



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

RESOLUCIÓN NÚMERO- 30193 DE 2006
(14 NOV. 2006)

Radicación No. 01057498

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En ejercicio de las facultades conferidas por el Código Contencioso
Administrativo y el decreto 2153 de 1982 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, esta Superintendencia impuso multa a las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A., PROCESADORA DE ARROZ LTDA., ARROZ DIANA S.A. y UNIÓN DE ARROCEROS S.A., tras declarar que incurrieron en la conducta descrita en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Igualmente impuso multa, entre otros, al señor ANÍBAL ROA VILLAMIL, al tenor de lo dispuesto por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado bajo el número 01057498 – 00020103 del 22 de septiembre de 2005, el doctor SAÚL SOTOMONTE SOTOMONTE, quien para la época ostentaba la calidad de apoderado de las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A y del señor ANÍBAL ROA VILLAMIL, presentó recurso de reposición contra la citada resolución.

TERCERO: Que el 17 de noviembre de 2005, mediante escrito radicado ante esta Entidad bajo el número 01057498 – 00020114, el doctor JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, actuando como nuevo apoderado de las personas arriba citadas, solicitó el "retiro" del recurso de reposición interpuesto por su antecesor.

CUARTO: Que en respuesta a la anterior petición, el 9 de diciembre de 2005 mediante comunicación No. 01057498 – 0020120, esta Superintendencia señaló: *"El retiro de los recursos en vía gubernativa no se encuentra autorizado por las normas que rigen las actuaciones administrativas que adelanta esta Superintendencia..." (...)* *"Ahora bien, si el alcance legal de su solicitud consiste en desistir del recurso interpuesto por sus poderdantes contra la resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, sírvase hacer claridad al respecto mediante escrito dirigido a esta Entidad."*

QUINTO: Que el doctor MONTEALEGRE ESCOBAR, mediante escrito radicado el 14 de diciembre de 2005, solicitó la revocatoria directa de la Resolución No.

22625 del 15 de septiembre de 2005 y en el mismo escrito pidió que se practicaran unas pruebas.

SEXTO: Que el 1 de febrero de 2006, la Superintendencia se pronunció sobre las pruebas aportadas, entre otros, en el recurso de reposición al que alude el considerando segundo del presente acto administrativo.

SEPTIMO: Que el 8 de febrero de 2006, el doctor MONTEALEGRE ESCOBAR interpuso recurso de reposición contra el numeral 1.1. del auto al que hace referencia el considerando anterior.

OCTAVO: Que mediante resolución No. 3151 del 15 de febrero de 2006, esta Superintendencia rechazó, por improcedente, la solicitud de revocatoria directa a la que se hizo mención en el considerando quinto de esta providencia.

NOVENO: Que el 15 de marzo de 2006, el doctor MONTEALEGRE ESCOBAR interpuso acción de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio, por presunta vulneración al debido proceso y solicitó que se le ordenara decidir de fondo la solicitud de revocatoria directa presentada en nombre de sus representadas, previa valoración de las pruebas aportadas con la misma.

DÉCIMO: Que mediante fallo notificado el 3 de abril de 2006, el juez de tutela ordenó a esta Superintendencia dejar sin efectos las decisiones adoptadas con posterioridad a la notificación de la resolución N 22625 de 2005 (*“oficio de diciembre 9 de 2005 por el cual se rechazó el retiro del recurso de reposición, ... Resolución N. 03151 de febrero 15 de 2006 por la cual se rechazó por improcedente la solicitud de revocatoria directa, ...”*) y ordenó *“dar trámite a la solicitud de la revocatoria directa impetrada por el accionante...”*

DÉCIMO PRIMERO: Que no obstante haber impugnado el anterior fallo, para dar cumplimiento a la orden del juez de tutela esta Superintendencia expidió la resolución N. 17963 del 6 de julio de 2006 en virtud de la cual resolvió la solicitud de revocatoria directa interpuesta por el apoderado Montealegre Escobar.

DECIMO SEGUNDO: Que mediante sentencia notificada el 6 de octubre de 2006, el ad quem revocó íntegramente el fallo de primera instancia, dejando sin efectos las *“actuaciones que implementó la demandada, en aras de cumplir la orden de tutela dictada en primera instancia”*. Por lo anterior, adquiere efectividad el auto de diciembre 9 de 2005 mediante el cual esta entidad se abstuvo de aceptar “el retiro” del recurso de reposición y queda sin efectos la resolución N. 17963 de 2006 reseñada en el considerando anterior.

DECIMO TERCERO: Que en consecuencia, procede este Despacho a desatar el recurso que en su oportunidad interpuso el primer apoderado de las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A. y del señor ANIBAL ROA VILLAMIL, doctor SAUL SOTOMONTE SOTOMONTE, el cual se fundamenta en los argumentos siguientes:

13.1. Nivel de participación en el mercado

Argumentos del recurrente

Arguye el recurrente que la participación del mercado está mal calculada, y por ende la conclusión del Despacho en cuanto al alto poder de influencia que tienen las investigadas en la zona centro, es equívoco.

Sobre el particular, manifiesta *"Según el gráfico No. 1° teniendo en cuenta por el Despacho, y que aparece a folio 17 de la resolución, mis representadas representan el 38.14% dentro de las 25 empresas de arroz a nivel nacional. Sin embargo, si se verifica la información suministrada por Fedearroz, de acuerdo al porcentaje de la cuota cancelada que es la base de la operación para el año 2004, los dos Molinos no representan sino el 20.20% dentro del mismo Universo, quedando Arroz Roa con un 11.45%, y Flor Huila 8.75% (...)"*

En adición, se afirma en el recurso, que *"la no supremacía de mis representadas en el mercado es aceptada por ese despacho cuando a folio 31 afirma:*

"la iniciativa no siempre proviene del mismo molino, lo que descarta un seguimiento al líder, que para el caso debería ser Roa y Florhuila, dada su participación mayoritaria tanto en ventas de arroz blanco empaquetado, como en compra de arroz paddy verde".

Consideraciones del Despacho

En punto a la participación de las investigadas en el mercado, sea lo primero señalar que el cálculo efectuado por esta Superintendencia con base en el volumen de ventas cuyos resultados, por contera, fueron corroborados con el índice de Herfindahl y Hirschman, le permitió concluir que existe una estructura concentrada de venta de arroz empaquetado que "necesariamente se refleja en la demanda de materia prima". Este aspecto es generalmente verificado por las autoridades de competencia en las investigaciones que adelantan por prácticas comerciales restrictivas, como quiera que las altas participaciones en el mercado generan una mayor propensión a la práctica de acuerdos colusorios.

Ahora bien, pueden utilizarse otras variables para efectuar el análisis de concentración, los cuales sin embargo deben reflejar conclusiones idénticas, desde luego siempre que se parta del mismo mercado relevante. En el caso en estudio, la diferencia en el resultado del análisis sobre la participación en el mercado de las investigadas a la que alude el escrito contentivo del recurso, obedece a que se olvidó por parte del autor, que el mercado relevante definido en la investigación es el de la zona centro y no el mercado nacional.

Por ello, aún partiendo de la cuota de fomento arrocero, la conclusión sobre el nivel de concentración sigue siendo idéntica, pues tales cifras aplicadas al mercado de la zona Centro (mercado relevante), permiten concluir que las empresas Roa y Flor Huila tenían durante el año 2004 la mayor cuota de mercado, el 36,4%, y que conjuntamente considerada, la cuota de participación de la totalidad de las empresas a las que alude la resolución recurrida resulta significativa, pues equivale al 71.6%, por lo que la posibilidad que tienen de influenciar las condiciones del mercado de arroz paddy verde en la zona centro es irrefutable.

En tal sentido, el documento suministrado por la Federación Nacional de Arroceros que contiene el listado de los pagos de la cuota de fomento arrocero 2004 que reposa en el expediente, no modifica las conclusiones antes anotadas.

Es claro entonces que el mercado de arroz paddy verde en la zona Centro se encuentra altamente concentrado desde el punto de vista de la demanda, asimilándose su estructura a la de un oligopsonio y en tal medida las empresas investigadas tienen la posibilidad de determinar las condiciones del mercado, lo que facilita una colusión.

Aún en el evento de que se partiera de las cifras que el recurrente pretende, no emerge duda alguna respecto de la existencia de una concentración en el mercado de arroz paddy verde en la zona centro; por ello, la evaluación del comportamiento de los precios para verificar si existe o no un paralelismo y el análisis que ha de hacerse a fin de establecer la existencia de racionalidades económicas o la ausencia de ellas, se hace indispensable para establecer si la conducta es o no colusoria, tal como lo hizo la Superintendencia en el caso examinado.

Es procedente aclarar, en adición, que lo afirmado por este Despacho en la resolución de sanción respecto de que la iniciativa de la modificación del precio no siempre proviene del mismo molino, no confirma – como pretende el recurrente- que sus representadas no tengan poder de mercado. Tal afirmación solamente descarta que se haya producido el seguimiento a un líder, pero ello no significa en manera alguna que no exista concentración en el mercado de compra de arroz paddy verde, misma que el recurrente pretende cuestionar. Mas aún, la resolución recurrida señala: *“la iniciativa no siempre proviene del mismo molino, lo que descarta un seguimiento al líder, que para el caso debería ser Roa y Florhuila, dada su participación mayoritaria tanto en ventas de arroz blanco empaquetado, como en compra de arroz paddy verde”*. (subraya ajena al texto original). Ahora bien, tal afirmación tampoco desvirtúa la existencia de un acuerdo. Antes por el contrario, la ausencia de un líder pone de presente la conducta paralela entre todos los investigados.

Por último señala este Despacho que el estudio de Fedesarrollo valorado en el acápite 4.4.7 de la resolución recurrida, permite concluir que en el mercado relevante se presentaron los elementos teóricos que permiten identificar la existencia de un acuerdo.

13.2 Los precios

Argumentos del recurrente

Aduce el recurrente, en primer término, que la Superintendencia *“parte de la base de que por existir proximidad en los precios establecidos por la lista de precios de cada uno de los molinos se da una identidad en los mismos y por ende la infracción”*.

A renglón seguido, expone algunas razones para demostrar que la proximidad en los precios no supone una identidad en los mismos ni mucho menos una infracción, así:

- *La lista de precios es tan sólo un indicativo que sirve de base al precio real de compra.*
- *La variación en los precios no opera simultáneamente, sino por tratarse de una operación que se hace día a día son los mismos agricultores quienes divulgan el nivel de los precios base y de está (sic) manera aproximan las distintas opciones.*
- *Los precios reales de compra son los que aparecen en las facturas, en las cuales en un mismo Molino dentro de un mismo período se encuentran diferencias que si bien individualmente consideradas no son importantes, en la sumatoria total son muy representativas.*
- *Los precios necesariamente tienen a coincidir porque se trata del mismo producto, de los mismos productores y los mismos compradores y para mayor ilustración de la misma zona (...) por tratarse de una zona deficitaria durante todo el año, toda la producción que se ofrece se compra ..."*

Consideraciones del Despacho

El análisis en la investigación se efectuó con los precios base de compra de arroz paddy verde fijados al interior de cada uno de los Comités de Compras de las investigadas. Aunque sobre esos precios los industriales efectúan ajustes por conceptos tales como humedad del arroz e impurezas, tales precios se tomaron como punto de partida del análisis porque constituyen la base de liquidación del precio a los agricultores. En relación con las facturas aportadas como prueba con el recurso, con las cuales el recurrente pretende demostrar la diversidad en los precios reales de venta, es menester recordar que el año 2005 al cual corresponden las facturas de Roa, no fue objeto de investigación. En cuanto a las facturas de Flor Huila, éstas muestran que el valor de la carga de 125 kg coincide con los precios analizados por el Despacho, con algunas excepciones.

De acuerdo con lo anterior el acuerdo de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela realizado entre las empresas investigadas, no resultaría desvirtuado con el argumento de que tales precios no son los precios reales de compra.

Ahora bien, afirmar que los precios deben coincidir puesto que se trata del mismo producto, de los mismos productores, los mismos compradores y la misma zona, no es exacto en términos económicos, cuando se evidencia, como ocurrió en el caso en estudio, que las variaciones no correspondían a las leyes del mercado. En efecto, el paralelismo de precios puede encontrar explicación en la ciencia económica, de suerte que no es procedente concluir por ese solo hecho, la existencia de conductas colusorias. Empero, la identidad del comportamiento en los precios de varios competidores que no pueda ser explicada de modo natural por la propia estructura y las condiciones de competencia de mercado, induce a establecer la existencia de un acuerdo entre los distintos operadores.

En ese sentido, siempre que no aparezcan demostradas las racionalidades económicas que expliquen el aludido comportamiento de los precios, debe concluirse que este es el fruto de una actuación conjunta y mancomunada de las varias empresas para distorsionar el mercado, en tanto que tal comportamiento

no podría ser obra del azar.

Es entonces esa sumatoria de circunstancias –identidad de comportamiento de los precios entre distintos competidores y ausencia de racionalidades económicas- las que permiten inferir a la autoridad de competencia, la existencia de un acuerdo. Y esa precisamente es la situación de las empresas sancionadas, en tanto que las variaciones en sus precios no correspondían a las leyes de la oferta y la demanda que son las que deben regir las condiciones del mercado.

Por lo anterior, la similitud del producto, la cercanía de los agentes y la identidad de compradores no son, en manera alguna, circunstancias que expliquen el comportamiento a la vez similar y atípico de los precios de todas las empresas sancionadas en el acto administrativo impugnado.

13.3 Las racionalidades económicas

Argumentos del recurrente

Con miras a desvirtuar la ausencia de racionalidades económicas, el libelista sostiene que:

- El comportamiento del mercado en el primer semestre de 2004 no obedeció a parámetros tradicionales, pues ante la expectativa de una escasez, los precios aumentaron *"y a la altura del mes de Febrero de 2004 pasaron a la baja por que (sic) se comprobó que no era cierta tal escasez"*.

En adición, arguye que *"El año 2004 fue el más abastecido en producción, sin tener en cuenta el efecto que en el mercado tuvo el contrabando y la importación de arroz que no fue de 4.268 toneladas como se afirma en la resolución con una incidencia el 2% , sino de 48.000 toneladas de las 100.800 autorizadas, con una incidencia aproximada del 20%."*

- *"Se debe tener en cuenta que en los costos totales de los varios molinos la materia prima se aproxima a un 90% de los mismos, lo que hace que los precios de mercado se aproximen."*
- *"El análisis de la situación no puede hacerse tan sólo sobre un semestre sino se debe tener en cuenta todo el año."*
- *"En la resolución se analiza bajo los mismos parámetros los márgenes de rentabilidad de unos y otros como si ellos tuvieran que coincidir. Una empresa es Uniarroz y otra es Roa y Flor Huila"*
- *"De igual manera en la providencia se da el mismo tratamiento en el tema de la financiación a los cinco molinos. En ningún momento aparece probado que quienes reciben en financiación de mis representadas estén obligados a venderles sus cosechas."*

Consideraciones del Despacho

A continuación, este Despacho procederá a desvirtuar los hechos que el recurrente alega como constitutivos de racionalidades económicas para explicar la similitud en los precios.

Respecto de las expectativas de las investigadas, se pronunció ampliamente esta Superintendencia en los numerales 4.4.2 y 4.4.3. de la Resolución 22625 de 2005. Sin embargo, una vez evaluados los niveles de inventarios y de compras, se pudo determinar que contrario a lo afirmado por el recurrente, éstas variables mostraron un comportamiento que no obedeció a las expectativas planteadas desde el segundo semestre de 2003, ya que si se creía que habría escasez de materia prima durante el primer semestre de 2004, los niveles de compras y de inventarios deberían haberse incrementado, no obstante lo cual la tendencia que se presentó fue contraria a ésta proyección. En efecto, si verdaderamente se hubiera presentado una presión competitiva derivada de la posibilidad de desabastecimiento, ésta se habría visto reflejada en un incremento en los precios, y no en la tendencia decreciente que se observó desde el 23 de febrero de 2004 y hasta el final del período investigado.

En el mismo sentido, las expectativas no pueden explicar que las empresas investigadas hayan presentado precios y variaciones casi idénticas. Tal como lo ha expresado este Despacho, tales coincidencias no son fruto del azar ni son mera casualidad; por el contrario, obedecieron a una práctica concertada entre las investigadas. Por lo anterior, las expectativas alegadas no tuvieron incidencia sobre las determinaciones de precios adoptadas por cada una de las empresas investigadas.

Ahora bien, las importaciones realizadas por los molinos investigados así como las cifras de contrabando, permitieron a esta Entidad concluir en el curso de la investigación, que los niveles de oferta de materia prima arroz paddy verde no se vieron incrementados en el período analizado, y que por lo tanto el efecto de las mencionadas importaciones sobre la determinación del precio de arroz paddy verde fue poco significativo.

Frente a la explicación según la cual el costo de la materia prima de los cinco molinos sancionados se constituye en el 90% del total de sus costos, lo que hace que los precios del arroz paddy verde se aproximen, es menester señalar que según lo establecido por esta Superintendencia, dichas empresas presentaban diferencias significativas en sus volúmenes de compra de materia prima, sus volúmenes de inventarios, capacidad de producción y almacenamiento, entre otros factores determinantes del precio de compra, lo que desvirtúa que la simetría en los precios sea un hecho evidente.

De otra parte, conviene aclarar que la resolución recurrida mostró las limitaciones de los agricultores para negociar el arroz, no obstante las afirmaciones en contrario del recurrente según las cuales no existe obligación a cargo de los agricultores financiados por su representada de venderle la cosecha a ésta. En efecto, a partir de testimonios y de los contratos de prenda agraria sin tenencia allegados al expediente, se estableció que el agricultor dispone de mínima libertad para conseguir un mejor precio por su cosecha, porque se ve limitado en la posibilidad de acudir a molinos diferentes a aquél que lo ha financiado, libertad limitada en la medida que deberá garantizar el cubrimiento de la deuda contraída.

En el caso concreto de Molinos Roa SA., reposa en el expediente a folios 318 a 321 del cuádrerno 2 de la visita, fotocopia de un contrato de prenda en cuyo clausulado aparece, bajo el número quinto, la cláusula aceleratoria del plazo, la

cual previene que si el deudor (agricultor) traspasa el dominio de sus cultivos, es decir, vende sus cosechas a un tercero, sin previa autorización, se dará por vencido el plazo y se hará exigible el crédito. Esta circunstancia permite concluir que en el caso de Molinos Roa SA. la capacidad de negociación de los agricultores que le venden arroz paddy verde se encuentra limitada, en contra de lo afirmado por el recurrente.

Sin perjuicio de lo antes anotado, se señala que la capacidad de negociación de los agricultores fue un aspecto tenido en cuenta por el Despacho para explicar la capacidad de determinación de los precios por parte de los industriales del arroz, pero no constituyó un factor relevante para la determinación del acuerdo de precios de compra de arroz paddy verde.

Por último, debe precisarse, de una parte, que si se observó el comportamiento de los precios base de compra de arroz paddy verde durante el año 2003, no obstante que el período objeto de análisis que dio lugar a la sanción, correspondió al primer semestre del año 2004 y, de otra, que las empresas Roa y Flor Huila no se manifestaron respecto de los márgenes de rentabilidad en los descargos presentados al informe motivado, razón por la cual no fueron analizados.

13.4 Responsabilidad de los administradores

Argumentos del recurrente

El recurrente sostiene que se produjo una vía de hecho como consecuencia de dos errores que violaron el derecho de defensa.

Como sustento de tal afirmación, sostiene: *"Si el señor Aníbal Roa Villamil no hubiera comparecido y en su lugar hubiera enviado a otra persona se le hubiera considerado no responsable. Qué es eso en derecho?"*

"En cambio, a mi representado, Aníbal Roa Villamil, no obstante la certificación de Revisor Fiscal que obra en el expediente (y que se recuerda al despacho da fe pública) sobre su no participación de tiempo en la administración, por razones de seguridad y de permanencia en el exterior, se le sanciona invocando el artículo 442 del Código de Comercio, sin tener en cuenta que el primer inciso del artículo 200 establece:

"Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no lo ejecuten (...)"

Consideraciones del Despacho

Frente a las inquietudes referidas, debe aclararse que cuando este Despacho

hizo mención¹ al poder otorgado por el señor Aníbal Roa Villamil para representar a las sociedades Molinos Roa y Molinos Flor Huila, dejó en claro que a partir del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá presentado para su otorgamiento se pudo colegir de manera inequívoca que desde hace más de quince años el mencionado señor es el Gerente y representante legal principal de las dos empresas.

Como es bien sabido, el certificado de representación legal expedido por una cámara de comercio permite a los terceros, y en este caso al Estado representado por la Superintendencia de Industria y Comercio, tener certeza sobre la persona que ejerce la representación legal de una sociedad y, en el evento de una investigación administrativa, identificar las personas que representan legalmente a la empresa vinculada a la investigación y los miembros de su junta directiva.

Tal identificación reviste especial interés en tratándose de investigaciones que se adelantan por violación a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, pues al tenor de lo señalado por el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, los administradores, directores, representantes legales, entre otros, que autoricen, ejecuten o toleren las conductas que en esa materia reprime la ley, se harán acreedores a multas hasta de trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, pretender que el señor Roa no quedó incurso en las previsiones normativas contenidas en el artículo 4 numeral 16 del decreto 2153 de 1982, a pesar de que está demostrado en el expediente, (i) que los gerentes — quienes son los encargados de los negocios de la empresa — deben informar de su gestión a la Junta Directiva de la cual él hace parte², y (ii) que el señor Aníbal Roa Villamil actuó como presidente de la Junta Directiva de Molinos Roa S.A. del 3 de marzo de 2004, según consta en el acta cuya copia obra a folios 67 a 72 del expediente, es restarle valor no solo a una prueba documental que se recopiló con el lleno de los requisitos del código de procedimiento civil, sino al propio testimonio del encartado. Y es que la citada norma no exige que las personas naturales que puedan quedar incursas en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto o que lo autoricen. Como puede observarse, la norma trae también el verbo tolerar como verbo rector, lo cual significa un comportamiento pasivo, en tanto que supone la no realización de una conducta destinada a impedir un resultado, debiendo hacerlo.

En tal sentido, no cabe duda que el señor Roa, en su condición de representante legal y quien, como ha quedado demostrado, presidió la reunión de junta celebrada durante el período investigado, no adoptó las medidas tendientes a evitar la conducta anticompetitiva en la que incurrieron las empresas que representa y, en tal sentido, la toleró.

Debe entonces concluirse que la vinculación que se hizo del señor Aníbal Roa a la investigación así como la imposición de la sanción como persona natural que, a lo menos, toleró las conductas de que da cuenta la resolución 22625, goza de

¹ Resolución 22625 de septiembre de 2005. Pag 56

² Testimonio rendido por el señor Aníbal Roa Villamil obrante a folios 111 a 115 del expediente.

pleno respaldo legal. Por su parte, debe precisarse que las certificaciones de los revisores fiscales de las sociedades Molinos Roa S.A. y Molino Flor Huila S.A. aportadas al proceso, no desvirtúan tal imputación, en tanto que resultan contradictorias con las propias manifestaciones del sancionado en cuanto a sus actuaciones en la sociedad.

Sin perjuicio de lo expuesto sobre las intervenciones del señor Anibal Roa en reuniones de junta directiva, conviene precisar que al señor Anibal Roa no se le sancionó invocando el artículo 442 del Código de Comercio como afirma equívocamente el recurrente. La alusión a dicha disposición tuvo como finalidad demostrar que el nombre del representante legal se estableció con pleno apego a la ley. Pero no fue a partir de la comprobación de su cargo como representante legal en la sociedad que la Superintendencia le endilgó la responsabilidad personal que se discute. Como quedó anotado, se estableció a partir de otros medios probatorios la presencia del señor Roa en reuniones de junta directiva durante la época en que ocurrieron los hechos y se estableció igualmente que los gerentes informan de los negocios a la junta directiva.

Finalmente, basta referirnos brevemente al artículo 200 de la ley 222 de 1995, mismo que según lo afirmado por el recurrente no fue tenido en cuenta, para señalar que no es del código de comercio de donde emana la responsabilidad que esta entidad le imputa al señor Anibal Roa. En efecto, el mencionado artículo está referido a la responsabilidad patrimonial del administrador societario, la cual se nutre de una fuente distinta de la que emana del derecho sancionatorio, que es la que ocupa la atención de este Despacho.

Pero a pesar de que los postulados de la ley 222 son inaplicables al caso en comento, es menester señalar que tal como lo ha sostenido la Superintendencia de Sociedades, la advertencia legal de que no habrá lugar a imputar responsabilidad al administrador que no haya tenido conocimiento de la acción o que haya votado en su contra, pretende estimular "*a los miembros de las juntas directivas y a todos los administradores en general a que asuman y expresen individualmente su criterio sobre los asuntos en los que deben participar, dejando en las actas ...la evidencia sobre sus opiniones...*"³, es decir que también respecto de la responsabilidad patrimonial, se exige al administrador la prueba de que no fue tolerante con la conducta que daría lugar a la sanción correspondiente.

13.5 Discrecionalidad. Proporcionalidad

Argumentos del recurrente

Sostiene el recurrente que la Superintendencia, en el acto sancionatorio no calificó la conducta de cara a la tasación, habiéndose limitado a señalar que la conducta era grave, pero sin valorar los factores determinantes de dicha gravedad.

En tal sentido, aduce el recurrente que la sanción no consulta los principios constitucionales, en lo que hace a la razonabilidad y proporcionalidad de la mencionada multa.

³ Superintendencia de Sociedades, Circular Externa 09, julio 18/97

Consideraciones del Despacho

No es exacta la afirmación del recurrente en el sentido de que la multa se impuso sin motivación en cuanto a la tasación de la sanción. En efecto, en el numeral 7 de la resolución 22625 del 15 de septiembre del 2005, se justificó conceptualmente la graduación de la sanción, cuando se señaló que la conducta anticompetitiva, en el caso en estudio, reviste especial gravedad por cuanto "en ella intervinieron los molinos con mayor poder de mercado en la zona", con lo cual afectaron las expectativas de ingreso de los cultivadores.

13.6 Pruebas

En relación con las pruebas que el recurrente acompaña al escrito contentivo del recurso, este Despacho se pronuncia así:

1. Las facturas de Roa son facturas del año 2005. Es decir, los precios en ese año están por fuera del período que fue objeto de investigación, el cual abarcó de enero a junio de 2004.

Además las facturas de Flor Huila que reflejan el valor final de la carga de 125 kg de arroz paddy verde, coincide con los precios base analizados por el Despacho, y que dieron lugar a demostrar la existencia de la conducta conscientemente paralela. En consecuencia la información contenida en las facturas respalda el análisis realizado a los precios base de compra adoptados por las sociedades sancionadas.

El Despacho desea reiterar que el estudio económico que respaldó la investigación, se realizó teniendo en cuenta los precios base de compra de arroz paddy verde, no los precios reflejados en las facturas comerciales.

2. La certificación de Fedearroz, con la que el recurrente pretende cuestionar la participación de sus representadas en el mercado, no logra desvirtuar las conclusiones expuestas en el presente acto administrativo.
3. En lo que respecta a la certificación del Revisor Fiscal de Flor Huila sobre las compras realizadas en el período investigado, este Despacho debe señalar que las compras de Flor Huila fueron analizadas sobre la base de la información que reposa en el expediente, recaudada durante la visita administrativa a esta sociedad.
4. Las cifras a las que se refiere la certificación del Revisor Fiscal de Molinos Roa S.A. corresponden a la utilidad fiscal para el año 2005. Es decir corresponden a un lapso distinto al período que fue objeto de investigación.
5. La Certificación del revisor fiscal de Molinos Roa S.A. sobre compras efectuadas en kilos en el período investigado, fue la base para realizar el gráfico N° 5 de la Resolución que se recurre, sobre compras de arroz paddy verde de enero a junio de 2004, lo que significa que este documento fue tenido como prueba en el curso de la investigación, por lo que resulta innecesario aportarlo en el recurso.

6. Aportar las gráficas que contienen promedios de precio y compras totales en el primer semestre de 2003 y 2004 en este momento de la actuación, resulta redundante. Ese aspecto ya fue analizado con base en las cifras que sobre esta empresa reposan en el expediente.
7. Respecto de las gráficas de Induarroz sobre la producción en los años 2002, 2003 y 2004, cabe señalar que ellas contienen cifras a nivel nacional de área cosechada que no se refieren directamente a los hechos ni al mercado relevante objeto de estudio.

En síntesis, las pruebas aportadas con el recurso de reposición no desvirtúan las conclusiones a las cuales llegó la Superintendencia en la resolución de sanción.

En mérito de lo anteriormente expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Confirmar la resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005 en lo que se refiere a las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A y señor ANÍBAL ROA VILLAMIL, por las razones expuestas en la parte motiva.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR, en su condición de apoderado de las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A y del señor ANÍBAL ROA VILLAMIL, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **14 NOV. 2006**

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

RESOLUCIÓN NUMERO

30193

DE 2006 Hoja N°. 13

14 NOV. 2006

NOTIFICAR:

Doctor

JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

T.P. No. 30.633 del C. S. de la J.

Apoderado

SOCIEDADES SANCIONADAS ROA S.A.

NIT 891.100.445-6

MOLINO FLOR HUILA S.A.

NIT 891100190-3

ANIBAL ROA VILLAMIL

Carrera 14 N° 93 B-32 of. 404

Bogotá, D. C.