



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 17363 DE 2006
(06 JUL. 2006)

Radicación No. 01057498

Por la cual se decide una solicitud de revocatoria directa

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
En ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que mediante Resolución No 22625 del 15 de septiembre de 2005, esta Superintendencia sancionó a las sociedades MOLINOS ROA S.A., MOLINO FLOR HUILA S.A., entre otras, por incurrir en la conducta descrita en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, de igual forma, impuso sanción personal, entre otros, al señor Anibal Roa Villamil, en su doble calidad de gerente de MOLINOS ROA S.A. y MOLINO FLOR HUILA S.A., por las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4° ibidem.

SEGUNDO.- Que mediante escrito radicado bajo el número 01057498 – 00020103 de fecha 22 de septiembre de 2005, el entonces apoderado de los investigados MOLINOS ROA S.A.; MOLINO FLOR HUILA S.A. y ANIBAL ROA VILLAMIL, presentó recurso de reposición contra la resolución señalada en precedencia.

TERCERO .- Que mediante escrito radicado ante esta Entidad bajo el número de radicación 01057498 – 00020114 de fecha 17 de noviembre de 2005, el doctor José Orlando Montealegre E., actuando como nuevo apoderado de MOLINOS ROA S.A.; MOLINO FLOR HUILA S.A. y ANIBAL ROA VILLAMIL, solicitó el *“retiro del escrito presentado dentro del proceso el día 22 de septiembre de 2005, por parte de quien en su momento hacía las veces de apoderado de las mismas personas que hoy yo represento...”*. El escrito al que hizo alusión era el contenido del recurso de reposición radicado bajo número 01057498 – 00020103.

CUARTO .- Que mediante Resolución No 32892 de fecha 9 de diciembre de 2005, se reconoció personería jurídica al doctor José Orlando Montealegre Escobar para actuar como nuevo apoderado de MOLINOS ROA S.A.; MOLINO FLOR HUILA S.A. y ANIBAL ROA VILLAMIL, en reemplazo del doctor Saúl Sotomonte Sotomonte, anterior apoderado de las citadas personas.

QUINTO .- Que mediante escrito radicado bajo el número 01057498-20121 del 14 de diciembre de 2005, el doctor José Orlando Montealegre Escobar solicitó al Despacho la revocatoria directa de la Resolución No 22625 del 15 de Septiembre de 2005.

SEXTO.- Que el 15 de marzo de 2006, el doctor Montealegre Escobar interpuso acción de tutela contra la Superintendencia de Industria y Comercio, ante la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura. En la demanda de tutela solicitó la protección de los derechos fundamentales del debido proceso y de defensa los cuales, a su juicio, consideraba vulnerados con la expedición de los actos administrativos señalados a continuación:

"1. El oficio con número de radicación No. 01057498 – 00020120, de fecha 9 de diciembre de 2005, suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante el cual rechazó el retiro del recurso de reposición interpuesto por mis representadas, aduciendo que dicho retiro no se encuentra autorizado en las normas legales.

2. El numeral 1.1. de la providencia del 1 de febrero de 2006, con número de radicación 01057498 – 00010012, suscrito por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante el cual omitió pronunciarse sobre las pruebas aportadas por el suscrito con el escrito de revocatoria directa y en cambio decretó una prueba del recurso de reposición válidamente retirado.

3. La Resolución No. 03151, del 15 de febrero de 2006, suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, mediante la (sic) rechazó por improcedente la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005.

4. La Resolución No. 3560 de 20 de febrero de 2005 (sic), suscrita por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por el suscrito contra el numeral 1.1. del acto de administrativo, de 1 de febrero de 2006, en el sentido de confirmarlo en todas sus partes."

SÉPTIMO.- Que mediante fallo de tutela notificado a esta Superintendencia el 3 de abril de 2006, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, ordenó dejar sin efectos los actos administrativos señalados en el considerando sexto de la presente resolución, y en su reemplazo, dar trámite a la solicitud de revocatoria directa impetrada por el accionante el 14 de diciembre de 2005.

OCTAVO.- Que en consecuencia, el Despacho procede a decidir la solicitud de revocatoria directa y, de manera previa, se pronunciará sobre la valoración de los documentos aportados como prueba en el escrito de solicitud de revocatoria, así:

- a. Copia de la Resolución No. 0028 de fecha 28 de enero de 2002, proferida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por la cual se crea el Consejo Nacional del Arroz.
- b. Copia del documento denominado, La Comercialización de la Cosecha de Arroz del Segundo Semestre de 2003. Reglamento para otorgar el incentivo al almacenamiento de arroz, año 2003.
- c. Copia del Decreto No. 00430 de 2004, proferido por el Decreto número 00430 de 2004, proferido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por el cual se crea el mecanismo público de Administración de Contingentes agropecuarios y se modifica el Decreto 2685 de 1999.

- d. Copia del Reglamento de Subasta para el Mecanismo Público de Administración de contingentes agropecuarios en el mercado abierto de la Bolsa Nacional Agropecuaria S.A.
- e. Copia del documento denominado, Reunión del Consejo Nacional del Arroz, del 3 de febrero de 2003.
- f. Copia del documento denominado, Reunión del Consejo Nacional del Arroz, del 20 de mayo de 2003.
- g. Copia del Acta No. 4 de fecha junio 24 y 30 de 2004, de la Reunión del Consejo Nacional de la Cadena de Arroz.
- h. Copia del Acta No. 6 de fecha septiembre 3 de 2004, de la Reunión del Consejo Nacional de la Cadena de Arroz.

La información de que tratan los documentos anteriormente relacionados, fue valorada en su debida oportunidad dentro de la investigación. En efecto, las actas de reunión del Consejo Nacional del Arroz reposan en el expediente. Los demás documentos se relacionan con información contenida en otro tipo de documentos que también reposan en el expediente.

- i. Copia del artículo denominado Radiografía de dos años arroceros, 2004 - 2005, de la revista Arroz, septiembre - octubre de 2005, volumen 53, No. 458, Edita Fedearroz.
- j. Copia del documento contentivo de la proposición No. 005 de la Comisión Quinta de la Cámara de representantes, legislatura 2005 - 2006.
- k. Copia del boletín expedido por el DANE denominado Encuesta nacional Agropecuaria, Muestra Nacional de Arroz Mecanizado 2004.
- l. Copia del documento denominado La Cadena del Arroz en Colombia. Una mirada global de su estructura y dinámica. 1991-2005. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Observatorio Agro cadenas Colombia. Documento de Trabajo No. 52

Respecto de las publicaciones, debe señalarse en primer lugar que es información referida a cifras sobre el mercado del arroz a nivel nacional, que es un mercado distinto al de arroz paddy verde en la zona centro del país. Fue este último el mercado relevante analizado por la Superintendencia dentro de la investigación que nos ocupa. En segundo lugar, las cifras mencionadas en el artículo publicado en la revista Arroz, se dieron a conocer en el sector en un período posterior al de la investigación.

- m. Documento denominado Glossary of Statistical Terms.
- n. Copia del aparte de Conscious Parallelism in Asymmetric Oligopoly, Metroeconomía. August 2000. University of London - Department of Economics.

Los anteriores documentos no son apreciados como prueba en la medida que no cumplen con el requisito ordenado por el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil, es decir, no fueron aportados al expediente con la correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Aún así, advertimos que los conceptos contenidos en los documentos aportados, corresponden a teoría económica apreciada por el Despacho.

Enseguida se analizarán los argumentos del impugnante, que respaldan la solicitud de revocatoria directa:

8.1. El solo paralelismo en precios no es, en sí mismo, ilícito; necesidad de pruebas adicionales.

Argumento del impugnante

El apoderado señala que el paralelismo de precios no es por sí mismo expresión de un acuerdo. En su concepto, se requiere analizar el mercado para determinar si dicha uniformidad puede ser el resultado normal de una conducta racional en mercados con pocos vendedores y productos homogéneos.

Concluye sobre este tema, que la carga probatoria debe ser necesariamente mayor que la evidencia circunstancial de la conducta paralela.

Respuesta del Despacho

La Superintendencia concluyó la existencia del acuerdo para la fijación de precios base de compra del arroz paddy verde, no simplemente del análisis realizado a las variaciones efectuadas en los precios y a las fechas en que las sociedades investigadas adoptaran dichas modificaciones, sino a partir de la comparación del comportamiento de precios con las condiciones de oferta y demanda de las empresas sancionadas prevalecientes en el mercado del arroz paddy verde en la región centro del país. Esa comparación permitió mostrar la falta de racionalidad económica del comportamiento de precios en el período investigado.

La resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005 presentó un minucioso estudio de la estructura de la industria molinera en la zona centro del país, evaluó el comportamiento de los precios de compra de arroz paddy verde adoptados por las empresas industriales, valoró las circunstancias que habían rodeado dicho comportamiento para determinar si el paralelismo registrado en los precios era consecuencia natural de la estructura del mercado en el cual participaban o si definitivamente correspondía a un movimiento coordinado, conclusión a la cual se arribó luego de demostrar la ausencia de explicación económica de la conducta.

8.2. Hechos y pruebas que supuestamente contradicen el análisis económico realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio y harían descartable la prueba indiciaria que soporta la sanción.

8.2.1. En cuanto a la caracterización del mercado relevante y su funcionamiento.

Argumento del impugnante

Según el apoderado, la Superintendencia no hizo referencia a variables particulares de la cadena del arroz, sin las cuales es imposible obtener conclusiones sobre si es un mercado con tendencia a un precio único en condiciones de competencia. Tales variables, a su juicio, fueron:

- Elasticidad precio de la demanda de arroz blanco.
- Elasticidad cruzada respecto a sus posibles sustitutos
- Elasticidad de oferta de arroz paddy

El impugnante también manifiesta que el arroz paddy es un mercado de pocos compradores en el cual se crean las condiciones para que exista uniformidad de precios. Según el recurrente la elasticidad precio de la demanda y la elasticidad de sustitución del arroz blanco son altas, siendo éstas variables inherentes a las reacciones de los molineros frente a la demanda de arroz paddy cuando varía su precio, dado que la demanda de arroz paddy verde se deriva de la de arroz blanco.

Respuesta del Despacho

Cabe advertir que el apoderado confunde el mercado relevante de producto que fue objeto de análisis durante la investigación, esto fue, el mercado del arroz paddy verde, con el mercado del arroz blanco.

El cálculo de la elasticidad precio de la demanda de arroz blanco y el cálculo de la elasticidad cruzada sugeridos por el apoderado son indicadores que no tienen relación con el mercado relevante de producto analizado objeto de investigación, esto es, el arroz paddy verde.

A pesar de lo anterior, para atender la solicitud formulada por las empresas investigadas durante el traslado del informe motivado, el despacho sí analizó la influencia de los niveles de venta de arroz blanco sobre las determinaciones que adoptaba cada una de las empresas investigadas respecto al precio de compra del arroz paddy verde, lo cual permitió establecer que las ventas de arroz blanco se comportaron de forma contraria a lo argumentado por las empresas sancionadas y que los movimientos de precios del arroz paddy verde no respondieron a los cambios en las ventas de arroz blanco.

Con respecto a la elasticidad de la oferta, ésta sí fue tenida en cuenta por el Despacho. De hecho, en la Resolución 22625 del 15 de septiembre de 2005, se hace mención de los cálculos realizados por el Ministerio de Agricultura, que son precisamente los que menciona el apoderado (Documento de Trabajo No 49).¹ Tal como se manifestó en el numeral 4.4.7 de la Resolución de sanción, la producción y el área cultivada no aumentaron en la misma proporción que lo hizo el precio.

De esta forma, la capacidad de determinar las condiciones del mercado por parte de las empresas investigadas se refuerza dado que la oferta del arroz paddy verde es inelástica.

Por lo expuesto, el argumento del apoderado sobre la falta de consideración de variables importantes en el mercado, resulta infundado.

8.2.2. Caracterización de la cooperación o no en un mercado oligopolístico.

Argumento del impugnante

Señala el apoderado que la Superintendencia considera que la presencia de un oligopolio con precios uniformes sólo indica un comportamiento colusivo. Sin

¹ Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Observatorio Agrocadenas Colombia. "Respuestas de la Oferta y la Demanda Agrícola en el marco de un TLC con Estados Unidos." Documento de trabajo N° 49. Mayo de 2004.

embargo, según él, en el ámbito académico, se aceptan posibilidades diferentes, tales como que las empresas se comporten independientemente.

También señala que la mayor probabilidad de ocurrencia de acuerdos es cuando existe simetría en el mercado. Con asimetrías en costos, como en el caso del arroz paddy verde, las ganancias totales de la colusión son reducidas.

Respuesta del Despacho

Esta Superintendencia no discute los análisis teóricos a que se refiere el apoderado en su escrito de revocatoria directa. Sin embargo, el comportamiento de las empresas investigadas no respondió a la racionalidad económica.

Sobre la probabilidad de ocurrencia del acuerdo y la asimetría en los costos cabe resaltar en primer lugar que el análisis de la Superintendencia no fue probabilístico sino fundamentado en hechos, y en segundo lugar el nivel alto o bajo de ganancias no desvirtúa la existencia del acuerdo como tal.

8.2.3. Condiciones de oferta

Argumento del impugnante

El apoderado manifiesta :” *Como se ha venido sustentando, la afirmación de la SIC de que la probabilidad de ocurrencia de otra causa para la uniformidad de precios, además de la conducta colusiva, sea mínima, no está soportada en la teoría económica.* “

Argumenta de otra parte que la afirmación de la Superintendencia relativa a que el aumento de la demanda de arroz paddy verde durante algunos períodos del primer semestre de 2004, no podía crear sino un aumento de precios, ceteris paribus, es aventurada, ya que al mismo tiempo que se aumentaban las compras de arroz, la oferta reaccionaba en forma anormal según la historia de los últimos 4 años.

Respuesta del Despacho

Cabe anotar, que el análisis de los hechos probados dentro de la investigación fue lo que evidenció la existencia de la conducta por la cual se sancionó a las empresas. A esa conclusión se llegó no solamente sobre la base de un análisis de la demanda y del precio. En realidad se analizaron otras variables tales como la oferta de arroz paddy verde en la Zona Centro, las compras de materia prima, los niveles de inventario y las importaciones. El análisis en conjunto de esas variables demostró que éstas no determinaron los precios de compra de arroz paddy verde en el período objeto de investigación. Por el contrario, el comportamiento de precios fue atribuible a una práctica conscientemente paralela de las empresas carente de racionalidad económica.

8.2.4. Información estadística sobre condiciones de oferta de arroz paddy en el primer semestre de 2004.

Argumento del impugnante

Argumenta el apoderado que existe suficiente información estadística que determina condiciones de mercado que explican más acertadamente el comportamiento de los precios en el primer semestre de 2004. A continuación se resumen dichas fuentes de información:

a. *Información del Dane*- En su concepto, la Superintendencia no tuvo en cuenta la información del Dane que avala la afirmación de que el comportamiento de los precios en el primer semestre de 2004 se explica por las condiciones de mercado, aumentos en el área sembrada y aumentos de productividad que incidieron sobre la oferta en el primer semestre de 2004 comparada con el segundo semestre de 2003. Alega el apoderado que dichas variables podrían haber constituido contraindicios. Según él, de haberse tenido en cuenta habrían hecho improcedente la sanción.

b. *Documento N° 52 de Minagricultura*- Según el apoderado este documento muestra la tendencia de largo plazo de la producción de (arroz cáscara) entre 1993 y 2003, la cual registró un aumento a una tasa del 4.8%. Esta tendencia es resultado tanto del aumento del área sembrada como de la productividad. (En la zona del Tolima registró rendimientos de 7.3 Tm/Ha en el 2003.)

c. *Encuesta Nacional Agropecuaria. Dane - boletín 2004*.- El apoderado señala que según este documento resultaría claro el comportamiento atípico del primer semestre de 2004 en cuanto a producción de arroz paddy.

Respuesta del Despacho

La información anterior no desvirtúa las conclusiones a las que llegó esta Superintendencia por los siguientes aspectos:

En primer lugar porque la oferta de arroz paddy verde en el período investigado fue analizada con base en los niveles de compras de materia prima y los niveles de inventarios mensuales de cada una de las empresas investigadas, verificando que no hubo exceso de oferta. Por el contrario, la tendencia de las variables mencionadas fue decreciente. De otra parte, resulta equivocado el análisis del apoderado cuando apoya su argumentación en cifras a nivel agregado nacional. En realidad, el mercado relevante determinado para efectos de la investigación, fue la compra de arroz paddy verde en la zona centro del país.

Cabe señalar además que las cifras citadas por el apoderado corresponden a un período posterior al de los hechos objeto de investigación.

En segundo lugar, la argumentación expuesta por las empresas sancionadas – Molinos Roa y Molino Flor Huila - en sus descargos y las respuestas al informe motivado (para sustentar su comportamiento de precios de compra de arroz paddy verde en el primer semestre de 2004) señalaron que tales precios obedecieron a las expectativas que ellas tenían desde el segundo semestre de 2003 sobre la escasez de materia prima para el primer semestre de 2004. El análisis de estos factores fue tenido en cuenta por el Despacho. Sin embargo ese análisis mostró que tales expectativas no explicaron su comportamiento en el primer semestre de 2004.

Así las cosas, se desvirtúa lo manifestado por el apoderado en el sentido que dichas variables no fueron tenidas en cuenta. Lo que ocurrió, fue que no desvirtuaron las conclusiones de esta Superintendencia.

d. Informe del Ministro de Agricultura y Desarrollo al Congreso, Doctor Andrés Felipe Arias – Fecha 5 de octubre de 2005

Argumento del impugnante

El impugnante sostiene que el balance de oferta y demanda presentado por el Ministro ante la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes (legislatura 2005-2006), muestra que en el primer semestre del 2004, la oferta superó la demanda en 13%, contrario a los años anteriores. Según el apoderado, ese hecho muestra un aumento atípico de la producción de arroz paddy en el primer semestre de 2004.

Respuesta del Despacho

Cabe señalar que el informe rendido por el Ministro, se refirió a apreciaciones generales sobre el mercado del arroz en el mercado nacional. Esas afirmaciones no desvirtúan las conclusiones del Despacho, puesto que el mercado relevante en el cual actuaron las empresas vinculadas a la investigación, fue el de arroz paddy verde en la zona centro del país.

8.2.5. Inconsistencias en el análisis económico

Argumento del impugnante

Manifiesta que la Superintendencia aplicó teorías de comportamiento de precios, en industrias con tendencias a precios fijos de venta, cuando lo que se analizó fue el precio de un insumo.

Según el impugnante, el análisis de la Superintendencia utiliza una teoría para la fijación de precios finales de venta que supone una maximización de la utilidad conjunta en condiciones de oligopolio. Según el impugnante, ese análisis no se refiere a un acuerdo de precios de insumos o de coordinación de políticas de compra.

Un elemento técnico para sustentar la existencia de un paralelismo conciente, según el apoderado, hubiese sido determinar mediante estudios técnicos que el precio del mercado para el primer semestre de 2004, de acuerdo con los niveles de demanda y oferta presentes, hubiese sido más alto.

Respuesta del Despacho

Cabe señalar que esta Superintendencia no partió de teoría alguna sobre maximización de precios de venta. La mención que se hizo de este tema en la Resolución N° 22625 del 2005, realmente fue: *“Aún asumiendo que las condiciones en el mercado sean similares, ello no impide que cada uno de los participantes en el mercado tenga su propia concepción sobre cómo maximiza sus beneficios. Unos podrían haber preferido un incremento de precios menor o*

un aumento de precios mayor, al de su competencia, o podrían no incrementar los precios en absoluto".

Nada en ese párrafo sugiere la aplicación de la teoría a que se refiere el impugnante. La Superintendencia llegó a la conclusión sobre la existencia del acuerdo con base en los hechos probados, que antes se han mencionado.

De otra parte, para establecer si los precios fueron o no iguales, es innecesario calcular el precio de mercado para el primer semestre de 2004, como lo sugiere el apoderado. Es de resaltar que la conducta paralela presentada en el precio base de compra de arroz paddy verde en el primer semestre de 2004, no depende del nivel de los precios sino de su igualdad o similitud.

8.2.6. Intervención del Estado en la cadena del arroz y las expectativas.

Argumento del impugnante

Señala el apoderado que la intervención estatal influye en la forma en que operan los distintos eslabones de la cadena de arroz. En su concepto, el primer efecto es la alineación de expectativas de los agentes sobre el mercado. El segundo se refiere a la discusión mensual sobre precios y cantidades, lo cual hace que los industriales cuenten con información similar.

Por lo anterior, el apoderado concluye que afirmaciones tales como que es imposible que se tengan iguales expectativas en el mercado de arroz paddy, no resultarían aplicables en este mercado.

Respuesta del Despacho

Frente a la manifestación efectuada por el apoderado, el Despacho reitera la conclusión plasmada en la Resolución N° 22625 del 15 de septiembre de 2005, en el sentido que las expectativas en el mercado de arroz paddy verde no explicaron las determinaciones adoptadas por las empresas investigadas. De hecho, cada una de las empresas investigadas mostró sus propios niveles de inventarios de materia prima, niveles de compras, de ventas, etc.

8.2.7. Análisis intertemporal

Argumento del impugnante

El apoderado manifiesta, en primer lugar, que los análisis parciales en materia de economía no son idóneos para determinar la esencia del funcionamiento de un mercado. En su concepto, en el análisis de la Superintendencia se omitió incluir un período de tiempo lo suficientemente amplio, que hubiera permitido estudiar una serie de datos que determinaran el funcionamiento de todos los aspectos claves que afectan el mercado de arroz paddy verde.

En segundo lugar, el apoderado sostiene que el análisis de la Superintendencia fue insuficiente ya que omitió las variables relacionadas con el cálculo de la elasticidad, y no incluyó el comportamiento de un período de tiempo lo suficientemente largo para obtener conclusiones sobre sus verdaderas

características y que no tuvo en cuenta el segundo semestre de 2003, el cual en su concepto, permitía explicar en buena medida el comportamiento del mercado durante el primer semestre de 2004, por los excedentes acumulados.

Respuesta del Despacho

En relación con el primer argumento cabe señalar que no se debe confundir el período en que se dieron los hechos objeto de investigación con el lapso durante el cual se evaluó el mercado del arroz paddy verde. El período de los hechos investigados comprendido entre los meses de enero a junio del año 2004, fue tenido en cuenta por esta Superintendencia a raíz de las denuncias formuladas por los agricultores. Sin embargo, el análisis del mercado incluyó un período de tiempo de varios años.

En relación con el segundo argumento, debe indicarse que el análisis efectuado por la Superintendencia tuvo en cuenta lo ocurrido en el mercado de arroz paddy verde durante el segundo semestre de 2003. En particular, examinó el impacto de las expectativas sobre escasez de arroz paddy verde durante el primer semestre del 2004, alegado por las empresas investigadas. Este factor fue debidamente analizado tal como consta en los numerales 4.4.2 y 4.4.3. de la Resolución 22625 de 2005, y permitió concluir que contrario a lo alegado por las empresas investigadas, el comportamiento de los precios de compra de arroz paddy verde no obedeció a las expectativas generadas desde el segundo semestre de 2003.

Es decir, si las empresas investigadas tenían proyectada la escasez de materia prima para el primer semestre de 2004, era de esperarse que los niveles de compras y de inventarios se incrementaran. No obstante, la información allegada al expediente permitió comprobar que la tendencia que se presentó en estas variables fue la reducción.

En conclusión, los razonamientos o contraindicios expuestos por el apoderado a lo largo de su escrito de revocatoria directa, han sido considerados y evaluados por esta Entidad, pese a lo cual no contrarrestan la conclusión a la cual se llegó sobre la existencia del acuerdo de precios de compra del arroz paddy verde en la región centro del país.

8.3. Características y requisitos de la prueba indiciaria

Argumento del impugnante

El apoderado argumenta que el Despacho se basó en una prueba indiciaria que no cumplió con los requisitos que la jurisprudencia exige para su aplicación, en cuanto que si bien existe pluralidad de indicios, éstos son contingentes, pero no concordantes ni convergentes. Tal afirmación está soportada en la supuesta existencia de hechos que, por su carácter de contraindicios, afectarían la necesaria relación de causa a efecto que debe existir entre el hecho indicador y el indicado.

Respuesta del Despacho

Según el apoderado, es necesario confrontar los indicios con las circunstancias que puedan desvirtuarlos. El Despacho manifiesta que efectivamente realizó el

análisis de los hechos que el impugnante alega como contraindicios. Las empresas investigadas en su debida oportunidad tuvieron a bien aportar las pruebas que consideraron pertinentes para sostener que el paralelismo de su conducta no reflejaba una colusión. Tales pruebas fueron valoradas en su totalidad, no obstante lo cual se concluyó que no desvirtuaban las conclusiones a las que llegó el Despacho. Todas las variables económicas que según las empresas explicaban su comportamiento en el mercado, no constituyeron una explicación razonable del mismo. Sobre tales bases se dedujo la existencia de un acuerdo de fijación de precios. Así mismo, como quedó anotado en precedencia, los razonamientos económicos que de nuevo expone el impugnante no tienen la virtud de explicar el paralelismo en los precios que originó la investigación, razón por la cual deben ser descartados como contraindicios.

En ese orden de ideas, la pluralidad como requisito para sustentar una decisión en la prueba indiciaria², está más que demostrada, tal como se deriva de la lectura de la resolución de sanción. En relación con la concordancia, cabe señalar que todos los hechos encontrados en la investigación apuntan en una misma dirección, esto es, a la existencia de un acuerdo colusorio. Por último, debe aclararse que todas las hipótesis que permitirían explicar de manera razonable desde el punto de vista económico el paralelismo en los precios, fueron descartadas, de suerte que la única explicación posible es la existencia del acuerdo. Así, se concluyó que el paralelismo no fue fruto del azar, sino resultado de una conducta adoptada conscientemente por las empresas industriales del arroz.

Cabe recordar que en la citada resolución de sanción No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, se hizo también alusión a la importancia de la prueba económica en los siguientes términos: *"El concepto de prueba económica, al contrario de lo que ocurre con la prueba legal o documental, no tiene una existencia real fuera o independiente del concepto de práctica concertada. Es más, la prueba de tal práctica se basa precisamente en la presunción de que las empresas acusadas han adoptado intencionalmente una conducta paralela inexplicable con un análisis económico."*³

8.4. Supuesta vulneración de la presunción de inocencia y del debido proceso en el caso de la multa impuesta a Anibal Roa Villamil

Argumento del impugnante

Según el apoderado, la Superintendencia se apoyó en el artículo 442 del Código de Comercio, para concluir que el señor Anibal Roa Villamil, conoció, autorizó, ejecutó o toleró las conductas objeto de investigación, por lo cual le impuso la más alta sanción permitida por la ley para las personas naturales.

Agrega que con ese proceder la Entidad violó principios esenciales del ordenamiento jurídico, tales como el debido proceso y la presunción de inocencia, que tienen rango constitucional y que incluyen la proscripción de la

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Cas. Civil Sent 3 de febrero de 1990.

³ Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, 4.4. La ausencia de explicación económica, nota al pie 38, hoja Número 33.

responsabilidad objetiva. En auxilio de su argumento cita una sentencia de la Corte Constitucional, la SU. 960/99 y transcribe algunos de sus párrafos:

“ En lo referente a la presunción de inocencia, no sobra recordar: Del artículo 29 de la Constitución resulta que ni el legislador ni los jueces pueden presumir la responsabilidad de nadie.

Es postulado de nuestro ordenamiento, respecto del cual el constituyente no consagró excepciones, el de que toda persona se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario en el curso de un debido proceso, ante tribunal competente, conforme a las reglas preexistentes al acto que se le imputa, y con la plena garantía de su defensa (...)

En nuestro sistema jurídico, ha sido proscrita, entonces, la responsabilidad objetiva(...)”

En concepto del apoderado, para imponer la máxima sanción personal prevista por la legislación para el caso de violación de las normas de competencia, es preciso que la Superintendencia de Industria y Comercio establezca la responsabilidad del representante legal que se pretende sancionar, a través de un proceso de imputación específica de responsabilidad, la cual en su concepto, se omitió por completo en el presente caso.

Respuesta del Despacho

Sea lo primero aclarar que la responsabilidad personal del señor Anibal Roa Villamil como representante legal de las empresas mencionadas, puede resultar no solo de su propia acción – como cuando ejecuta o autoriza - sino de una omisión consistente en tolerar que otro ejecute o no ejecute una determinada conducta. Nótese que la responsabilidad personal a la que alude el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, emana de un hecho – acción u omisión- del administrador.

La precisión efectuada reviste especial interés, si se tiene en cuenta que la disposición del numeral 16, artículo 4 del decreto 2153 no exige que las personas naturales que resulten incurso 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. Así, en los términos de la precitada disposición, hay lugar a la sanción personal no sólo cuando el administrador ejecutó la conducta reprochable o cuando la autorizó, sino cuando la toleró, es decir cuando hubo de por medio una conducta omisiva.

Descendiendo al asunto de la especie, es menester precisar que contrariamente a lo señalado por el doctor Montealegre Escobar, la imputación de la responsabilidad personal que se hiciera al señor Roa no se derivó de la simple observancia de su cargo como representante legal de las sancionadas. Cuando en la resolución 22625 del 15 de septiembre de 2005, se hizo referencia a la información contenida en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, lo relevante fue demostrar que durante quince años consecutivos (incluido el año 2004 durante el cual sucedieron los hechos objeto de investigación), el señor Anibal Roa Villamil ostentó y aún ostenta, el cargo de Gerente y representante legal principal de las dos sociedades sancionadas, Molinos Roa S.A. y Molino Flor Huila S.A.

Ahora bien, en tal condición – la cual resulta inexpugnable- y en su condición de miembro principal de las juntas directivas de las investigadas, el señor Roa

Villamil asistió a reuniones de junta directiva que se llevaron a cabo durante el período que fue objeto de investigación, tal como se desprende del acta respectiva que obra a folios 67 a 72 del expediente.

De otra parte, del testimonio rendido por el señor Aníbal Roa Villamil ante esta Entidad, obrante a folios 111 a 115 del expediente, se extracta: " *No estoy muy enterado de los precios del arroz paddy verde, porque entiendo que constantemente están subiendo y bajando de acuerdo a la oferta y demanda. Como lo dije anteriormente los gerentes son los encargados de atender todos los negocios de las empresas.*" Sin embargo, al ser contrainterrogado por el Despacho respecto de si había algún proceso de rendición de cuentas en virtud del cual los gerentes debían informar a la Junta Directiva de su gestión, manifestó: " *Sí, los gerentes están informando o pasando balances a la Junta Directiva del funcionamiento de los negocios*". A renglón seguido, preguntó el Despacho: *Hace usted parte de la Junta Directiva de las empresas Molinos Roa y Flor Huila? Respondió: Sí, yo soy principal de la Junta Directiva de las dos empresas.*"

Así las cosas, no cabe duda de que al señor Aníbal Roa Villamil se le reportaba permanentemente de las actividades desarrolladas por las empresas que preside y se le consultaba sobre las decisiones a adoptar, lo que lo hace incurso, a lo menos, en la conducta omisiva a la que alude la disposición sobre la que se erigió por parte de este Despacho la imputación de su responsabilidad.

En tal sentido, no se desconoce la presunción de inocencia pues quedan desvirtuadas las afirmaciones contenidas en el escrito contentivo de la solicitud de revocatoria, en cuanto que si bien el señor Roa reside fuera del país, su intervención en las juntas durante el periodo investigado está plenamente demostrada mediante las propias actas de junta directiva.

En conclusión, la imposición de la sanción al señor Aníbal Roa Villamil como persona natural, que a lo menos toleró las conductas, cuenta con pleno respaldo legal y probatorio.

8.5. Supuesta indebida ponderación de la sanción

Argumento del impugnante

Manifiesta el apoderado su total desacuerdo con los elementos tenidos en cuenta para la tasación del monto de la sanción impuesta, ambos en su opinión contrarios a derecho.

El primero de ellos dice relación con lo que la Superintendencia de Industria y Comercio llama en su providencia "un precedente que no puede pasar inadvertido" el cual consiste en "que en el año 2000 esta Entidad inició una investigación en contra de los mismos industriales del arroz..."

Según el apoderado, los criterios de tasación de la sanción empleados por la Superintendencia son ilegales por las siguientes razones:

- a) El ofrecimiento de garantías ante la Superintendencia de Industria y Comercio no comporta ningún juicio sobre la responsabilidad de las empresas o personas que lo formulan, de manera que ello no implica

compromiso o carga de comportamiento mayor que la de otra persona en el mercado.

- b) Aún cuando las empresas investigadas hubiesen sido sancionadas por prácticas restrictivas de la competencia, que no lo han sido nunca, tal hipotética sanción no hubiera podido ser empleada para agravar el monto de la multa. El ordenamiento legal sancionatorio está estructurado sobre el principio culpabilista, en el cual la agravación de la pena en función de los antecedentes está proscrita.
- c) El tamaño de la empresa en un mercado no puede servir como criterio de agravación de una pena; ello equivale a convertir en reprochable lo que es lícito y encomiable.

Respuesta del Despacho

En primer lugar, el ofrecimiento de garantías no comporta juicio sobre la responsabilidad de las empresas vinculadas a una investigación por prácticas restrictivas de la competencia. Sin embargo, no puede olvidarse que es un medio en virtud del cual se logra la clausura de la investigación mediante el ofrecimiento de que los presuntos infractores *suspenderán o modificarán* las conductas que dieron origen a la investigación.

Ahora bien, las mismas empresas industriales del arroz sancionadas, estuvieron vinculadas a una investigación anterior por infracción al régimen de prácticas restrictivas de la competencia en el mercado arrocero del país. En esa oportunidad, las conductas investigadas fueron fijación de precios, acuerdos discriminatorios, repartición de mercados y asignación de cuotas de producción. Ellas propusieron clausurar esa investigación con ofrecimiento de garantías, cuya aceptación, implicó compromisos claros y expresos de suspender o modificar esas conductas. En la resolución de aceptación de garantías expedida en su momento (Resolución No. 15645 de mayo 10 de 2001), se manifestó expresamente que la suspensión o modificación de las conductas investigadas, era el deber principal que asumían las investigadas. Por ese medio se buscó que el mercado se viera librado de las distorsiones que habían dado origen a la investigación.

Por lo anterior, no resulta de recibo el argumento de la supuesta ilegalidad del criterio de tasar la multa aplicada a las empresas Roa S.A y Flor Huila S.A. tomando en cuenta el hecho de una investigación anterior.

No es de recibo porque los compromisos adquiridos implicaban no solamente una modificación de las conductas investigadas, sino la adopción de un programa de capacitación en derecho de la competencia con la finalidad de "... prevenir que las conductas materia de investigación pudieran repetirse en el mercado del arroz (...)"⁴.

Como se manifestó en la resolución de sanción No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, lo que esta Superintendencia esperaba era "*... un cuidado mayor en el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas*

⁴ Resolución No. 15645, mayo 10 de 2001, numerales 2.3. , 2.3.3. y 2.3.4.

comerciales restrictivas...", comportamiento que de hecho, no se observó. Ese comportamiento se lo impusieron las propias empresas al ofrecer las garantías.

En segundo lugar, frente al argumento de la ilegalidad del criterio de tener en cuenta el tamaño de las empresas en el mercado para efectos de la ponderación de la multa, cabe señalar que resulta ajustado a lo previsto por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. En efecto, la sanción se impuso por la violación de las normas sobre promoción de la competencia (Decreto 2153, artículo 4°, numerales 15 y 16), con base en criterios objetivos congruentes con las finalidades perseguidas por la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992.

Tener en cuenta, entre otros, el nivel de activos, de ingresos y de utilidad reflejados en los estados financieros de cada una de las empresas vinculadas a la investigación resulta congruente con los objetivos y finalidades de las normas que protegen la libre competencia.

En consecuencia, las bases sobre las cuales la Superintendencia determinó el monto de las sanciones impuestas, resultan ajustadas a derecho.

En mérito de lo anteriormente expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: No revocar los artículos primero, segundo, tercero y cuarto de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR en su condición de apoderado de las empresas MOLINOS ROA S.A. , MOLINO FLOR HUILA S.A., y del señor ANIBAL ROA VILLAMIL; entregándole copia de la misma e informándole que contra este acto no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **06 JUL. 2006**

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

NOTIFICAR:

Doctor

JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

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

Apoderado

MOLINOS ROA S.A.

NIT 891.100.445-6

MOLINO FLOR HUILA S.A.

NIT 891100190-3

ANIBAL ROA VILLAMIL

C.C. No. 1.670.702

Carrera 14 N° 93 B - 32 oficina 404

Bogotá, D. C.