer el verdadero alcance de la disposición.

1.2 La finalidad del control previo de integraciones

De acuerdo con la Constitución Política “[l]a libre competencia es un derecho de todos que pone responsabilidades ... el Estado, por mandato de ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas abusen de su posición dominante en el mercado nacional”.³⁰ El anterior precepto, pone de relieve una finalidad preventiva en la actividad del Estado, frente al cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia.

En relación al punto concreto, la Ley 155 de 1959, concordante con el Decreto 1302 de 1964, advierte que deberá objetarse una operación de integración “[s]i tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia”,³¹ lo que permite ratificar que el control ex ante de integraciones tiene como propósito fundamental, mantener el mercado libre de restricciones indebidas.

Ahora bien, **visto que el objetivo del control previo de integraciones es eminentemente preventivo, y que tanto una operación de tipo horizontal como una vertical pueden confluir en una restricción indebida de la competencia, lo que fuerza concluir es que ambas operaciones están inmersas en el deber legal de información previa**, si concurren los demás supuestos previstos en la norma.

Lo expuesto hasta aquí cobra fuerza, si se tiene en cuenta que cuando el Decreto 2153 de 1992 confiere al Superintendente de Industria y Comercio la facultad de “*Pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas*”,³² no restringe el ejercicio de esta atribución a un tipo específico de integraciones, y bien sabido que donde el legislador no ha hecho distinciones, no les dable al interprete hacerlas.

²⁹ “Una ley es clara en la medida en que establezca certeza sobre los puntos determinantes de la conducta social; criterios que elucidan y no que obscurecen el entendimiento”. Corte Constitucional, Sentencia C-556 de 1994.

³⁰ Ver artículo 333 Constitución Política.

³¹ Ver: Párrafo 1° del artículo 4 de la Ley 155 de 1959, y artículo 5 del decreto 1302 de 1964.

³² Decreto 2153 de 1992; artículo 4°, numeral 14.

En todo caso, sería un contrasentido que únicamente las operaciones horizontales de integración tuvieran que informarse, cuando se ha establecido que en determinadas ocasiones, un proceso de integración vertical puede también generar o reforzar la posición de dominio en un mercado, con consecuencias claramente desfavorables para los intereses de los consumidores y de los demás competidores.

Por ello creemos, como ha dicho la Corte Constitucional, 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-finalística”³³

Dilucidar, como hace la recurrente, el sentido de la norma a partir de la definición semántica de cada una de las palabras que la integran, no es el procedimiento adecuado, pues como dijera la Corte, con ocasión de una demanda de inexequibilidad, en la que el demandante utilizaba el mismo procedimiento de análisis:³⁴

“No puede el intérprete, sencillamente, remitirse a la definición que para cada término utilizado por el Constituyente o el legislador señala el diccionario; ello sería reducir el ejercicio hermenéutico a una mera confrontación de carácter semántico, insuficiente, desde todo punto de vista, para delimitar y definir el alcance de las disposiciones constitucionales.

“(…)”

“La elaboración de la ley por parte del legislador debe apoyarse en una interpretación sistemática de los preceptos de la Constitución, de manera tal que las normas que produzca conduzcan a la realización plena de todas y cada una de sus disposiciones, pues el contenido de unas no puede superponerse o excluir el contenido de otras; (…)”³⁵

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-011 de 1994.

³⁴ Según consta en la sentencia, el demandante “[s]e remite al artículo 2 de la ley 99 de 1993, norma a través de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, señalando que a dicho organismo la misma norma le atribuyó, de forma exclusiva, las funciones de ‘definir las políticas y regulaciones’ en materia de protección y preservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, lo cual en su criterio lo limita, de acuerdo con la definición del término contenida en el diccionario, a ‘ordenar o controlar’, no a reglamentar, función que, de acuerdo con su interpretación, es exclusiva de los concejos municipales.

“Similar análisis hace de la función de ‘evaluación’ asignada a las corporaciones autónomas regionales, consignada en el artículo 31 de la ley 99 de 1993, la cual considera que excluye, de acuerdo con el diccionario, cualquiera otra diferente a la de ‘comprobar, inspeccionar, fiscalizar o intervenir’, lo que le impide, en su opinión, reglamentar cualquier aspecto de la materia, en tanto esa función el Constituyente la reservó para las corporaciones de elección popular en los municipios”. Corte Constitucional, Sentencia C-534 de 1996.

³⁵ Ibidem.

La siguiente sentencia, ratifica la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional, al considerar:

"[E]l tenor literal de la ley no puede enfrentar con éxito las exigencias derivadas de una aplicación del derecho conforme a la Constitución, porque las normas de la Carta son de textura abierta; ellas buscan dar espacio a múltiples concepciones de la vida y la sociedad.

Bajo estas consideraciones, debe admitirse que los funcionarios públicos se enfrentan a un marco interpretativo dentro del cual están, prima facie, en libertad de seleccionar la opción hermenéutica (sentido normativo) que consideren ajustada al texto positivo, tanto Constitucional como legal. El carácter prima facie de la autonomía interpretativa del funcionario, se deriva de la existencia de funciones institucionales para fijar los sentidos admisibles de un texto legal o constitucional. (...).³⁶

Con fundamento en lo anterior, se aparta este Despacho de la interpretación aducida por la impugnante en su recurso, y ratifica lo manifestado en la resolución 21820 de 2004, en el sentido que el deber de información previa recae sobre cualquier tipo de integración, ya sea horizontal o vertical, si concurren los demás supuestos previstos por la norma.

2 La operación adelantada

La Ley 155 de 1959 establece que las empresas deberán informar las operaciones que proyecten llevar a cabo "[p]ara el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí – agregando- sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración", lo que pone de manifiesto que la norma presta atención al efecto, esto es, a la integración que se presente en el mercado, y no al instrumento de que se valgan las empresas para tal propósito.

Ahora bien, tal y como se señalara en el acto objeto de recurso, entre Proban y las agropecuarias Bahía Grande, Montecristo, Río León, Bebará, Fronteras y Buritaca tuvo lugar una integración. Esta situación se materializó cuando Proban adquirió de Patrimonio la totalidad de las acciones de la sociedad Arizona, quien era controlante de las agropecuarias mencionadas. De modo, pues, que el vehículo de la integración fue la adquisición de las acciones de Arizona por parte de Proban, lo que le permitió a esta última hacerse al control indirecto de las agropecuarias. En esa medida, el supuesto fáctico que sirvió de sustento a la apertura de la investigación, guarda congruencia con lo manifestado en el acto final.³⁷

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1122 de 2001.

³⁷ Según se señalara en la resolución 25186 de 2002, por la cual se abrió la correspondiente investigación; "La 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 Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A., Agrícola Buritaca S.A., El Camello del Caribe S.A., Palmicol S.A., que si

Aunque las agropecuarias no intervinieron en el negocio celebrado entre Proban y la sociedad Patrimonio, para la transferencia de dominio de las acciones de la sociedad Arizona, no puede negarse que terminaron integradas a causa de esta operación. Por ello, siendo que las empresas agropecuarias quedaron bajo el control de Proban por la vía ya indicada, debía informarse tal situación, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Ley 155.

Por consiguiente, no era necesario que las agropecuarias sancionadas hubieran hecho algún negocio específico con Proban, para que quedaran integradas con ella, pues está visto que la adquisición de las acciones de Arizona, trajo ese efecto en el mercado. Por esa misma razón, no podía ser objeto de sanción la sociedad Arizona, pues aunque también quedó bajo el control de Proban, no se vio integrada horizontal, ni verticalmente, dada la naturaleza de su objeto.

De otra parte, en cuanto hace al interrogante del doctor Jiménez Betancur, de por qué no se vinculó a la sociedad Patrimonio después de haber establecido que fue ella quien le enajenó las acciones de la sociedad Arizona a Proban, debemos contestar, siguiendo el mismo razonamiento, que dicha sociedad no se integró con Proban al haberle transferido las acciones de Arizona, motivo por el cual no era destinataria del deber legal de información previa.

Se reitera, entonces, que las empresas agropecuarias no obstante no haber participado en forma directa de la transacción de las acciones de Arizona, terminaron bajo el control de Proban a causa de la misma,³⁸ lo que de suyo supone la realización de una integración. En ese sentido, discrepa nuevamente este Despacho de lo manifestado por el doctor Jiménez Betancur, en cuanto no puede decirse que las agropecuarias sancionados fueron el "sujeto pasivo de una posible infracción legal", pues fueron precisamente esas sociedades las que terminaron integradas con Proban y, por lo mismo, eran destinatarias del deber de información previa, como seguidamente pasamos a exponer:

3 Los destinatarios del deber de información previa

La apoderada de Proban y de su representante legal, insiste en que las empresas investigadas no eran las destinatarias del deber contenido en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, señalando que "[r]especto a este punto, el Despacho no hizo ninguna referencia concreta en la resolución 21820 de 2004 por lo que requerimos su pronunciamiento al respecto".

En relación a lo anterior, es importante aclarar que en el acto impugnado se estableció expresamente que los destinatarios del deber de información son las empresas que vayan

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

³⁸ El control ha sido definido como: "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". Decreto 2153 de 1992, artículo 45, numeral 4°.

a integrarse, como consecuencia de la integración que se proyecta. En este sentido se manifestó:

"La Ley 155 de 1959 impone un mandato de conducta,³⁹ 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,⁴⁰ 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 '[f]usionarse, 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.⁴¹

Agregando en el párrafo siguiente,

"[E]n 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 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".⁴²

Así, como antes se dijo y ahora se ratifica, quienes están obligados a cumplir con el aviso previo son las empresas que vayan a "[f]usionarse, consolidarse o integrarse entre sí", como consecuencia de la operación que se proyecta. Por consiguiente, cuando ese deber es desatendido, los responsables no pueden ser otros, que quienes tenían la obligación de informar y no lo hicieron.

³⁹ El Código Civil ha establecido que el carácter general de la ley consiste en mandar, prohibir, permitir o castigar. Código Civil; artículo 4.

⁴⁰ 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."

⁴¹ Ver resolución 21820 de 2004, considerando cuarto, punto 3.5, págs. 21 y 22.

⁴² *Ibidem*.

En el caso concreto, al margen de si las empresas agrícolas intervinieron o no en la venta de las acciones de la sociedad Arizona,⁴³ lo cierto es que acabaron integradas con Proban, como se expresara en la resolución 21820 de 2004, bajo los siguientes términos:

"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".⁴⁴

En esa medida, que la referida integración se haya originado en una compraventa de acciones entre Proban y Patrimonio, y no en una compraventa entre Proban y Arizona, resulta irrelevante frente a la responsabilidad que se analiza, ya que el objeto de la investigación estuvo relacionado con la integración entre Proban y las agropecuarias sancionadas. Acorde con este planteamiento, se limitó la responsabilidad en función, no de las empresas entre las cuales se llevó a cabo la compraventa de acciones, sino de las que terminaron integradas a causa de la misma.

En todo caso, las agrícolas no eran extrañas a la compra de las acciones de la sociedad Arizona, pues todas sin excepción, eran accionistas de Proban y, por ende, miembros de su Asamblea General de Accionistas, donde precisamente se discutió y aprobó la compra de las acciones de Arizona. Adicionalmente, la sociedad Patrimonio era el único accionista de Arizona, lo que confería la participación en los órganos decisorios de esta última, y por extensión, en los de sus filiales, como eran las agrícolas. Luego, la compra de las acciones de Arizona por parte de Proban, era una realidad a la que no escapaban las agrícolas, como aducen los recurrentes.

En tal virtud, Proban y las agropecuarias estaban obligadas a dar aviso de la integración que llevaron a cabo, y al pasar por alto este deber, sencillamente incumplieron la obligación contenida en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

4 Los efectos de la operación en el mercado no son presupuesto para el aviso.

El doctor Jiménez Betancur manifiesta que si son los efectos de la operación en el mercado los que determinan la necesidad de su información, deberá excluirse la responsabilidad de todos los investigados, como se hizo en el caso de las empresas El Camello del Caribe Ltda. y Palmicol S.A. En sentido, agrega que la SIC "...cita una certificación expedida por AUGURA, donde informa cual era el porcentaje de participación de las sociedades involucradas, en el mercado bananero nacional, el cual es mínimo e insignificante, y que es mucho mas, cuando se mira en el contexto internacional".

Posteriormente señala el apoderado, que la finalidad prevista del trámite de integraciones "[e]s que se habilite a la entidad para no autorizar aquellas que aquellas -operaciones- que restringen indebidamente la competencia", y tras citar apartes de un texto referente a las

⁴³ Agropecuaria Bahía Grande, Agrícola Montecristo, Agrícola Río León, Agropecuaria Bebará S.A., Agropecuaria Fronteras S.A. y Agrícola Buitaca,

⁴⁴ Ver resolución 21820 de 2004, considerando cuarto, punto 3.3 "La operación adelantada, pág. 20.

integraciones horizontales, manifiesta: "Cómo se puede concluir fácilmente de la descripción de los hechos en su versión íntegra, ese es el caso de la operación que se investiga. No hubo ninguna variación de participes en el mercado. Ni horizontal ni verticalmente se variaron las condiciones precedentes"

En relación a los argumentos del apoderado, debemos hacer las siguientes precisiones:

- Aunque Palmicol y El Camello no fueron sancionados luego de demostrarse que estaban inactivos al momento de la operación, no fue porque esa circunstancia hiciera que la operación no tuviera efectos en el mercado, sino porque no cumplían la calificación de "empresa" establecida en la norma. Por tanto, dado que la integración es entre empresas, y Palmicol y El Camello claramente no lo eran, no estaban sujetos al deber de información previsto en la Ley 155 de 1959.
- El deber de información previa tiene lugar en tanto concurren los presupuestos contenidos en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, debiendo agregar que en ninguna parte se supedita el aviso de una operación a sus posibles efectos restrictivos sobre el mercado, pues éstos sólo podrán determinarse cuando la operación se estudie, para lo cual requiere que se avise, y de otra parte, por cuanto la ley establece una consecuencia para estos eventos, que es la objeción de la operación.⁴⁵
- Cuando se hizo referencia a la certificación expedida por AUGURA, era para señalar que la empresa Proban, contrario a lo manifestado por su apoderada, sí participa del mercado nacional y, en esa medida, estaba bajo los supuestos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959.

5 La nulidad procesal

La apodera de Proban solicita como *pretensión subsidiaria*, dentro del recurso de reposición presentado contra la resolución 21820 de 2004, "Que el señor Superintendente de Industria y Comercio se pronuncie concretamente de éste cargo y declare la nulidad de la resolución 25186 de 2002 de la misma 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 celebrada, según la SIC, entre C.I. Promotora Bananera S.A., en adelante Proban y Arizona Investment Corporation, lo que acarrea una violación, a su vez, del debido proceso". (Subrayado no hace parte del texto original)

En relación a este punto, es importante hacer las siguientes observaciones:

5.1 Improcedencia de la solicitud a través de un recurso de reposición

Según establece el Código Contencioso Administrativo:

"Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

⁴⁵ Ver artículo 5° del Decreto 1302 de 1964.

"1) El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.

"(...).

"Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla".⁴⁶ (Resaltado nuestro)

De la norma citada, se desprende, como ha reconocido la jurisprudencia:

- Que los recursos de la vía gubernativa proceden contra los actos administrativos, particularmente contra aquellos que pongan fin a una actuación administrativa.
- Que el recurso de reposición se interpone contra el mismo funcionario que "tomó la decisión".
- Que la finalidad del recurso de reposición no puede ser cualquiera, sino que debe ajustarse a las definidas por la ley, esto es, para que se "aclare, modifique o revoque" el acto que se impugna.
- Que debe existir congruencia entre el acto que se impugna y el recurso.

Bajo estos parámetros, la pretensión subsidiaria del recurso de Proban está llamada a no prosperar, en cuanto no se dirige, como debería ser, a que se aclare, modifique o revoque el acto que puso fin a la actuación adelantada, sino a que se declare la nulidad del acto que dio inicio a la investigación, como a toda la actuación en general. Luego, es evidente que entre el mecanismo procesal utilizado -"interpongo recurso de reposición contra la resolución 21820 de 2004"- y la pretensión subsidiaria, no existe congruencia.

5.2 Se trata de una solicitud que la Administración ya atendió

Al margen de lo manifestado en el punto anterior, no puede perderse de vista que los cargos de nulidad a que se refiere la apoderada en su recurso, ya habían sido alegados por ella y resueltos por esta Entidad en su momento, como a continuación se relaciona.

Mediante escrito radicado bajo número 02058916-10017 y de fecha 28 de junio de 2003, la doctora Patricia Marulanda, haciendo su primera aparición en el proceso, solicitó la nulidad de lo actuado, con los mismos términos e igual fundamentación a la que utiliza ahora. Es de señalar que la solicitud de nulidad fue resuelta por esta Entidad por medio de la **Resolución 30929** del 21 de octubre de 2003.

Ahora bien, en contra de la decisión adoptada en la Resolución 30929 de 2004, la apoderada interpuso recurso de reposición mediante escrito radicado bajo número 02058916-10022 de fecha 21 de noviembre de 2004; Paralelamente presentó una solicitud de nulidad en contra de la citada Resolución 30929. Cabe señalar que el recurso de reposición fue resuelto a través de la **Resolución 00380** del 16 de enero de 2004, al paso que la solicitud de nulidad se resolvió por medio de la **Resolución 00399** del 19 de enero de 2004.

⁴⁶ Código Contencioso Administrativo: artículo 50.

Por consiguiente, respecto a aquellos aspectos de la nulidad que ya fueron aducidos por las investigadas y tratados por esta Entidad, deberá estarse a lo dispuesto en las citadas resoluciones, como quiera que continúan manteniendo su fuerza ejecutoria.

5.3 El acto final se pronunció frente al punto

En relación a las circunstancias de nulidad aducidas por la apoderada de Proban y de su representante legal, expresamente se manifestó en la resolución 21820 de 2004:

"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, (...)."

*"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".*

Los apartes transcritos ponen de presente que este Despacho sí se pronunció acerca de la pretensión de nulidad en el acto final, dejando constancia primero de su improcedencia, y advirtiendo luego, que aún en el supuesto de tenerse que revisar, tampoco estaba llamada a prosperar por las razones aducidas en la Resolución 30929 de 2003; la Resolución 00380 de 2004 y en la Resolución 00399 de 2004. En esa medida, la petición subsidiaria en que insiste la apoderada, cuando solicita que este Despacho se pronuncie "concretamente de este cargo", ya fue atendida en el acto final, motivo por el cual ante el desacuerdo frente a la decisión tomada, le correspondía expresarlo en el recurso, "[c]on expresión concreta de los motivos de inconformidad".⁴⁷

Por último, frente al punto aducido por la recurrente, según el cual la operación adelantada no dio lugar a una integración, en la medida que las agrícolas siempre le vendieron a Proban y ésta siempre adquirió la fruta para cumplir con sus compromisos internacionales, debemos mencionar que en el expediente no está demostrado ni lo uno, ni lo otro. Es decir, no está acreditado que las agropecuarias le vendieran **siempre** a Proban, ni tampoco que ésta les comprara **siempre** sus productos para el cumplimiento de los compromisos internacionales. De lo que si existen pruebas, es de que Proban desarrollaba para aquel entonces actividades comerciales en el territorio nacional, lo que implica que la operación que se revisa sí produjo efectos en Colombia.

⁴⁷ Código Contencioso Administrativo; artículo 52.

De cualquier manera, el hecho de que entre las agropecuarias y Proban hubiera existido una relación comercial fluida antes de la operación adelantada, de manera alguna implica que hayan estado integradas económicamente, como insinúa la apoderada.

Como corolario de lo manifestado en este punto, debemos señalar que la pretensión subsidiaria del recurso presentado por Proban y su representante legal es improcedente, por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo; por corresponder a un trámite ya decidido y ejecutoriado; por no ajustarse a la realidad de los hechos; pero sobre todo, porque los argumentos aducidos respecto a la falta de competencia de esta Entidad, han sido desvirtuados a lo largo de toda la actuación adelantada.

6 La responsabilidad de los representantes legales

Los argumentos que esgrime la apoderada del señor Santiago Uribe López en el recurso interpuesto, son *"literalmente"* los mismos que adujo en las observaciones presentadas al informe motivado. Así, dado que no existen razones nuevas que lleven a este Despacho a cambiar de parecer en torno a la responsabilidad del representante legal de Proban, debe ratificarse lo establecido en la Resolución 21820 de 2002, en el sentido que:

"... 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".⁴⁸

⁴⁸ Folios 527 a 530 del Cuaderno 1 del expediente.

"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".

De otra parte, 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., este Despacho acoge lo manifestado por su apoderado, en el sentido que en el expediente no existe prueba suficiente para colegir que autorizaron, ejecutaron o toleraron la integración entre sus respectivas empresas y Proban.

Frente a los señores Juan Guillermo Vélez Giraldo y Juan Antonio Vélez Saldarriaga no existe pruebas, como si sucede en el caso del representante legal de Proban, que comprometan su responsabilidad por la infracción a lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992. En esa medida, se procederá de conformidad en la parte resolutive de este acto, a revocar lo relativo a su responsabilidad.

7 La dosimetría de las multas

Aún cuando Proban y las bananeras son responsables de la misma conducta - *omitir el aviso de la integración realizada* -, no puede pasarse por alto que la primera obtuvo un mayor beneficio, al adquirir el control de las agropecuarias, mejorando su posición en el mercado, lo que explica que la multa impuesta haya sido mayor para Proban que para las agropecuarias individualmente consideradas.⁴⁹

Tras considerar los argumentos esgrimidos por la apoderada de Proban y de su representante legal, encuentra este Despacho que la operación adelantada no generó una indebida restricción a la competencia, como se pudo constatar por parte de esta Entidad. Esta circunstancia, aunada al hecho de que las demás operaciones llevadas a cabo fueron oportunamente informadas a esta Entidad, dejan entrever que no hay un ánimo persistente de pasar por alto el deber de información previa, y que los correctivos necesarios para que no vuelva a presentarse la conducta, ya han sido implementados.

Ahora bien, a pesar de que las agrícolas sancionadas no interpusieron recurso contra la decisión contenida en el acto que se revisa, este Despacho, tras considerar que los argumentos expuestos en el párrafo precedente son igualmente predicables para dichas empresas, decide reconsiderar en forma oficiosa, el monto de las sanciones impuestas.

En consecuencia, las multas quedarán así: la suma de ochenta millones de pesos (\$80.000.000.00) para C.I. Promotora Bananera S.A.; 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., la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000.00), y para el señor Santiago Uribe López tres

⁴⁹ Conviene señalar que el valor total de las multas impuestas a las empresas agropecuarias, fue el mismo que el fijado para Proban.

millones de pesos (\$3.000.000), como se dispondrá en la parte resolutive del presente acto.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. Confirmar el Artículo Primero de la Resolución No. 21820 de septiembre 1 del 2004.

ARTÍCULO SEGUNDO. Modificar el Artículo Segundo de la Resolución No. 21820 de septiembre 1 del 2004, el cual quedará de la siguiente manera:

"ARTICULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria por la suma de ochenta millones de pesos (\$80.000.000.00) a la sociedad C.I. Promotora Bananera S.A, y de quince millones de pesos (\$15.000.000.00) 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 Buritica 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 presente resolución"

ARTÍCULO TERCERO. Modificar el Artículo Tercero de la Resolución No. 21820 de septiembre 1 del 2004, el cual quedará de la siguiente manera:

"ARTÍCULO TERCERO: Declarar que Santiago Uribe López, representante legal de C.I. Promotora Bananera S.A., autorizó y ejecutó 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. Modificar el Artículo Cuarto de la Resolución No. 21820 de septiembre 1 del 2004, el cual quedará de la siguiente manera:

"ARTÍCULO CUARTO: Imponer al señor Santiago Uribe López, en su calidad de representante legal de C.I. Promotora Bananera S.A. una multa por valor de tres millones de pesos MCT (\$3.000.000.00), 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. Modificar el Artículo Cuarto de la Resolución No. 21820 de septiembre 1 del 2004, el cual quedará de la siguiente manera:

"ARTÍCULO QUINTO: Cerrar la presente investigación y abstenerse de sancionar a las empresas: Arizona Investment Corporation Inc., Palmicol S.A., El Camello del Caribe S.A., y las personas naturales: Primitivo Gil Herrera, Jorge Mario Rada Mejía, Juan Antonio Vélez Saldarriaga, Juan Guillermo Vélez Giraldo y Juan Antonio Vélez Saldarriaga, por los hechos materia de investigación.

ARTÍCULO SEXTO. Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora PATRICIA MARULANDA CALERO, en su condición de apoderada de la sociedad C.I. Promotora Bananera S.A. y del señor Santiago Uribe López, o a quien haga sus veces; al doctor JORGE IVAN JIMENEZ BETANCUR, como apoderado de los señores Juan Guillermo Vélez Giraldo y Juan Antonio Vélez Saldarriaga, 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 Buritica S.A., o quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **23** NOV. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificaciones:

Doctora:

PATRICIA MARULANDA CALERO
C.C. No. 31.163.503 de Palmira (Valle).
Apoderada
C.I. PROMOTORA BANANERA S.A.
Nit. No. 8909333269
SANTIAGO URIBE LOPEZ
C.C. No. 71.578.863
Carrera 11 No. 93-53, Ofc. 402
Bogotá D.C.

Doctor:

JORGE IVAN JIMENEZ BETANCUR
C.C. No. 71.623.205 de Medellín (Ant.).
Apoderado
JUAN GUILLERMO VELEZ GIRALDO
C.C. No. 70.099.250 de Medellín
JUAN ANTONIO VELEZ SALDARRIAGA
C.C. No. 70.072.053 de Medellín
Calle 16 B sur No. 42-97
Medellín (Antioquia).

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.
Diagonal 47 A No 16 A – Sur – 49
Medellín – Colombia