



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente (E): CARLOS ENRIQUE MORNEO RUBIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero dos mil diecisiete (2017)

Rad. Núm.: 25000 2324 000 **2007 00102 02**

Actor: MOLINO FLORHUILA S.A. Y OTROS

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC)

Referencia: Prácticas restrictivas de la competencia. Existencia de acuerdos que tenga por objeto la fijación directa o indirecta de precios. Valoración de indicios y contraindicios en la actuación administrativa.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 14 de mayo de 2012, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas.

I. COMPETENCIA

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 129 del

Código Contencioso Administrativo (en adelante CCA), y del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del C.C.A. las sociedades MOLINO FLORHUILA S.A. y Molinos ROA S.A. y el señor ANIBAL ROA VILLAMIL, actuando a través de apoderado, solicitaron al Tribunal que en proceso de primera instancia accediera a las siguientes:

2.2. Pretensiones

“1. Declarar la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, de la SIC en cuanto declara que las empresas MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHUILA S.A. FLORHUILA, infringieron lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1993.

2. Declarar la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, de la SIC, en cuanto en el mismo se impuso a MOLINOS ROA S.A. y a MOLINOS FLORHUILA S.A. FLOR HUILA, sendas sanciones pecuniarias por valor de setecientos sesenta y tres millones de pesos MCT (\$763.000.000.oo)

3. Declarar la nulidad del artículo tercero de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, de la SIC, en cuanto en el mismo se declaró que el señor ANIBAL ROA VILLAMIL, representante legal de MOLINOS ROA S.A. y MOLINOS FLORHIULA S.A. FLORHUILA, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

4. Declarar la nulidad del artículo cuarto de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, de la SIC, en cuanto en el mismo se impuso al señor ANIBAL ROA VILLAMIL, una sanción pecuniaria por valor de ciento catorce millones de pesos (\$114.000.000.oo).

5. Declarar la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 30193 del 14 de noviembre de 2006, de la SIC, en cuanto en el mismo se confirma la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005.

6. Condenar a la Nación a la devolución de las cantidades liquidas de dinero pagadas por mis representados a favor del tesoro público, por concepto de las multas ya referidas en este escrito, cuyo monto se acredita con los recibos de consignación correspondientes, anexos a esta demanda, junto con los intereses comerciales y moratorios que corresponda, hasta el día que se produzca el pago respectivo, según las previsiones de ley.

7. Declarada la nulidad de los actos demandados, se restablezca el derecho de los demandantes, en el sentido de exonerarlos de cualquier responsabilidad por los hechos investigados por la SIC, y que se cancele cualquier registro o anotación que en relación con las declaraciones referidas y las multas impuestas a que hemos hecho mención se haya efectuado respecto de mis representados.

Pretensiones Subsidiarias

1. En el evento que ese Honorable Tribunal no atienda favorablemente las pretensiones principales solicito que en aplicaciones del principio de igualdad se sirva ordenar la reducción de las sanciones impuestas a MOLINOS ROA S.A. y a MOLINO FLOR HUILA S.A. FLORHUILA, a la suma de ciento cincuenta y cinco millones de pesos, que fue la más baja sanción impuesta a una empresa investigada, dentro de la actuación administrativa que dio lugar a la expedición de la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005

2. En el evento que ese honorable Tribunal no anule la sanción impuesta al señor Aníbal Roa, solicito que la misma sea reducida a setenta millones.”¹.

2.3. Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones la parte demandante narró, en síntesis, lo siguiente:

- a. Mediante Resolución No. 13326 de 22 de junio de 2004² la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación contra las Sociedades Molinos Roa S.A., Molino Florhuila S.A. - Florhuila y otros, por la presunta conducta contemplada en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y por la supuesta infracción prevista en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, con el propósito de determinar si el señor Aníbal Roa Villamil, representante de las investigadas, incurrió en la conducta contenida en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992.
- b. Las Sociedades Molinos Roa S.A., Molino Florhuila S.A. - Flor Huila y el Señor Aníbal Roa Villamil dieron respuesta a los cargos formulados por la demandada mediante comunicación del 28 de abril de 2005, radicada bajo el número 01057498³.
- c. La Superintendencia de Industria y Comercio profirió la **Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005**⁴, en la cual declaró que las Empresas Molinos Roa S.A., Molino Florhuila S.A. - Florhuila y otras

¹ Folios 2 a 3 del cuaderno principal.

² Folios 722 a 733 Cuaderno de antecedentes número 1.

³ Folios 1 a 2 Cuaderno de Antecedentes Administrativos

⁴ Folios 17 a 76 Cuaderno de anexos de Demanda.

quebrantaron lo señalado en el artículo 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo que fijó una multa de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000.00) a cada una de las sancionadas y declaró que el señor Aníbal Roa Villamil, Representante Legal de Molinos Roa S.A. y Molino Florhuila, incurrió en responsabilidad contemplada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y fijó una multa por valor de ciento catorce millones de pesos (\$114.000.000.00) a su cargo.

La mencionada Resolución sancionó también a las Empresas Arroz Diana S.A, Procesadora de Arroz Ltda. y Unión de Arroceros S.A., por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y fijó multas menores de la impuesta a la actora por valor de:

- A Arroz Diana S.A. Por doscientos ochenta y seis millones de pesos (\$286.000.000.00)
- A la Procesadora de Arroz Ltda. Por doscientos cuarenta millones de pesos (\$240.000.000.00)
- A Unión de Arroceros S.A: por ciento cincuenta y cinco millones de pesos (\$155.000.000.00)
- Y a los representantes de Unión de Arroceros S.A. y Procesadora de Arroz Ltda. los encontró responsables de acuerdo al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y los sancionó con setenta millones de pesos (\$70.000.000.00) a cada uno, y el representante de Arroz Diana S.A. fue exonerado.

d. El 22 de septiembre de 2005 las Empresas Procesadoras de Arroz Ltda. y Unión de Arroceros recusaron al Superintendente de Industria y Comercio.

- e. El 22 de septiembre de 2005 las sociedades sancionadas interpusieron recurso de reposición contra la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005, el cual fue retirado el 17 de noviembre de 2005⁵.
- f. La SIC mediante comunicaciones del 9 de diciembre de 2005⁶ le manifestó a la parte actora que el retiro de recurso en vía gubernativa no estaba autorizado y solicitó se hiciera claridad respecto al alcance de lo solicitado.
- g. El 14 de diciembre de 2005 las demandantes presentaron a la SIC solicitud de revocatoria directa de los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005.
- h. El 1 de febrero de 2006 la Superintendencia de Industria y Comercio se pronunció en relación a las pruebas solicitadas y aportadas⁷.
- i. El 8 de febrero de 2006 la demandante interpuso recurso de reposición contra el numeral 1.1 del acto referido⁸, resuelto mediante la Resolución No. 03560 de 20 de febrero de 2006 confirmando el numeral 1.1 de acto administrativo de 1 de febrero de 2006⁹.
- j. Por medio de la Resolución No. 03151 de 15 de febrero de 2006 la Superintendencia rechazó por improcedente la solicitud de revocatoria directa en contra de la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005¹⁰.

⁵ Folios 80 a 81 ibídem.

⁶ Folios 80 a 21 Cuaderno de antecedentes.

⁷ Folios 126 a 130 Cuaderno de Anexos Demanda.

⁸ Folios 133 a 140 ibídem.

⁹ Folios 133 a 140 ibídem.

¹⁰ Folios 142 a 150 ibídem.

- k. La actora interpuso acción de tutela invocando la violación al debido proceso. El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca¹¹ accedió al amparo mediante el fallo de 30 de marzo de 2006 mediante el cual dejó sin efecto lo decidido con posterioridad a la notificación de la Resolución No. 22625 de septiembre de 2005 y ordenó dar trámite a la solicitud de revocatoria directa¹².
- l. Dando cumplimiento a lo ordenado por el fallo de tutela la SIC profirió la Resolución No. 08342 de 5 de abril de 2006 donde aceptó la solicitud de retiro del recurso de reposición incoado por la actora, ordenó su notificación y advirtió que contra ésta procedía el recurso de reposición¹³.
- m. La SIC impugnó el fallo de tutela de 30 de marzo de 2006 ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca¹⁴, el cual fue resuelto el 13 de septiembre de 2006 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura revocando la sentencia impugnada y declarando improcedente la acción de tutela¹⁵.
- n. Mediante la Resolución No. 17963 de 6 de julio de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió no revocar los artículos 1, 2, 3 y 4 de la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005¹⁶.
- o. La SIC mediante **Resolución No. 30193 de 14 de noviembre de 2006** resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora el 22 de septiembre de 2005, confirmando la resolución recurrida (No. 22625 de 2005).

2.4. Normas violadas

¹¹ Folios 165 a 189 ibídem.

¹² Folios 197 a 202 ibídem.

¹³ Folios 204 a 209 ibídem.

¹⁴ Folios 191 a 202 ibídem.

¹⁵ Folios 228 a 237 ibídem.

¹⁶ Folios 211 a 226 ibídem.

Las demandantes consideran que con la expedición del acto acusado fueron violadas las siguientes normas: Artículos 13, 29, 83 y 209 de la Constitución Política, Artículos 3, 34, 35, 36 y 69 del Código Contencioso Administrativo, Artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, Artículo 2 numerales 1 y 2, artículo 4 numerales 15 y 16, los artículos 44, 45 numeral 1 y 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992.

2.5. Concepto de Violación

Primer Cargo. Violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política y de los artículos 174, 175, 248 y 205 del Código de Procedimiento Civil.

Sostuvieron que la Superintendencia de Industria y Comercio no realizó una valoración apropiada de las razones económicas que explican cómo funciona el mercado del arroz en el País. Señalaron que se desconoció el debido proceso, la presunción de inocencia y buena fe al no valorar debidamente los elementos probatorios aportados en la actuación administrativa.

Indicaron que la SIC no apreció en conjunto los indicios y se limitó a avalar sus percepciones en probabilidades estadísticas.

Segundo cargo. “Aplicación indebida de los artículos segundo numerales 1 y 2, del artículo 4 numeral 15 y 16, de los artículos 44, 45 numerales 1 y 47 numeral 1 del Decreto 2153 de 1992. El solo paralelismo en precios no es, en sí mismo, ilícito; la necesidad de pruebas adicionales”:

En este punto los actores afirmaron que se dio una aplicación indebida de la normativa que faculta para sancionar los acuerdos restrictivos de la competencia, porque la igualdad en los precios de compra del arroz paddy

verde en el periodo tomado como base por la SIC provino de condiciones específicas de competencia del mercado y no de una conducta contraria al orden jurídico.

Aseveraron que la uniformidad de los precios no constituye por sí sola una conducta condenable, ya que dicha uniformidad puede ser el resultado normal de una conducta racional en mercados con pocos vendedores y con productos homogéneos.

Tercer Cargo. Violación de los artículos 174, 175, 248 del Código de Procedimiento Civil. Características y requisitos de la prueba indiciaria.

Aseguraron que no se cumplieron los requisitos de la prueba indiciaria en la investigación que culminó con la imposición de las multas y que los elementos que se estudiarán a continuación demostrarán que existieron otros aspectos que no se tuvieron en cuenta y que pudieron llevar a una conclusión distinta:

a. *Caracterización del mercado relevante y funcionamiento.* La SIC no hizo referencia a variables particulares de la cadena del arroz, sin las cuales era imposible obtener conclusiones sobre si es un mercado con tendencia a un precio único o en condiciones de competencia, las cuales son posibilidades aceptadas por el régimen económico legal de la libre competencia. Tales variables son las siguientes: (i) la elasticidad del precio de la demanda de arroz blanco lo cual era esencial para determinar el comportamiento de la cadena de arroz en Colombia y variable próxima de la demanda de arroz paddy. (ii) Tampoco se valoró la elasticidad cruzada respecto a sus posibles sustitutos, (iii) ni la elasticidad de oferta de arroz paddy.

La demandada se negó a analizar estas variables afirmando que el mercado relevante es el de arroz paddy verde, desconociendo que las respuestas a los precios en el mundo real no permiten pensar que todos los demás

productos permanezcan constantes, pues todo está variando al mismo tiempo, luego todo debe valorarse en conjunto.

En ese orden, la probabilidad de que la conducta sancionada se deba a un acuerdo es menor a la probabilidad de que se deba a una dinámica propia del mercado, ya que la elasticidad del precio de la demanda y la elasticidad de sustitución del arroz blanco son altas.

Indicaron que un elemento técnico que debía tenerse en cuenta es que la zona en la que operan las sancionadas es de arroz de riego, así la respuesta de la oferta a cambios de los precios no es estacional, sino continua ya que se puede cultivar a lo largo del año.

b. *Caracterización de la cooperación o no de un mercado oligopolístico.*
Frente al argumento de la SIC según el cual se estaba en presencia de un oligopolio con precios uniformes que generaba un comportamiento colusivo, los actores aseveraron que existían otras muchas posibilidades aceptadas en la teoría económica, de las cuales podría concluirse que no existía simetría entre los cinco (5) molinos más grandes dado que existían otros ciento veinticinco (125) en el mercado del arroz de al menos tres (3) clases, con alto grado de homogeneidad. En ese orden, no cabría esperar que en el mercado se produjese un acuerdo indirecto de precios a voluntad de los molineros, así como tampoco se puede derivar la relación de causalidad entre precios uniformes en oligopolio con acuerdo indirecto de precios ya que no existiría una teoría de la conducta de los agentes que sustente en forma exacta tal comportamiento.

c. *Condiciones de oferta de arroz paddy en el primer semestre de 2004.*
Se remitieron a la información estadística del primer semestre de 2004 a partir de la cual se determinan las condiciones de mercado que explican adecuadamente el comportamiento de los precios en ese periodo. Se refirieron de manera precisa a la información del DANE en la que consta que los aumentos del área sembrada y de productividad significaron el aumento de la oferta, situación que se consideraba atípica en el mercado

pero que fue reconocida por el gremio de los productores de arroz paddy de FEDEARROZ.

Anotó que el comportamiento en el primer semestre de 2004 de los precios de arroz paddy verde no se debió a un acuerdo entre los compradores sino a la falla del acuerdo del gremio de los productores para “tonificar el precio”, lo cual restringió la oferta por la alta sensibilidad del precio a pequeños incrementos en el área sembrada. No obstante, la SIC no alude a éste acuerdo en los actos censurados¹⁷.

d. *Inconsistencia en el análisis económico.* La SIC utilizó la teoría de la fijación de precios finales de venta a un acuerdo de precios de insumos y de coordinación de políticas de compra, lo cual, a juicio de la parte demandante, es errado.

Explicó que el costo del insumo se define en una estructura de costos en la que nada tiene que ver la estructura del bien final, pues en éste caso el bien intermedio es un dato externo. En otras palabras se acudió a un análisis estático que desconoce la vida real en la cual todo es constante (área sembrada, productividad, cantidades demandadas y ofrecidas).

e. *Intervención del Estado en la cadena del arroz.* Efectuó un bosquejo de la intervención del Estado en el mercado arrocerero indicando que se efectúa a través de un proceso de concertación que tiene en cuenta mecanismos de administración de contingentes para asignar cupos de importación de arroz e incentivos para el almacenamiento de arroz paddy. Al respecto adujo que la SIC no había hecho valoración de todo este fenómeno al expedir los actos impugnados.

f. *Análisis intertemporal.* Añadió que la SIC omitió el análisis de un periodo de tiempo lo suficientemente amplio que le hubiera permitido estudiar datos que determinaban el funcionamiento de los aspectos claves que afectan el mercado de arroz paddy verde tales como los inventarios

¹⁷ Folios 27 y 28 del Cuaderno principal.

acumulados en el segundo semestre de 2003, el precio subastado en el seno del Consejo Nacional de Arroz para el segundo semestre de 2003, el área sembrada en el segundo semestre de 2003, la influencia del incentivo de almacenamiento en el comportamiento del mercado y la tradición de concertación gubernamental en el sector arrocero.

Cuarto Cargo. Violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política:

Los actores consideraron que para imponer la máxima sanción personal prevista por la ley en caso de transgresión de las normas de competencia, era necesario que dicha entidad determinara la responsabilidad del representante legal a quien pretende fijar la sanción mediante un proceso de imputación específica de responsabilidad que en este asunto se omitió, y en ningún momento demostró, como era su deber legal, que el señor Aníbal Roa tuviera un grado de responsabilidad en el acuerdo de precios por el que se le sancionó, toda vez que se encuentra acreditado que el señor Aníbal Roa Villamil no tuvo injerencia en las decisiones vinculadas a los hechos investigados pues para esa época no residía en el país por razones de seguridad, circunstancia que además acreditó el revisor fiscal.

Mencionaron los criterios de imposición de la sanción eran ilegales puesto que la terminación de un proceso por ofrecimiento de garantías no comportaba un juicio sobre la responsabilidad por conductas restrictivas de la competencia y tampoco procedía la ponderación de la sanción con base en el tamaño de las empresas en el mercado.

Quinto Cargo. Violación del artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho fundamental a la igualdad en la interpretación y aplicación del derecho:

Los demandantes señalaron que se trasgredió el derecho a la igualdad al multar por un monto menor a las demás empresas sancionadas, justificando su proceder en el tamaño de las mismas pese a que la conducta investigada y los hechos en los que se basa son los mismos.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Superintendencia de Industria y Comercio** contestó la demanda en los siguientes términos:

3.1. Que las actoras si bien señalaron las normas constitucionales y legales que consideraban transgredidas no hicieron el análisis de vulneración concreta de la normativa respecto de la actividad de la SIC.

3.2. Aclaró que la sanción no es fruto del estudio de los precios de venta acogidos por los molinos, si no de los de compra pagados a los agricultores en la adquisición de arroz paddy verde.

Precisó que la circunstancia de que el mercado corresponda a un bien homogéneo como el arroz y con tendencia a precios uniformes, no hace que los precios de agentes económicos independientes tengan que ser igual y con variaciones adoptadas en las mismas fechas y en los mismos porcentajes.

Señaló que los altos costos para cultivar el cereal y la obligación de pignorar la cosecha a favor del comprador, hacen que los molinos investigados ostenten en su totalidad el poder de negociación de éste tipo de arroz al punto que influyen decididamente para fijarle el precio a los vendedores.

Agregó que el cálculo de la elasticidad del precio de la demanda de arroz blanco y el de la elasticidad cruzada sugeridos por las empresas sancionadas, son indicadores que no tienen relación con el mercado relevante del arroz paddy verde¹⁸.

3.3. En relación con la caracterización del mercado adujo que el paralelismo consciente se refiere a formas de colusión de precios en un oligopolio y, que las ganancias por la participación en un acuerdo de precios no desvirtúa la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia.

¹⁸ No obstante ello, la SIC si analizó la influencia de los niveles de venta del 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 del arroz blanco.

3.4. Controvirtió la afirmación de la parte demandante según la cual no se valoró la información estadística que daba lugar a concluir que el comportamiento de precios se explicaba por las condiciones del mercado, trayendo a colación los documentos de los que se valió para imponer las sanciones, a saber: Estudios de Agrocadenas, documentos de trabajo del Ministerio de Agricultura, informes del Consejo Nacional Arrocero, libro titulado por Induarroz titulado “El Mercado de arroz en Colombia”, los datos estadísticos sobre la Encuesta Nacional Agropecuaria del DANE, entre otros¹⁹.

3.5. Ahora, en cuanto a la estacionalidad de las cosechas en los llanos y que tal aspecto afecte la del Tolima y el Huila, la SIC estimó que aun de admitirse ese argumento se obtendría que no se trata de una situación coyuntural presentada únicamente en el año 2004, ya que los industriales conocen cuáles son los meses de menor oferta y con la debida anticipación pudieron proyectar sus compras y mantener el nivel de inventarios adecuado a sus necesidades.

Partiendo del extremo de una presión competitiva derivada de la posibilidad de desabastecimiento que afrontaba cada molino, es claro que tal fenómeno se hubiese reflejado en un incremento de precios de compra de arroz paddy a lo largo del primer semestre de ese año. Sin embargo, lo que aconteció fue precisamente lo contrario, pues a partir del 23 de febrero de 2004 los molinos iniciaron una tendencia decreciente en los precios de compra de la materia prima (arroz paddy verde).

3.6. En relación con el cargo de inconsistencia en el análisis económico sostuvo que realizó el estudio del comportamiento del mercado con base en cifras reales aportadas por las mismas empresas y, que teniendo en cuenta lo anterior y las declaraciones ofrecidas por ellas mismas, concluyó en la existencia de un paralelismo tanto en aumentos como en disminuciones de precio ajenos al mercado.

¹⁹ Folio 95 ibídem.

3.7. Respecto de la intervención del gobierno a través de la fijación del precio mínimo de referencia y el incentivo de almacenamiento de arroz por parte de los industriales afirmó que tal circunstancia no puede ser considerada como instrumento para igualar los precios de compra en el mercado de arroz paddy verde, teniendo en cuenta que en un mercado de libre competencia lo recomendable es que cada agente económico debe comportarse de manera autónoma e independiente, de acuerdo con sus propios intereses.

3.8. En lo pertinente al análisis intertemporal señaló que no podía confundirse el periodo objeto de la investigación (primer semestre de 2004) con los periodos de tiempo que se tuvieron en cuenta para elaborar los estudios del comportamiento del arroz paddy verde en Colombia que datan del 2005.

3.9. Aludió a la responsabilidad del señor Anibal Roa Villamil expresando que el Certificado de Existencia y Representación Legal de las sociedades Molinos Roa S.A. y Molino Flor Huila S.A. no fue la única prueba que se ponderó para imponer las sanciones que se acusan, sino que se además se analizaron varias declaraciones del señor Roa Villamil y las actas de las Juntas Directivas de las cuales se desprende que le fue reportado permanentemente acerca de las actividades desarrolladas por las empresas que preside, que le fue consultado sobre las decisiones a adoptar, y que, al estar presente en las reuniones de las citadas Juntas Directivas de sus empresas, conoció, autorizó y toleró las determinaciones en lo que a precios de compra de arroz paddy se refiere.

3.10. El monto de la sanción a imponer a las empresas investigadas se impuso teniendo en cuenta que esas empresas ostentaban de manera conjunta la mayor cuota de participación en el mercado y la mayor solidez y capacidad financiera, lo cual se traduce en mayor grado de participación en el mercado y en una alta capacidad de determinación de los precios de compra del arroz paddy verde.

También señaló que existía una relación directa entre la infracción cometida y la sanción impuesta, de modo que se cumplió con el principio de proporcionalidad y no se vulneró el derecho a la igualdad ni al debido proceso.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo²⁰.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Tribunal Administrativo de Cundinamarca** mediante sentencia del 14 de mayo de 2012 negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas. Expuso los siguientes argumentos para tomar esa decisión:

5.1. En relación con el primer cargo, esto es, violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política y de los artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una valoración apropiada de las pruebas, por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación.

5.1.1. Explicó que la SIC llevó a cabo un análisis en bases reales aportadas por las sancionadas y la administración respecto a los precios ofrecidos a los agricultores y las variables que lo determinaron, evidenciándose un paralelismo consciente en los valores, de los cuales concluyó que existía una correspondencia de los precios con los movimientos de demanda a partir del estudio de aspectos como la estacionalidad de la cosecha, la expectativa de escases del arroz paddy verde, la negociación de cosechas por parte de los agricultores, la inelasticidad de la oferta y la concentración de la demanda. Afirmó que

²⁰ Folio 216 del Cuaderno principal.

todos estos análisis determinaban que la simetría de los precios, tiempos y movimientos se efectuaron en una coordinación deliberada de las sancionadas²¹.

5.1.2. Señaló que la Resolución 22625 del 15 de septiembre de 2005 en el numeral 4.4.7 tuvo presente la elasticidad del precio de demanda, al hacer alusión a los cálculos hechos por el Ministerio de Agricultura de los cuales concluyó que la producción de arroz y el área cultivada no aumentaron en la misma manera que lo hizo el precio.

Encontró cumplidos los requisitos de la prueba indiciaria contenidos en el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil al demostrarse la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, partiendo de los siguientes elementos probatorios:

Revisados los antecedentes administrativos encontró que la investigación se llevó a cabo por la interposición de una queja el 8 de julio de 2004 suscrita por varios productores arroceros en la cual señalaban la reducción que se presentó en el precio de compra del arroz paddy verde en algunas regiones del País²².

Dicha queja consta a folio 130 a 336 ibídem, donde los productores del cereal indican:

“Una vez más los productores arroceros acudimos a su despacho para manifestar nuestra enorme preocupación ante la ocurrencia de nuevas y sorpresivas disminuciones en el precio de la carga de arroz Paddy verde en varias regiones del país.

La reducción de precio que ya se había presentado y repostado ante la Superintendencia en el mes de febrero, se presentó de nuevo el pasa viernes en todo el área de los departamentos de Tolima y Huila.

En esta ocasión la carga de arroz redujo su precio en 3 mil pesos simultáneamente, sin que exista hecho de mercado alguno que lo justifique, ya que no estamos en época de cosecha, ni existen en el país altos inventarios. Tampoco se puede establecer como causa las importaciones ya

²¹ folios 35 a 71 del cuaderno anexos de la demanda

²² Resolución No. 13326 de 22 de junio de 2004 (folios 721 a 733 del Cuaderno de antecedentes administrativos 1 de 19).

que el cupo de 180 mil toneladas de Paddy seco autorizadas tan sólo han entrado aproximadamente 107.000 toneladas.

Al no existir justificación para la situación descrita, concluimos que es sector de la industria esta haciendo nuevamente uso de su posición dominante con el fin de manipular el mercado y prepararlo para que al momento de darse la cosecha fuerte del segundo semestre se reduzcan aún más los precios, en una situación que luego puede reflejarse en otras zonas como los Llanos, la Costa y los Santanderes...". (fol. 336 Cauderno Antecedentes administrativos 1 de 19)

Ahora bien, fue a partir de la información suministrada por las mismas empresas investigadas que la Superintendencia elaboró el estudio de comportamiento de compra de arroz paddy verde, del cual se concluyó que los movimientos presentados en el precio para el periodo comprendido entre enero y junio de 2004 presentaban una clara simetría²³.

Para ilustrar su análisis trajo a colación las actas de los Comités Asesores de los molinos Roa y Florhuila²⁴. Veamos:

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Acta No. 45 de 2 de enero de 2004 Molino Roa S.A. (fol. 641 Cdno de antecedentes 1 de 19)									
Huila				Tolima					
Grupo 1		Grupo 2		Grupo 1		Grupo 2		Grupo 3	
X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo
\$80.0 00	\$64 0	\$78.5 00	\$628	\$80.00 0.	\$64 0	\$78.50 0	\$62 8	\$80.0 00	\$640

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Acta No. 46 de 14 de enero de 2004 Molino Roa S.A. (fol. 638-637 Cdno de antecedentes 1 de 19)									
Huila				Tolima					
Grupo 1		Grupo 2		Grupo 1		Grupo 2		Grupo 3	
X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo
\$82.0 00	\$65 6	\$80.5 00	\$644	\$82.00 0.	\$65 6	\$80.50 0	\$64 4	\$82.0 00	\$656

²³ Folios 636 a 639 del Cuaderno de Antecedentes Administrativos 1 de 19.

²⁴ Folios 641 y siguientes ibídem.

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2007 00102 02
Actor: MOLINO FLORHUILA y OTROS

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Acta No. 48 de 5 de febrero de 2004 Molino Roa S.A. (fol. 633-634 Cdno de antecedentes 1 de 19)									
Huila				Tolima					
Grupo 1		Grupo 2		Grupo 1		Grupo 2		Grupo 3	
X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo
\$83.0 00	\$66 4	\$81.5 0	\$652	\$83.00 0.	\$66 4	\$81.50 0	\$65 2	\$83.0 00	\$649

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Acta No. 50 de 23 de febrero de 2004 Molino Roa S.A. (fol. 630-631 Cdno de antecedentes 1 de 19)									
Huila				Tolima					
Grupo 1		Grupo 2		Grupo 1		Grupo 2		Grupo 3	
X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo
\$79.5 00	\$63 6	\$78.0 00	\$624	\$80.00 0.	\$64 0	\$78.50 0	\$62 8	\$80.0 00	\$640

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Acta No. 51 de 13 de marzo de 2004 Molino Roa S.A. (fol. 625-628 Cdno de antecedentes 1 de 19)									
Huila				Tolima					
Grupo 1		Grupo 2		Grupo 1		Grupo 2		Grupo 3	
X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo	X 125 Kilos	X Kilo
\$79.5 00	\$63 6	\$77.0 00	\$616	\$80.00 0.	\$64 0	\$77.50 0	\$62 0	No fijo precio	No fijo precio

Según visita administrativa obrante a Cuaderno No 12 el Tribunal encontró las Circulares del Molino Florhuila S.A. que indican:

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG33 de 11 de junio de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 34 Cdno No. 12)									
Grupo 1			Grupo 2			Grupo 3			

Rad. Núm.: 25000 2324 000 2007 00102 02
Actor: MOLINO FLORHUILA y OTROS

X 125 Kilos	X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$75.000	\$72.500	\$67.000

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG32 de 21 de mayo de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 35 Cdno No. 12)		
Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3
X 125 Kilos	X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$77.000	\$74.500	\$69.000

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG32 de 17 de marzo de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 36 Cdno No. 12)		
Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3
X 125 Kilos	X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$80.000	\$77.500	\$72..000

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG30 de 25 de febrero de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 37 Cdno No. 12)		
Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3
X 125 Kilos	X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$80.000	\$78.500	\$78.5000

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG28 de 24 de febrero de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 38 Cdno No. 12)		
Grupo 1	Grupo 2	Grupo 3
X 125 Kilos	X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$80.000	\$78.500, planta venadillo \$81.000	\$78.500 planta venadillo \$79.500

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG25 de 17 de febrero de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 39 Cdno No. 12)	
Grupo 1	Grupo 2
X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$83.000, planta venadillo \$84.000	\$81.500

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG23 de 19 de enero de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 40 Cdno No. 12)	
Grupo 1	Grupo 2
X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$82.000, planta venadillo \$83.000	\$80.500, planta venadillo \$81.500

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG22 de 7 de enero de 2004 Molino Florhuila S.A. (fol. 41 Cdno No. 12)	
Grupo 1	Grupo 2
X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$80.000, planta venadillo \$81.000	\$78.500, planta venadillo \$79.500

Cambios de precios para compra de Arroz paddy Circular GG19 de 22 de diciembre de 2003 Molino Florhuila S.A. (fol. 42 Cdno No. 12)	
Grupo 1	Grupo 2
X 125 Kilos	X 125 Kilos
\$78.000 planta venadillo \$79.000	\$76.500, planta venadillo \$77.500

Todos éstos documentos y situaciones fueron tenidas en cuenta por la SIC para adoptar su decisión, ya que evidenció la similitud en los precios tanto de ascenso como de descenso y en un mismo periodo de tiempo.

El Tribunal destacó que el análisis realizado se hizo frente al precio ofrecido para la compra del arroz paddy, por ser en éste que se presentó la irregularidad el primer semestre de 2004.

5.1.3. No halló violación del derecho constitucional al debido proceso por cuanto la actora contó con la posibilidad de solicitar y controvertir las pruebas, de interponer los recursos que procedían los cuales fueron resueltos por la demandada tal y como consta en la Resolución No. 30193 del 14 de noviembre de 2006.

Concluyó que no existió vulneración de los artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, ya que las decisiones aquí acusadas se basaron en pruebas aportadas en legal forma al expediente administrativo, y el indicio sobre el cual se estructuró la investigación, esto es, la queja de los productores de arroz, junto con los demás elementos probatorios lograron demostrar que la reducción de los precios del arroz para el periodo de enero a junio de 2004 fue producto de un acuerdo con explicación racional económica.

5.2. En cuanto al segundo cargo relacionado con la *“Aplicación indebida del artículos Segundo (2) numerales 1 y 2, del artículo 4 numeral 15 y 16 de los artículos 44, 45 numerales 1 y 47 numeral 1 del decreto 2153 de 1992. El solo paralelismo en precios no es, en sí mismo, ilícito; la necesidad de pruebas adicionales”*, el Juzgador de Primera Instancia se remitió a lo expuesto con anterioridad, específicamente a lo dispuesto en los artículos 2º, 44, 45 y 47 del Decreto 2153 de 1992, aduciendo que fue en cumplimiento de la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales y en respuesta a la queja presentada por los productores arroceros el 8 de julio de 2004, que la SIC abrió investigación e inició el análisis de la similitud de precios y de sus variaciones frente a la compra del arroz paddy verde.

5.3. En cuanto al tercer cargo, “*Violación de los artículos 174, 175, 248 del Código de Procedimiento Civil Características y requisitos de la prueba indiciaria*”, el a quo reiteró los argumentos expuestos frente al cargo primero, toda vez, que la SIC realizó un análisis en bases reales aportadas por las sancionadas y por la Administración respecto a los precios ofrecidos a los agricultores y las variables que lo determinaron, lo cual evidenció un paralelismo consciente. En tal contexto, se cumplieron los requisitos de la prueba indiciaria pues la actuación administrativa comenzó con la queja escrita de los agricultores de arroz, indicio que fue probado al hacer la respectiva investigación.

5.4. Frente al cuarto cargo, “*Violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política*”, el Tribunal se remitió igualmente a lo expuesto para el cargo primero en lo atinente a la forma en que se resolvió el cargo de violación del derecho al debido proceso y a la buena fe.

5.5. En relación al quinto cargo, “*Violación del artículo 13 de la Constitución Política que consagra el derecho fundamental a la igualdad en la interpretación y aplicación del derecho*”, señaló que no fue en virtud del principio de igualdad que ponderó la sanción sino en virtud del principio de proporcionalidad atendiendo a criterios tales como la participación de la sociedades en el mercado del arroz, capacidad financiera de los investigados para determinar el precio de compra del cereal paddy verde y su reincidencia en éstas mismas prácticas.

En cuanto a la sanción fijada al señor Aníbal Roa Villamil precisó que fue impuesta en su calidad de Gerente de conformidad con lo reglado por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, debido a que tenía un cargo de dirección y por lo tanto se deducía su conocimiento acerca de los precios del cereal.

Del análisis anterior el Tribunal concluyó que la SIC con la expedición de los actos demandados no vulneró los artículos 13, 29, 83 y 209 de la Constitución Política, los artículos 3, 34, 35, 36 y 69 del Código

Contencioso Administrativo, los artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, ni incurrió en transgresión al derecho a la igualdad, así como tampoco quebrantó el debido proceso.

Finalmente aseveró que al no encontrar desvirtuada la presunción de legalidad no procedía el estudio de la pretensión de restablecimiento del derecho consistente en la devolución de las sumas líquidas pagadas por los demandantes.

VI. EL RECURSO DE APELACION

La **parte actora** interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal aduciendo lo siguiente:

6.1. Arguyó que el Tribunal no estudió los cargos primero y tercero de la demanda y que se limitó a hacer con “*copy and paste*” del análisis efectuado por la SIC en los actos acusados. Para ilustrar su afirmación resumió los argumentos expuestos en cada uno de los citados cargos y el consiguiente análisis del Tribunal.

Anotó que cuando el *a quo* se refirió a la elasticidad del precio de la demanda citó las conclusiones respecto de la elasticidad de la oferta. Tal cita es la siguiente: “*De acuerdo con los estudios realizados por el Ministerio de Agricultura sobre la elasticidad precio de la oferta de arroz, la oferta es inelástica (menor que 1) en cuanto al área cultivada y la producción, lo que quiere decir que ante variaciones de precio, la oferta no responde en la misma forma*”.

Respecto de la prueba indiciaria señaló que tampoco existía coincidencia entre lo planteado en la demanda y lo argumentado en la sentencia apelada, pues mientras en aquélla el fundamento de violación de las normas procesales que gobiernan esa figura radicaba en que la SIC no analizó los contraindicios, el Juzgador de Primera Instancia indicó que el

acuerdo anticompetitivo se encontraba probado.

Tampoco hubo correspondencia en relación con el cargo de vulneración de los artículos 29 y 83 de la Constitución, pues fue planteado para enrostrar que la SIC tomó como cierto un hecho sancionable sin haberlo demostrado, en tanto que el Tribunal adujo que la demandada no había violado el debido proceso porque la actora contó con la posibilidad de solicitar y controvertir las pruebas y de interponer los recursos que le fueron resueltos.

Respecto de la trasgresión del principio de buena fe, el Juzgador de Primera Instancia afirmó sin justificar tal aseveración, que el acuerdo anticompetitivo se encontraba probado y que por lo tanto no había transgresión del principio mencionado.

6.2. En relación con el cargo segundo estimó que el Tribunal no se detuvo a estudiar la indebida interpretación y aplicación de los numerales 1º y 2º del artículos 2º, numerales 15 y 16 del artículo 4º, artículo 44, numeral 1º del artículo 45 y numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Agregó que simplemente se limitó a tener por ciertas las afirmaciones de la SIC sin ningún respaldo.

Lo anterior permite concluir que el Tribunal incurrió en los mismos yerros de la SIC al entender que basta con que los precios de un producto sean similares para deducir que se produjo un acuerdo para fijarlos, lo cual es abiertamente violatorio del principio de tipicidad y legalidad, como quiera que ninguna norma consagra uniformidad de precios como una conducta sancionable. Es necesario, como lo establece el ordenamiento jurídico, que se demuestre la voluntad de las partes para fijar los precios concertadamente.

6.3. A juicio de la actora no se hizo estudio de ninguno de los argumentos plasmados en el cuarto cargo, esto es, la violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política.

6.4. No se valoraron las pruebas aportadas durante la actuación administrativa ni las que se allegaron en el proceso judicial, pues no se hizo mención de ellas en la sentencia de primera instancia lo cual desconoce el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil.

6.5. Los motivos aducidos en la sentencia apelada para denegar la prosperidad del quinto cargo son violatorios del principio de presunción de inocencia puesto que se fundan en argumentos que no fueron invocados en el acto administrativo sancionatorio acusado.

En efecto, en las resoluciones se cuantificó la sanción atendiendo a que existía una investigación anterior por ofrecimiento de garantías y al volumen de compra de arroz paddy verde que realizaron en el primer semestre de 2004.

Al respecto, en la contestación de la demanda la SIC presentó nuevos argumentos para justificar el monto de la sanción impuesta relacionados con la participación en el mercado y la capacidad financiera de las sociedades, argumentos éstos que prohió el Tribunal sin analizar que la Resolución No. 22625 de 2005 no los tuvo en cuenta. Ilustró lo anterior trayendo a colación el aparte pertinente de la sentencia apelada: *“no fue en virtud del principio de igualdad que se efectuó tal ponderación, sino en virtud del principio de proporcionalidad por lo que al tenerse en cuenta por parte de la SIC a la hora de imponer la sanción criterios como la participación de las sociedades en el mercado de arroz y al tener ésta la mayor participación y capacidad financiera podían determinar el precio de compra del cereal paddy verde, además de tomarse en cuenta su reincidencia en estas mismas (sic prácticas, no se va en contravía del derecho a la igualdad”²⁵.*

En relación con la sanción impuesta al señor Anibal Roa, la SIC no dio explicación sobre el monto de la sanción impuesta, y no obstante, el Tribunal creó un argumento que ni siquiera fue esgrimido en la contestación de la demanda consistente en que el grado de participación en el mercado

²⁵ Folio 285 del Cuaderno del Tribunal.

de Molinos Roa y Florhuila justificó la imposición de una mayor sanción a su representante legal.

Sostuvo que existía una clara violación del principio de buena fe y el debido proceso, pues tomó como cierta la afirmación de la SIC en la contestación cuando expresó que las sociedades investigadas habrían incurrido con anterioridad en las mismas conductas por las cuales se sancionó en ésta oportunidad, desconociendo que el cierre de una investigación por ofrecimiento de garantías no implica un juzgamiento o una decisión sobre la comisión de una conducta anticompetitiva, y por lo tanto, de dicha circunstancia no puede derivarse una supuesta reincidencia.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

7.1. La SIC alegó de conclusión reiterando algunos argumentos de la contestación de la demanda. Adicionalmente, trajo a colación un cuadro comparativo de los precios de arroz paddy verde de las empresas Molinos Roa, Unión de Arroceros, Diana, Flor Huila y Procearroz²⁶ de los cuales concluyó que los molinos investigados registraron coincidencia de 6 a 6 variaciones introducidas al precio de la citada clase de arroz, lo cual equivalía al 100% de sus movimientos. Explicó lo dicho con el siguiente cuadro:

TABLA N° 1 RESUMEN COMPORTAMIENTO DE PRECIOS BASE DE COMPRA ARROZ PADDY VERDE EN EL PERIODO ENERO A JUNIO DE 2004						
Fecha inicio variación ⁹	PRECIOS G1 en pesos					
	Roa	Flor Huila	Procearroz	Uniarroz	Diana	variación
01 de enero	78.000	78.000	77.600	78.000	78.000	
7 de enero	80.000	80.000	79.600	80.000	80.000	2.000
19 de enero	82.000	82.000	81600	82.000	82.000	2.000
17 de febrero	83.000	83.000	No varía	No varía	83.000	1.000
23 de febrero	80.000	80.000	79.600 ¹⁰	80.000	80.000	-3.000
19 de mayo	77.000	77.000	76.600	76.600	76.600	-3.000
10 de junio	75.000	75.000	74.600	75.000	75.000	-2.000

²⁶ Folios 11 a 18 de éste Cuaderno.

Adujo que el análisis efectuado se orientó a determinar si el paralelismo era producto de la estructura natural del mercado o si había obedecido a un movimiento coordinado de los molinos dirigido a no competir o a reducir la incertidumbre que generaba para ellos un manejo independiente en la política de precios. Los resultados concluyeron que no era explicable bajo condiciones de mercado que cinco (5) empresas que compiten a diario por el abastecimiento de su principal materia prima y que presentaban posibilidades y requerimientos diferentes mantuvieran un precio uniforme por más de ciento ochenta (180) días consecutivos.

La Superintendencia determinó que tal paralelismo no fue producto de movimientos de la demanda, o de la estacionalidad de la cosecha en Departamentos como Tolima y Huila, ni de la expectativa de escasez de arroz paddy verde, ni de la incapacidad de negociación de las cosechas por parte de los agricultores, sino que, por el contrario, la conclusión fue que hubo prácticas concertadas entre ellas que violaban el régimen del Decreto 2153 de 1992.

También se refirió a lo expuesto por el Tribunal en el fallo apelado prohijando los razonamientos hechos en cada uno de los cargos.

Sobre el tema de la inelasticidad de la demanda agregó que sí había sido tomada en cuenta en los actos que se impugnan, especialmente en la Resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005 cuando se alude a los cálculos efectuados por el Ministerio de Agricultura (numeral 4.4.7).

Respecto de la presunta vulneración del derecho a la igualdad y la aplicación del criterio de proporcionalidad en la tasación de la sanción, indicó que tal derrotero se encuentra previsto en el orden jurídico (Decreto 2153 de 1992) y que la SIC dio plena aplicación.

7.2. La **parte demandante** allegó escrito reiterando la misma posición esbozada en el recurso de apelación.

VIII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en el asunto.

IX. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

X. CONSIDERACIONES

El análisis del caso se efectuará a la luz de lo expuesto en el recurso de apelación en aplicación de lo previsto en el artículo 320 del Código General del Proceso²⁷. En consecuencia el análisis del caso se efectuará en el orden de los cargos que esbozaron las memorialistas en su escrito, previa la siguiente contextualización del asunto:

- Planteamiento

La Superintendencia de Industria y Comercio expidió las Resoluciones acusadas como resultado de la investigación administrativa adelantada contra las actoras y algunos otros molinos de arroz, al comprobar que incurrieron en un acuerdo contrario a la libre competencia, al fijar o acordar los precios de compra del arroz paddy verde durante un período de tiempo que comprende el primer semestre del año 2004.

²⁷ “**Artículo 320. Fines de la apelación.** El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión. Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.”.

En específico, la SIC encontró trasgredido el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que es del siguiente tenor:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”.

Tal reproche encuentra respaldo constitucional en los artículos 78²⁸ y 333²⁹ Superiores, y en lo dispuesto en la Ley 155 de 1959, “*Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas*”, que en su artículo primero establece:

“ARTÍCULO 1º. (Modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963). **Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto** limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas,

²⁸ **“ARTICULO 78.** La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”.

²⁹ **“ARTICULO 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

*procedimientos o sistemas tendientes a **limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos...”. (Negrillas fuera de texto).*

Para comprender de mejor manera la conducta investigada, es necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 que define lo que debe entenderse por un “acuerdo” contrario a la libre competencia:

“ARTÍCULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

10.1. Ausencia de análisis de los cargos primero y tercero de la demanda

10.1.1. El primer cargo de la demanda estuvo dirigido a afirmar que la SIC no había valorado las pruebas aportadas con el rigor suficiente y que ello había dado lugar a la expedición de los actos que se enjuician. Al respecto, lo que observa la Sala es que tal aseveración es apenas un señalamiento general sobre la presunta ausencia de ponderación de elementos probatorios y que, contrario a lo dicho, al respecto el Tribunal sí se pronunció, es más, lo hizo de forma expresa, veamos:

“Al estudiar el acervo probatorio y al revisar la Resolución No. 22625 de 15 de septiembre de 2005 (Fls.17-76 del Cdn. de anexos de demanda) se observa, que la Superintendencia de Industria y Comercio hizo una valoración apropiada de las pruebas, por lo que no se evidencia omisión o incorrecta apreciación de las mismas, afirmación que se sustenta en: la SIC llevo a cabo un análisis en bases reales aportadas por las sancionadas y la administración respecto a los precios ofrecidos a los agricultores y las variables que lo determinaron, evidenciándose un paralelismo consciente en los valores, tal y como se expresó en la resolución sancionatoria a folios 35 a 71 del Cdn. de anexos de demanda., donde hace relación a la correspondencia de los precios con los movimientos de demanda, estudia la estacionalidad de la cosecha, la expectativa de escases del arroz paddy verde, la negociación de cosechas por parte de los agricultores, la inelasticidad de la oferta y la concentración de

*la demanda, todos estos análisis de los que concluyó, que la simetría de los precios, tiempos y movimientos se efectuaron en una coordinación deliberada de las sancionadas.*³⁰.

10.1.2. En lo que hace al cargo tercero advierte la Sala que fueron varios los argumentos esbozados por la parte actora dirigidos a establecer que la prueba indiciaria con base en la cual se formularon los cargos y se sancionaron las conductas restrictivas de la competencia, carecía de respaldo probatorio en consideración a los contraindicios que se explicaron en las diferentes actuaciones administrativas y en el escrito de demanda. Los siguientes fueron los aspectos relacionados en éste último escrito:

10.1.2.1. Caracterización del mercado relevante y su funcionamiento

Sostuvieron los actores que la SIC no estudió variables como la elasticidad del precio de la demanda de arroz blanco, la elasticidad cruzada, ni la elasticidad del precio de la oferta de arroz paddy y que ello dio lugar a que fuesen sancionadas.

a. Para resolver este cargo es indispensable comenzar por definir el alcance del término “*elasticidad*” el cual es una medida de sensibilidad de las variables económicas, que sirve para determinar qué tanto responde una variable cuando otra cambia en su valor. En otras palabras, mide las variaciones del precio sobre la cantidad demandada u ofrecida.

Así las cosas, la *elasticidad en la demanda* se orienta a medir los cambios en las cantidades demandadas de un bien respecto de los cambios en su precio; en tanto que la *elasticidad en la oferta* mide los cambios en las cantidades ofrecidas de un bien respecto a los cambios en su precio.

La *elasticidad cruzada*, por su parte, mide la respuesta de la cantidad demandada de un producto cuando varía el precio de otro producto. Tal fórmula permite determinar si los bienes son complementarios o sustitutos.

³⁰ Folios 241 y 242 del Cuaderno del Tribunal.

b. Revisado el expediente lo que observa la Sala es que el Tribunal se refirió a la *elasticidad del precio de la demanda* de arroz paddy y de arroz blanco para decir que no había lugar a estudiar este tipo de elasticidad porque de lo que se trataba era de verificar el precio que los molinos pagaban a los agricultores por el arroz paddy verde. En otras palabras, lo que buscaba era medir los cambios en las cantidades ofrecidas respecto de los cambios en su precio (elasticidad de la oferta)³¹.

En ese orden, la apreciación de los recurrentes no tiene vocación de prosperar, pues el Juzgador de Primera Instancia sí resolvió ese cargo.

Las demandantes también afirmaron que ni la Superintendencia ni el Tribunal estudiaron la *elasticidad cruzada*, es decir, presuntamente no se analizó si existían sustitutos del arroz paddy y que ello pudiera incidir en la nivelación del precio. Sobre el particular observa la Sala que, contrario a lo dicho por la parte actora, la SIC sí se pronunció al expresar que se presentaban las condiciones para verificar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, una de las cuales fue la acreditación de que el producto no tenía sustitutos. Así lo expresó la demandada:

- “1.- Existen pocas empresas.
- 2.- El producto es homogéneo.
- 3.- El producto no tiene sustitutos (si los tuviera, un incremento de los precios puede llevar a los clientes a comprar el producto sustituto).
- 4.- La información acerca de las transacciones de ventas es ampliamente disponible: esto es, información acerca de quién vendió, cuánto producto, a quién, a qué precio.” (Subrayas de la Sala).

Vistas así las cosas, no encuentra la Sala que deba acogerse el cargo por las razones que adujeron las actoras, pues la SIC sí analizó las variables económicas a efectos de descartar que la uniformidad de los precios en la compra de arroz paddy verde obedecía a un comportamiento del mercado.

³¹ Al respecto la Resolución No. 22625 de 2005 precisó lo siguiente:

“en el expediente no está probado que la oferta de arroz paddy verde sea elástica respecto al precio. Más bien lo contrario. De acuerdo con estudios realizados por el Ministerio de Agricultura sobre la elasticidad –precio de la oferta de arroz- la oferta es inelástica (menor que 1) en cuanto al área cultivada y la producción³¹ lo que quiere decir que ante variaciones en el precio, la oferta no responde en la misma forma.”³¹.

10.1.2.2. Existencia de un oligopsonio

a. Es pertinente definir lo que se ha entendido por un mercado con características de oligopsonio:

“El oligopsonio es un tipo de mercado en el que hay pocos demandantes, aunque sí puede haber una gran cantidad de oferentes. Por tanto, el control y el poder sobre los precios y las condiciones de compra en el mercado, reside en los demandantes o compradores.

El término proviene de la palabra griega oligo (pocos) y psonio (compra) y sería, por tanto, una figura contraria al oligopolio, donde el poder reside en los oferentes o en los vendedores (del griego, polios). También se utiliza el término “oligopolio de demanda” para designar al oligopsonio.

Características del mercado en una situación de oligopsonio

- *Se desenvuelve en un mercado de competencia imperfecta, debido a que, tal como hemos comentado, hay actores (en este caso los compradores), que pueden ejercer poder sobre las condiciones de mercado.*
- *Las empresas son interdependientes, es decir, las políticas que llevan a cabo cada una de ellas, tienen repercusión de una manera directa en el resto.*
- *Los productos de este tipo de mercado suelen ser homogéneos.*
- *Las empresas demandantes cuidarán que el precio de mercado acordado entre ellas les asegure ganancias extraordinarias a todas, pero que a su vez, no sea estímulo suficiente para atraer nueva competencia al mercado.*

La situación extrema de este tipo de mercado, nos la encontraríamos en aquel en el que hubiera gran número de oferentes y solo existiera un demandante. Pero en este caso, ya no se denominaría oligopsonio, si no que estaríamos frente a un monopsonio puro, mucho menos frecuente que el primero.”³²

b. Las memorialistas sostuvieron que la homogeneidad del producto aunado a la existencia ciento veinticinco (125) molinos de tres (3) clases impedía que se hablara de un oligopolio.

Al respecto lo que se advierte es que la SIC nunca se refirió a la existencia de un oligopolio sino a la de un oligopsonio, circunstancia que descartaría el análisis que al respecto efectuaron las demandantes para discutir la legalidad de las resoluciones que se acusan frente a éste aspecto, pues se trata de distintos fenómenos de la economía. En efecto, el oligopolio está referido a la existencia de varias empresas que ofrecen un mismo producto

³² Ver enlace: <http://economipedia.com/definiciones/oligopsonio.html>

sin que ninguna de ellas pueda imponerse totalmente en el mercado; en tanto que, como se vio, un oligopsonio supone la existencia de muchos oferentes y pocos compradores donde el poder lo ostentan éstos para definir el precio del mercado. Circunstancias como ésta última son los que hacen que los mercados se inclinen a que se presenten fenómenos de cartelización.

Sin embargo, y en aras de esclarecer éste punto, la Sala analizará los argumentos expuestos por la SIC respecto de la existencia de un oligopsonio en el mercado de arroz paddy verde en el primer semestre de 2004.

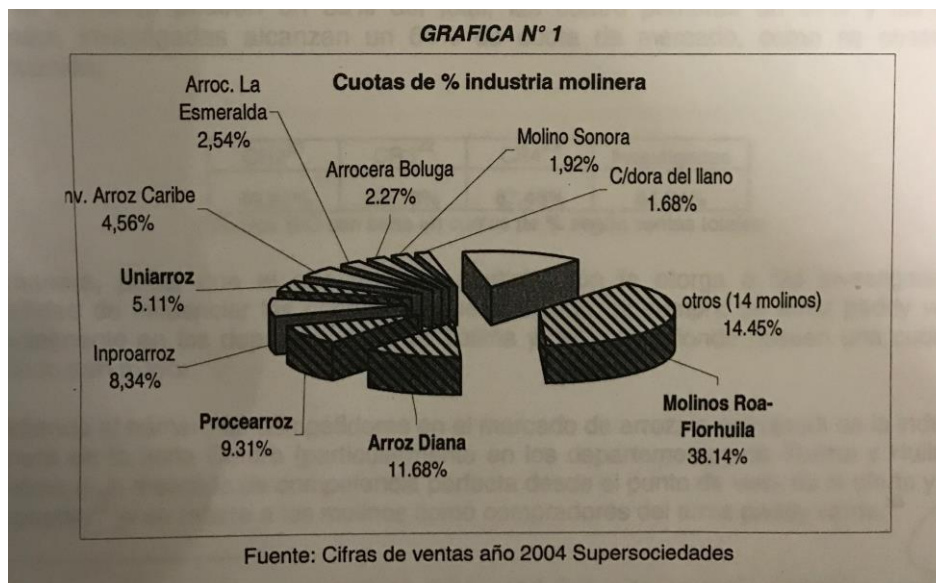
c. Revisado el expediente se observa que la investigación efectuada por la demandada se basó en la conducta desplegada por los molinos Florhuila, Diana, Roa, Procesadora de Arroz y Unión de Arroceros, lo cual descarta la comparación que pretenden hacer en relación con los ciento veinticinco (125) molinos del nivel nacional.

En efecto, la actuación administrativa da cuenta de que, para la época de los hechos que dieron lugar a la conducta que se reprocha, el procesamiento de arroz paddy verde estaba en manos de setenta y cuatro (74) molinos activos, veinticinco (25) de los cuales se ubican en Tolima y Huila, y que de éstos, solamente doce (12) aplican tecnologías de punta y poseen economías de escala, dentro de las cuales se encuentran las demandantes.

La investigación administrativa también evidencia que los demás molinos se caracterizaban por la aplicación de tecnologías atrasadas, bajos niveles de inversión y porcentajes de producción bajos, factores que impedían una competencia efectiva en igualdad de condiciones frente a los molinos que realizaban grandes inversiones y tenían desarrollo tecnológico, como es el caso de las empresas investigadas.

Del informe del Instituto Iberoamericano de Cooperación para la

Agricultura³³, que fue objeto de análisis en los actos que se censuran, se desprende que los doce (12) molinos tecnificados de la zona centro procesan el equivalente al sesenta por ciento (60%) de la producción del arroz paddy verde del país. La siguiente gráfica demostró lo anterior:



Los molinos más representativos en cuanto a su volumen de venta son Roa y Flor Huila (38%), Arroz Diana (12%), Procearroz (9%), Improarroz (8%) y Uniarroz (5%), lo cual indica que las empresas investigadas están dentro de las seis (6) primeras con más poder de mercado en Colombia.

Siendo ello así, es evidente el alto grado de participación de las demandantes en el mercado del arroz y la posibilidad de influenciar las condiciones de mercado, lo cual a juicio de la Sala, hace que se califique de correcta la interpretación que efectuó la SIC acerca de la existencia de un oligopsonio pues es claro que las demandantes detentan el control y poder sobre los precios, sin que para el estudio de éste cargo la parte actora haya expuesto un argumento suficiente que logre desvirtuar la presunción de legalidad de las decisiones que se impugnan.

d. A lo anterior se agrega el escaso, por no decir inexistente, poder de negociación de los agricultores a la hora de vender el arroz a los molinos. Lo anterior fue acreditado debidamente por la demandada cuando realizó

³³ Folio 33 del Cuaderno de Anexos de la Demanda.

las visitas a las instalaciones de cada una de las empresas investigadas en las cuales halló contratos de prenda celebrados con los agricultores, liquidaciones y documentos de pago. Respecto de los citados contratos se encontró que el objeto consiste en garantizar las obligaciones mediante prenda sin tenencia de bienes. Allí se pactan como obligaciones del deudor prendario la prohibición de entregar a cualquier título a terceros los bienes dados en prenda, así como el compromiso de entregar al acreedor prendario (molino) la totalidad de la producción de las unidades o lotes que quedan plenamente identificados en cuanto a su ubicación, características y extensión.

También se pacta la posibilidad de vender a otro molino que ofrezca mejor precio pero condicionado a la autorización previa y escrita del acreedor, so pena de cancelar el equivalente al tres por ciento (3%) mensual sobre todas las sumas adeudadas.

Adicionalmente se encuentran cláusulas penales que someten el pago del diez por ciento (10%) del valor total del contrato en caso de que, por cualquier motivo, el deudor no entregue el cultivo objeto de la prenda al molino acreedor.

Lo anterior demuestra claramente la existencia de un oligopsonio en el caso concreto, dado el poder de mercado de los molinos demandantes y el evidente sometimiento de los agricultores a las políticas de mercado que aquéllos trazaron en el periodo investigado.

10.1.2.3. Condiciones de la oferta de arroz paddy en el primer semestre de 2004

a. Las actoras señalan que el aumento del área sembrada y el consiguiente incremento de la productividad y la falla del acuerdo del gremio de los productores para fortalecer el precio del arroz paddy verde fueron las causas que originaron la uniformidad en su precio. Al respecto aportan como prueba de su dicho la intervención del entonces Ministro de

Agricultura, Andrés Felipe Arias, en la respuesta escrita al debate de la proposición número 005 en la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes en la legislatura 2005-2006³⁴, llevada a cabo el 5 de octubre de 2005 y la publicación de FEDEARROZ en la revista Arroz de septiembre a octubre de 2005³⁵.

b. Sobre el particular debe la Sala observar que el aumento en la demanda de arroz paddy por virtud del incremento del área sembrada y de la productividad de las cosechas no es una condición eficiente que determine la uniformidad de los precios, sino que eventualmente puede generar la caída de los mismos. Se trata entonces de dos situaciones distintas que llevan indiscutiblemente a dos conclusiones diferentes siendo la primera objeto de investigación por resultar reprochable jurídicamente. En efecto, lo que se censura legalmente es que exista uniformidad de precios en un mercado y no que haya una posible disminución de los mismos.

c. Al respecto y sobre el comportamiento de la oferta y la demanda de arroz paddy verde la SIC adujo un análisis que no fue tampoco desvirtuado por la parte demandante consistente en que en el primer semestre de 2004 los molinos investigados presentaron coincidencia en seis (6) de seis (6) variaciones en el precio de compra del arroz, es decir, en el ciento por ciento (100%) de sus movimientos, así:

“Primera variación: Realizada desde el 7 de ener y hasta el 19 de enero de 2004, en la cual las empresas presentaron el mismo incremento de dos mil pesos (\$2.000) sobre el precio inicial de \$78.000³⁶.

Segunda variación: Realizada desde el 19 de enero y hasta el 17 de febrero de 2004, en la cual Roa, Flor Huila, Uniarroz y Diana realizaron un incremento de dos mil pesos (\$2.000) sobre el precio de \$80.000. Procearroz efectuó el cambio de precio en igual cuantía, dos días después de que lo efectuaron las otras empresas investigadas. Este precio se mantuvo por un mes.

Tercera variación: Realizada desde el 17 de febrero y hasta el 23 de febrero de 2004, en la cual Roa, Flor Huila y Diana realizaron un incremento de mil pesos (\$1.000) sobre el precio de \$82.000. Uniarroz y Procearroz no

³⁴ Folio 26 del Cuaderno del Tribunal.

³⁵ Investigaciones Económicas Fedearroz, Radiografía de dos años arroceros, 2004-2005. Revista Arroz, septiembre – octubre de 2005, vol. 53 No. 458, Edita Fedearroz. P 5.

³⁶ El precio de Procearroz presenta una diferencia de \$400, por el valor del flete entre el centro de producción y el sitio de comercialización. En cuanto a las fechas de cambio Roa, Flor Huila y Diana efectuaron el cambio de precios el día 7 de enero de 2004 y Procearroz el día 9 de enero de 2004.

realizaron ninguna modificación³⁷.

Cuarta variación: Realizada a partir del 23 de febrero y hasta el 19 de mayo de 2004³⁸, en la cual Roa, Flor Huila y Diana realizaron la misma disminución de tres mil pesos (\$3.000) sobre el precio de \$83.000. La disminución de Procearroz y Uniarroz fue de dos mil pesos (\$2.000)³⁹. Este precio se mantuvo invariable durante 87 días.

Quinta variación: Realizada a partir del 19 de mayo de 2004 y hasta el 10 de junio, en la cual Roa, Flor Huila y Diana realizaron la misma disminución de tres mil pesos (\$3.000) sobre el precio de \$80.000. Este precio se mantuvo durante 23 días⁴⁰.

Sexta variación: Realizada a partir del 10 de junio y hasta el 3 de junio de 2004m en la cual las empresas investigadas realizaron la misma disminución de dos mil pesos (\$2.000) sobre el precio de \$77.000.⁴¹ ⁴².

d. La Sala advierte que en éste tipo de conflictos se debe partir del análisis del mercado en condiciones perfectas, es decir, aquél en el cual son iguales las cantidades ofrecidas y las demandadas, en otras palabras, todos los productores estarían dispuestos a producir la cantidad necesaria de acuerdo con la demanda. Se trata entonces de un mecanismo de mercado que ocurre por la interacción de la oferta y la demanda, de modo que al final del proceso sólo existe un resultado que es el precio de mercado.

También existen estructuras de competencia imperfecta, como los oligopsonios, en los cuales la característica es el alto grado de interdependencia entre los agentes económicos, de manera que cualquier decisión de uno de sus miembros va a provocar una reacción o respuesta de los competidores. Cuando ocurren estos fenómenos se genera una incertidumbre frente al comportamiento que adoptarán los participantes que se traduce en dos posibilidades: la primera, que las empresas traten de adivinar las reacciones de sus rivales y se adelanten a ellos, lo que da lugar

³⁷ Nótese que si bien es cierto Uniarroz y Procearroz no efectuaron variación en éste periodo, en la cuarta variación se igualan con las otras investigadas y efectúan la misma disminución.

³⁸ Procearroz y Diana efectuaron la variación en el precio con fecha 23 de febrero y Roca, Uniarroz y Flor Huila con fecha de 24 de febrero.

³⁹ Nótese que aún cuando Uniarroz y Procearroz no realizarn ninguna variación en el precio, en el periodo comprendido entre el 17 y 23 de febrero, igualan el precio de las empresas Roa, Flor Huila y Diana ene l período comprendido entre el 23 de febrero y el 19 de mayo de 2004, esto es a \$80.000.

⁴⁰ Las empresas realizaron la disminución de precios de manera consecutiva, es decir, el día 19 de mayo de 2004 la efectuó Procearroz, el 21 de mayo de 2004 Flor Huila, el 24 de mayo Uniarroz y el día 25 de mayo lo hizo Roa.

⁴¹ La empresa Uniarroz realizó la variación en el precio en el precio el día 10 de junio de 2004 y las demás investigadas el 11 de junio de 2004."

⁴² Folios 44 y 45 del Cuaderno de Anexos de la demanda.

a la “guerra de precios”, o segundo, que las empresas establezcan acuerdos tácitos o expresos entre ellas. Las consecuencias de éste tipo de mercado se representan en la reducción en la cantidad comprada y en el precio de compra.

e. El análisis del caso concreto efectuado por la SIC sostuvo que el comportamiento esperado de los molinos en condiciones de libre mercado, incluso teniendo en cuenta el alto nivel de interdependencia, debió ser ofrecer un precio más bajo o más alto que el de la competencia, a pesar de que la tendencia fuese obtener el mismo precio.

Explicó que aun asumiendo que las condiciones del mercado fuesen similares, ello no impedía que cada uno de los participantes tuviera su propia concepción acerca de la forma en que se maximizan los beneficios. Así, uno habría preferido un incremento de precios menor o un aumento de precios mayor al de su competencia, o hubiesen podido no incrementarlos en absoluto.

Sin embargo, y como se dejó visto en el aparte transcrito, la SIC encontró que las actoras incrementaron o disminuyeron los precios de compra del arroz paddy verde en el mismo valor, en forma casi perfecta, en idéntica proporción y en fechas similares, con lo cual pretendían eliminar la incertidumbre de sus comportamientos pero a partir de un acuerdo que no consultaba las condiciones de libre competencia, lo cual cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que cada una presenta niveles de inventario, compras, ventas y otras variables diferentes.

f. No encuentra la Sala prueba alguna que demuestre la existencia de un acuerdo de los agricultores dirigido a “tonificar el precio” y tampoco que dicho acuerdo haya fallado, constituyendo lo anterior una simple afirmación sin ningún respaldo, que por demás, tampoco conduciría a afectar la validez de los actos cuestionados dado que la existencia de dicho acuerdo no explicaría la uniformidad de los precios de compra del arroz por parte de los molinos. Es más, lo que sí existe en el plenario son pruebas, como las ya

reseñadas, orientadas a demostrar la citada uniformidad, siendo pertinente traer una adicional relacionada con los Comités de Compra de cada uno de los molinos investigados.

Cada molino tiene un Comité de Compra encargado de definir los precios base que aplicarán para comprar el arroz paddy verde. Esas determinaciones son comunicadas a los agricultores a través de memorandos, que, para el caso concreto, sorprenden al evidenciar que aun cuando cada molino está integrado por personas diferentes, que se reúnen en lugares y fechas distintas, coinciden en el momento en que comienzan a regir nuevos precios y en el monto de la variación.

10.1.2.4. Inconsistencias en el análisis económico

Las demandantes indicaron que la SIC se equivocó al aplicar una teoría para la fijación de precios finales de un producto a un caso de fijación de precios de insumos (como es el arroz paddy verde).

Agregaron que “Un elemento técnico clave para sustentar la existencia de un paralelismo conciente (Sic), hubiese sido determinar, mediante estudios técnicos, que el precio del mercado para el primer semestre de 2004, de acuerdo a los niveles de demanda y oferta presentes, hubiese sido más alto; sin embargo, este no se realizó; lo único establecido es que el precio pagado por el arroz paddy verde por los sancionados durante el primer semestre de 2004 es superior a los costos de producción del producto (Sic) en comento, lo cual demuestra que no se puede evidenciar una situación en la cual los oferentes estén sometidos a indebidas condiciones de mercado.

Según el Documento de trabajo 52 de Minagricultura, citado, en su numeral 7, el costo de producir una tonelada de arroz paddy verde en la zona centro, Tolima y Huila, para 2002 era de \$490.934, \$27.000 menos que en 2001, es decir con tendencia a reducción, al paso que el valor promedio pagado por

la Tonelada en el primer semestre de 2004 fue de \$600.000; así, se obtenía un margen de rentabilidad del 22%. Los costos incluidos son: preparación, siembra, riego, fertilización, control de malezas, control de plagas, control de enfermedades, roedores y despalille, recolección, transporte, asistencia técnica, arriendo, administración y otros”⁴³.

a. En relación con el último argumento debe la Sala reiterar lo expuesto en el anterior acápite y en el planteamiento de estas consideraciones, en lo que hace al objeto de la sanción, pues se enfatiza en que corresponde es a la trasgresión del numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992⁴⁴, es decir, la fijación directa o indirecta de precios y no a la disminución de los mismos.

b. En cuanto a la aplicación de una teoría inapropiada al caso bajo examen no encuentra ésta Sala respaldo jurídico en tal afirmación, pues la parte actora no determina con claridad cuál fue el mecanismo que debió implementar la SIC para determinar si existía o no un acuerdo para la fijación de los precios del arroz paddy verde.

Las demandantes extrañan que la SIC no tuvo en cuenta variables como el área sembrada, productividad y cantidades demandas y ofrecidas. Al respecto, encuentra la Sala que tales variables sí fueron analizadas por la demandada cuando resolvió los descargos presentados por los molinos investigados en la actuación administrativa, cuestión ésta que se analizará en los siguientes acápites.

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

⁴³ Folio 29 del Cuaderno principal del Tribunal.

⁴⁴ **“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”.

Los recurrentes sostuvieron que la intervención del Estado en la economía, y más precisamente en el mercado del arroz, define también los precios y las expectativas de los agentes en cuanto a la utilidad en su actividad, circunstancia que no fue tomada en cuenta al momento de sancionarlos.

Trajeron a colación varios aspectos que ayudaron a determinar los precios generados por la aludida intervención estatal, tales como la concertación que sobre el tema existió en el segundo semestre de 2004, el mecanismo de administración de contingentes, el incentivo de almacenamiento y la existencia del Consejo Nacional del Arroz. A continuación se abordará cada uno de éstos aspectos:

a. Los memorialistas transcribieron apartes de un acta de la reunión del Consejo Nacional del Arroz los días 24 y 30 de junio de 2004 en los cuales se discutió el precio mínimo de referencia del arroz paddy para efecto de la fijación del incentivo de almacenamiento, informando además que se llevaba a cabo una vez cada año, con el objetivo de demostrar que constituye una clara influencia en el comportamiento general del mercado a lo largo de ese periodo, ya que los inventarios y precios que resultan del mecanismo anotado son los datos de inicio del mercado en el primer semestre del siguiente año.

Observa la Sala que el acta de la reunión a que se refieren los apelantes data del 24 y 30 de junio de 2004 y su finalidad era definir el precio base para el segundo semestre de 2004, luego los argumentos allí planteados no serían pertinentes para el caso que nos ocupa, como quiera que la investigación fue sobre el comportamiento del precio del arroz paddy verde en el primer semestre de 2004. Ahora, de la lectura de lo allí discutido tampoco se evidencia que las cuestiones debatidas puedan inducir a los molinos a fijar precios de compra uniformes de arroz paddy verde.

b. En lo que hace al mecanismo de administración de contingentes debe la Sala poner de presente que no existe en el expediente ninguna prueba que se dirija a demostrar que los niveles de oferta de éste tipo de

arroz hayan registrado un incremento sustancial como consecuencia de las importaciones.

Lo que se demostró por parte de la SIC fue que a través del Decreto 539 de 2004 el Gobierno autorizó un contingente para la importación de ciento ochenta mil (180.000) toneladas de arroz, pero también se encontró que el volumen de importaciones efectivamente realizadas durante el primer semestre de 2004 estuvo muy por debajo del autorizado, lo cual permite inferir que el efecto de las importaciones sobre el precio interno de compra fue prácticamente nulo.

Sin embargo, y aun aceptando una afirmación en sentido contrario, la Sala advierte que los precios de compra establecidos por los molinos se mostraron ajenos a los efectos de las importaciones, pues no se explica por qué razón entre el 23 de febrero y el 18 de mayo de 2004 los investigados mantuvieron constante el precio base de compra de la carga de 125 kilogramos, siendo que habría tenido que bajar como consecuencia del incremento de la oferta producido por las importaciones⁴⁵.

Por las razones esgrimidas tampoco encuentra ningún asidero el citado argumento para declarar la nulidad de los actos acusados.

c. Incentivo al almacenamiento de arroz paddy. Sobre el particular los demandantes se limitaron a definir en qué consiste ese mecanismo de intervención sin explicar las razones por las cuales tal fenómeno pudiera generar la uniformidad de los precios.

d. A juicio de los demandantes, la existencia del Consejo Nacional del Arroz contribuyó a que los agentes que intervienen en el mercado se formen una visión compartida de los comportamientos de éste tipo de producto, dado que allí se discuten y negocian precios, mecanismos de asignación de contingentes de importaciones, se comparte información del nivel de producción actual y futura, tecnología, costos y demanda.

⁴⁵ Folios 57 y 58 del Cuaderno de Anexos de la Demanda.

Pues bien, resulta, por decir lo menos, extraño a la Sala que la existencia de éste Consejo gremial sirva de sustento a los actores para defender la uniformidad de los precios de arroz paddy durante el primer semestre de 2004, pues lo que busca tal ente es definir las principales directrices de política de producción, industrialización, investigación y comercialización y asesorar al Gobierno Nacional en materia de política agrícola especialmente en lo relacionado con el comercio exterior⁴⁶, luego mal podría concebirse un escenario lícito como éste para la fijación de precios. Lo que sí puede acontecer es que se obtengan algunos criterios para el establecimiento de precios sin que pudiese ser el único estándar a tener en cuenta, puesto que para ello influyen aspectos tales como los volúmenes de materia prima, capacidad de producción, almacenamiento, entre otros, que naturalmente varían de una empresa molinera a otra dadas las características propias en cada caso.

10.1.2.6. Análisis intertemporal

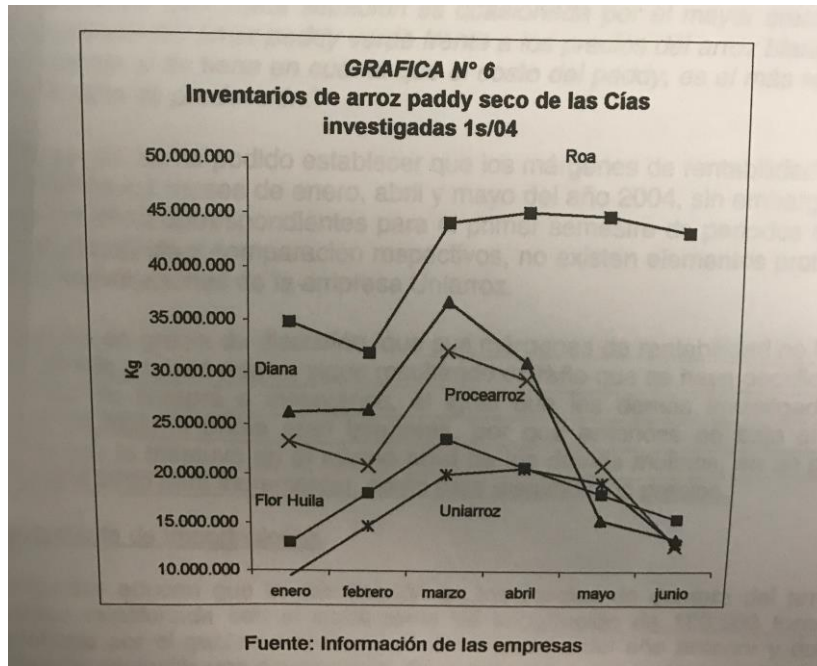
Indicaron las demandantes que debió tenerse en cuenta un periodo de tiempo más amplio para estudiar con mayor rigidez científica aspectos claves que afectan el mercado como los inventarios acumulados, el crecimiento del área sembrada, los mecanismos de intervención del Estado, la influencia del incentivo de almacenamiento y los mecanismos de concertación del Gobierno con el gremio arrocero.

En relación con los tres (3) últimos puntos, la Sala se remite a lo analizado en el anterior numeral, quedando entonces por estudiar si los altos promedios de inventarios pudieron haber incidido en la uniformidad de los precios.

Revisado el acervo probatorio se concluye que no hay ningún elemento dirigido a acreditar tal dicho, pues lo que se estableció fue una tendencia decreciente en los inventarios de paddy seco que deja sin respaldo la afirmación de las recurrentes. La siguiente gráfica fue diseñada con en base

⁴⁶ Folio 35 del Cuaderno del Tribunal.

en la información que las mismas empresas investigadas suministraron a la SIC⁴⁷:



Ahora bien, no explican la razón por la cual el factor de crecimiento del área sembrada pueda hacer que las resoluciones acusadas devengan en nulas. Tal aspecto podría eventualmente ser determinante para esclarecer el comportamiento creciente o decreciente del precio del cereal, pues si su productividad fue mayor la consecuencia pudo haber sido que la oferta o el precio ofrecido por su comercialización iba a disminuir. No obstante, tal fenómeno no tiene nada que ver con la conducta objeto del proceso de la referencia, por cuanto, se reitera nuevamente, lo que se censura no es la rebaja en los precios del arroz paddy verde sino la fijación directa o indirecta de su precio como un fenómeno de cartelización que distorsiona la libre competencia económica.

10.2. Elasticidad

Los memorialistas indican que el Tribunal se refirió a la elasticidad del precio en la demanda trayendo conclusiones sobre la elasticidad del precio en la oferta, circunstancia que seguramente debió obedecer a un error involuntario del Juzgador de Primera Instancia que no tiene la virtualidad de

⁴⁷ Folio 56 del Cuaderno de Anexos de la demanda.

revocar su decisión, máxime si no se explica el alcance que pudiera tener tal yerro sobre la sentencia recurrida.

Adicionalmente, debe tenerse presente que el análisis de tal argumento ya fue objeto de valoración en el numeral 10.1.2.1. de las consideraciones y por ello la Sala se remite a lo allí expuesto, sin perjuicio de traer a colación el discernimiento que hizo la SIC en la Resolución No. 22625 de 2005, que fue acogido por el *a quo* y que además se comparte también en ésta sede, veamos:

“Inelasticidad de la oferta del producto

Según se afirma en el estudio de Fedesarrollo, la magnitud del poder de monopsonio que puede ejercer un comprador está inversamente relacionada con la elasticidad de la oferta en el mercado. Si ésta es perfectamente elástica, el comprado no podrá ofrecer un precio inferior al costo marginal del producto, y si la oferta es completamente inelástica, el comprador podrá reducir el precio indefinidamente sin que haya cambio en la cantidad total de producto tranzada.

Sobre el punto es preciso señalar que en el expediente no está probado que la oferta de arroz paddy verde sea elástica respecto del precio. Más bien lo contrario. De acuerdo con estudios realizados por el Ministerio de Agricultura sobre la elasticidad –precio de la oferta de arroz- la oferta es inelástica (menor que 1) en cuanto al área cultivada y la producción, lo que quiere decir que ante variaciones en el precio, la oferta no responde en la misma forma.

Lo anterior se explica porque la producción y el área cultivada no aumentan en la misma proporción que lo hace el precio, ya que el productor no tiene la capacidad de modificar la cantidad producida, inclusive, si el agricultor utiliza el sistema de riego tecnificado, los cambios en la producción no se darán en el corto plazo. Adicionalmente, los molinos son la fuente de financiamiento de las cosechas, con lo cual aumenta la dependencia del agricultor respecto del industrial.

Así, siguiendo la misma argumentación expuesta por Fedesarrollo, debemos concluir que los molinos investigados tienen alto poder para fijar el precio, ya que la oferta de arroz paddy verde es inelástica frente a las variaciones en el precio”⁴⁸.

10.3. Falta de valoración de los contraindicios

Tampoco hay lugar a declarar la prosperidad de éste cargo pues todos los argumentos expuestos en la actuación administrativa fueron debidamente resueltos por la Superintendencia.

En efecto, se analizaron aspectos tales como la elasticidad de la demanda,

⁴⁸ Folios 61 y 62 del Cuaderno Anexos de la demanda.

de la oferta, elasticidad cruzada, existencia de un oligopsonio, las condiciones de la oferta de arroz paddy, las presuntas inconsistencias de análisis económico efectuado por la SIC y el Tribunal, las diversas formas de intervención del Estado y la posibilidad de que afectara el mercado con la fijación indirecta del recio del citado cereal, el análisis intertemporal, la estacionalidad de la cosecha, etc., todos ellos valorados en cada caso sin que para el efecto hubiere sido suficiente para demostrar que la nivelación del precio del arroz paddy verde obedeció a una conducta propia del mercado.

10.4. Violación del debido proceso

Señalaron las recurrentes que el Tribunal violó el debido proceso al argüir que se habían respetado las etapas procedimentales en la actuación administrativa sin considerar que el sustento de dicho cargo consistió en que la Superintendencia tomó como cierto un hecho sancionable sin haberlo demostrado.

Al respecto observa la Sala que si bien el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aludió al cumplimiento de las etapas procesales a que se ha hecho mención, a renglón seguido, también se refirió a las pruebas que tuvo en cuenta la demandada para concluir en la imposición de la sanción que ahora se impugna. (Folios 252 a 255 del Cuaderno del Tribunal).

Aunado a lo anterior se advierte que la demandada demostró con claridad la infracción descrita en el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por partes de los recurrentes, y prueba de ello han sido las consideraciones previas y las que hay lugar a estudiar a continuación.

10.5. Conducta sancionable

a. Para las demandantes la uniformidad de precios por sí sola no constituye una conducta sancionable desde el punto de vista del derecho a la competencia, dado que tal uniformidad puede ser el resultado de una conducta racional en mercados con pocos vendedores y productos homogéneos. Para la parte actora la carga probatoria debe ser

necesariamente mayor que la evidencia circunstancial de la conducta paralela.

b. En relación con éste cargo es necesario transcribir el numeral primero del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 que configura el objeto de la sanción:

“ARTICULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.”.

La jurisprudencia ha definido el alcance de tal norma en sentencia del 23 de enero de 2003 en el proceso número 25000 23 24 000 2000 00665 01 proferida por la Sección Primera:

“Se reitera que la conducta que le ha sido endilgada a la actora y a la sociedad Derilac S.A no es la de haber impreso el precio máximo de venta en la bolsa de leche pasteurizada de 1.000 c.c., sino la de tratarse de un mismo precio máximo al público durante los años de 1997 a 1999, de modo que las variaciones de dicho precio se presentaron en la misma época y en el mismo monto.

La citada disposición señala:

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;”

(...)

Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estado, no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo

producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, y menos durante un lapso tan prolongado como es el de 3 años. De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado." (Subrayas de la Sala).

También en fallo del 30 de noviembre de 2006 de ésta Sección en el expediente número 25000 23 24 000 2002 00678 01 se manifestó que

"Sobre lo primero, es menester aclararle al recurrente que la conducta sancionada no fue a título de acuerdo expreso o directo entre los investigados, sino de manera indirecta en cuanto fue a título de corresponder a la modalidad de "práctica conscientemente paralela", la cual está prevista en el artículo 47, numeral 1, del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 45, numeral 1, ibídem, según se aprecia en sus respectivos textos, a saber:

"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios;"

En ese orden, en el acto acusado aparece fehacientemente demostrado que hubo i) una práctica que involucró al actor simultáneamente con los otros tres investigados, durante el lapso ya señalado, dos meses (marzo y abril de 1999), consistente en fijar y aumentar el precio de la gasolina extra de manera idéntica tanto en su magnitud como en sus circunstancias de tiempo, ii) la cual se dio de modo consciente, esto es con pleno uso de sus sentidos y facultades, pues por la coincidencia de las 4 situaciones examinadas, geográficamente próximas, no resulta creíble que las 4 personas creadoras de cada una de ellas actuaron sin saber lo que estaban haciendo; y iii), de manera paralela, en la medida en que la igualdad de las 4 estaciones en cuanto al precio de la gasolina extra fue total y se extendió por igual lapso, es decir, simultánea o coincidentemente en el tiempo; todo respecto de un producto sometido a libre competencia.

Esa simultánea igualdad está demostrada en el plenario con base en los datos obtenidos en la investigación en relación con el precio de la gasolina extra y su aumento en las 4 estaciones, entre el 1º de marzo y el 31 de abril de 1999, observable en la tabla consignada en la página 20 de la resolución 08732 de 20 de marzo de 2002, cuyo contenido, aparte de presumirse cierto, no ha sido siquiera controvertido por el actor, y en el que aparece que el precio fijado el 1º de marzo y el 1º de abril de 1999, es idéntico en las 4 estaciones (\$2.601 y \$ 2.861 respectivamente), de suerte que el incremento para este segundo periodo fue el mismo en todas ellas, esto es, \$ 260.00. Como bien lo advierte el a quo y la entidad demandada, tanta coincidencia no puede resultar de la casualidad, menos cuando el precio de dicho producto no está determinado por la ley, ya que está sometido a libre competencia, por lo tanto depende de factores

variables como los costos de transporte, de los costos de operación de cada estación y, por ende, del nivel de eficiencia de ellas, así como de las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto. En esas condiciones es poco probable que 4 empresas coincidan en todos esos factores. De modo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios del producto gasolina extra.

Así las cosas, la Sala estima que la conducta jurídicamente endilgada al actor sí se realizó, toda vez que la situación descrita pone en evidencia una práctica paralela y consciente por parte suya frente o con relación a las otras tres (3) estaciones investigadas, cuyo efecto fue la fijación indirecta de precios con éstas, lo cual constituye un acuerdo contrario a la libre competencia, y como tal un comportamiento sancionable según la norma examinada, que por lo demás desarrolla la especial protección que la Constitución Política (artículos 78 y 333, inciso segundo, principalmente) y la ley le da a la libre competencia como un bien o un derecho colectivo, en particular de los consumidores.

Por consiguiente, desde el punto de vista fáctico, los fundamentos del acto acusado aparecen demostrados en el expediente administrativo, luego el cargo de falsa motivación por ese aspecto, no tiene vocación de prosperar.” (Subrayas de la Sala).

En sentencia del 13 de noviembre de 2014 se agregó un aditamento a la definición de la conducta que se reprocha sosteniendo que no bastaba con acreditar la coincidencia de los precios sino que también era necesario que tal acuerdo tuviera como finalidad distorsionar el mercado y la libre competencia:

“De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes señalados, que obviamente reitera la Sala, la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto.

Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de servicio, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto.

En virtud de lo anterior, para la Sala carece de fundamento el argumento de los recurrentes, según el cual “los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, previstos en los artículos 47 y 8 del Decreto 2153 de 1992, no pueden considerarse como una responsabilidad objetiva; los eventos allí consignados se asemejan a una presunción de ilegalidad, la cual puede desvirtuarse demostrando que en el mercado existe libertad de entrada, libertad de escogencia, variedad de precios y servicios, así como una eficiencia en el aparato productivo. Es decir, que no basta con acreditar la existencia de un acuerdo de precios para establecer que se trata de un medio torcido o desleal, pues se requiere también demostrar que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto impedir, restringir o falsear a la competencia”. (Subrayas de la Sala).

En una oportunidad más reciente la Sala se pronunció sobre éste tema (sentencia del 16 de julio de 2015, en el proceso 25000 23 41 000 2012 00374 01) prohijando la anotada postura y concluyendo que se había demostrado la existencia de un acuerdo entre los actores, en virtud del cual, “se fijó el precio del galón de gasolina en una sincronización y coincidencia notable”. Textualmente se concluyó que:

“En efecto, dicha voluntad exterior que encaja en el concepto de paralelismo, se refleja en las tablas incluidas en las Resoluciones acusadas, en las cuales se observa que, durante el período comprendido entre enero de 2007 y junio de 2009, el precio tanto de la gasolina corriente como del ACPM, en las diferentes estaciones de servicio de Duitama sancionadas por los mismos actos acusados en este proceso, varió en una sincronización y coincidencia notable, pese a que sus condiciones no eran homogéneas; en aspectos tales como el tipo de estación, tamaño, costos de la actividad como el transporte, ubicación, inversiones en infraestructura, mantenimiento, cuantía de ventas, se comprobó que existen diferencias entre ellas, que son variables que afectan el precio final de venta al público, de lo cual se dedujo que la conducta reprochada no era racional, lo que hacía imposible que su comportamiento fuera inconsciente; en otras palabras, se generó, por parte de las estaciones de servicio sancionadas, una uniformidad en los precios que no estaba justificada ni autorizada.

Probado como está que ocurrió un acuerdo de precios o práctica conscientemente paralela, entra la Sala a analizar la responsabilidad que tiene la actora en dicha conducta.”. (Subrayas de la Sala).

c. De los antecedentes administrativos se desprende que el arroz paddy es la materia prima en el proceso productivo de los molinos, y en esa medida la determinación del precio de compra está en manos de los molinos y no de los demás agentes del mercado. En tal escenario, el molino

que necesite materia prima y tema un desabastecimiento lo que hará es salir a conseguirla para no frenar su proceso productivo y ofrecer un precio que estimule al agricultor a venderle con prelación sobre los demás. Por el contrario, si lo que acontece es que un molino cuenta con exceso de inventario no tendrá interés en seguir adquiriendo materia prima lo cual hará que ofrezca un precio menor.

Siendo ello así, no es explicable que ROA y FLORHUILA, que son empresas que compiten en el mercado por el abastecimiento de materia prima, y que tienen requerimientos y posibilidades distintas, mantengan uniformes los precios por más de ciento ochenta (180) días. Aún cuando el precio de un producto puede presentar tendencias en una misma dirección, tal circunstancia no conduce necesariamente a que el precio sea único dado que, de acuerdo con la información que ellas mismas suministraron durante la investigación administrativa, los niveles de inventario y la consiguiente necesidad de abastecimiento, los márgenes de rentabilidad esperados, la capacidad de producción, almacenamiento y los gastos de personal son disímiles en una u otra empresa.

En lo que hace al tema de rentabilidad, por ejemplo, se advierte que aun admitiendo que esos márgenes no les permitían a los molinos pagar un precio mayor, sigue resultando extraño que se haya decidido disminuir sus volúmenes de compra, puesto que si las necesidades de materia prima eran inferiores no se explica por qué no bajó el precio de compra sino que se mantuvo en el mismo nivel en todos los molinos sancionados, ya sea para incrementar o para disminuir los precios.

Lo propio puede deducirse si se trata de valorar el argumento de la existencia de un contingente de importaciones de arroz, toda vez que, tal y como quedó explicado en el literal b) del numeral 10.1.2.5. de las consideraciones, de una parte, el volumen estuvo muy por debajo del esperado y de otra, aun cuando debió bajar por el citado fenómeno el precio se mantuvo constante.

Ninguno de los argumentos expuestos por las demandantes, que por demás han sido estudiados puntualmente en éste proveído, ha sido suficiente para explicar el evidente paralelismo de los precios de arroz paddy verde en el primer semestre de 2004.

Bajo las anteriores premisas, y teniendo en cuenta que no se logró demostrar que la uniformidad de precios del arroz paddy verde haya sido producto de alguno de los fenómenos que adujeron los memorialistas, encuentra al Sala que no hay una explicación distinta a afirmar que existió un acuerdo para fijar los precios del citado cereal, como quiera que los montos de los incrementos o variaciones fueron idénticos, en los mismos periodos de tiempo y en igual proporción. Al respecto basta con recordar las variaciones descritas en el literal c del numeral 10.1.2.3. Veamos:

“Primera variación: Realizada desde el 7 de ener y hasta el 19 de enero de 2004, en la cual las empresas presentaron el mismo incremento de dos mil pesos (\$2.000) sobre el precio inicial de \$78.000⁴⁹.

Segunda variación: Realizada desde el 19 de enero y hasta el 17 de febrero de 2004, en la cual Roa, Flor Huila, Uniarroz y Diana realizaron un incremento de dos mil pesos (\$2.000) sobre el precio de \$80.000. Procearroz efectuó el cambio de precio en igual cuantía, dos días después de que lo efectuaron las otras empresas investigadas. Este precio se mantuvo por un mes.

Tercera variación: Realizada desde el 17 de febrero y hasta el 23 de febrero de 2004, en la cual Roa, Flor Huila y Diana realizaron un incremento de mil pesos (\$1.000) sobre el precio de \$82.000. Uniarroz y Procearroz no realizaron ninguna modificación⁵⁰.

Cuarta variación: Realizada a partir del 23 de febrero y hasta el 19 de mayo de 2004⁵¹, en la cual Roa, Flor Huila y Diana realizaron la misma disminución de tres mil pesos (\$3.000) sobre el precio de \$83.000. La disminución de Procearroz y Uniarroz fue de dos mil pesos (\$2.000)⁵². Este precio se mantuvo invariable durante 87 días.

⁴⁹ El precio de Procearroz presenta una diferencia de \$400, por el valor del flete entre el centro de producción y el sitio de comercialización. En cuanto a las fechas de cambio Roa, Flor Huila y Diana efectuaron el cambio de precios el día 7 de enero de 2004 y Procearroz el día 9 de enero de 2004.

⁵⁰ Nótese que si bien es cierto Uniarroz y Procearroz no efectuaron variación en éste periodo, en la cuarta variación se igualan con las otras investigadas y efectúan la misma disminución.

⁵¹ Procearroz y Diana efectuaron la variación en el precio con fecha 23 de febrero y Roca, Uniarroz y Flor Huila con fecha de 24 de febrero.

⁵² Nótese que aún cuando Uniarroz y Procearroz no realizan ninguna variación en el precio, en el periodo comprendido entre el 17 y 23 de febrero, igualan el precio de las empresas Roa, Flor Huila y Diana ene l período comprendido entre el 23 de febrero y el 19 de mayo de 2004, esto es a \$80.000.

Quinta variación: Realizada a partir del 19 de mayo de 2004 y hasta el 10 de junio, en la cual Roa, Flor Huila y Diana realizaron la misma disminución de tres mil pesos (\$3.000) sobre el precio de \$80.000. Este precio se mantuvo durante 23 días⁵³.

Sexta variación: Realizada a partir del 10 de junio y hasta el 3 de junio de 2004m en la cual las empresas investigadas realizaron la misma disminución de dos mil pesos (\$2.000) sobre el precio de \$77.000.^{54m 55}.

Visto así el panorama, no halla la Sala prosperidad en las afirmaciones de los actores, puesto que la SIC sí determinó la conducta reprochada y demostró fehacientemente los criterios jurídicos para imponer la sanción discutida.

10.6. Responsabilidad de los representantes legales

Adujeron las recurrentes que la SIC sólo tuvo en cuenta que el señor Anibal Roa Villamil figuraba en el Certificado de Cámara de Comercio como representante legal de las sociedades FLORHUILA y ROA para atribuir responsabilidad y sancionarlo.

No obstante, revisadas las decisiones que se enjuician la Sala encuentra que no sólo esa prueba documental fue tomada en cuenta para imponer la multa censurada, sino que además se analizaron aspectos tales como la declaración rendida en la actuación administrativa por el señor Roa Villamil, su presencia fungiendo de presidente en las reuniones de la Junta Directiva de las dos empresas durante la época en que ocurrieron los hechos y los informes rendidos por éste sobre los negocios que efectuaba en nombre los molinos.

En ese orden, la Sala entiende, al igual que lo hizo la demandada, que el señor Anibal Roa Villamil se halla incurso en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, toda vez que conoció y toleró conductas anticompetitivas. La norma es del siguiente tenor:

⁵³ Las empresas realizaron la disminución de precios de manera consecutiva, es decir, el día 19 de mayo de 2004 la efectuó Procearroz, el 21 de mayo de 2004 Flor Huila, el 24 de mayo Uniarroz y el día 25 de mayo lo hizo Roa.

⁵⁴ La empresa Uniarroz realizó la variación en el precio en el precio el día 10 de junio de 2004 y las demás investigadas el 11 de junio de 2004.”

⁵⁵ Folios 44 y 45 del Cuaderno de Anexos de la demanda.

“ARTICULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

PARÁGRAFO. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.”.

10.7. Graduación de la sanción

a. Las actoras señalan que el Tribunal invocó como fundamento de la graduación de la sanción la aplicación del principio de ponderación, la participación en el mercado y la capacidad financiera de las sociedades, sin que los mismos hayan sido expuestos en los actos administrativos sancionatorios, lo cual viola el derecho al debido proceso y el principio de buena fe. También indican que el monto se cuantificó por la existencia de una investigación anterior que se cerró por ofrecimiento de garantías

desconociendo que cuando ello acontece no existe juzgamiento o una decisión sobre la comisión de una conducta anticompetitiva, y por lo tanto, de dicha circunstancia no puede derivarse una supuesta reincidencia.

b. Examinados los argumentos de cara a las afirmaciones hechas tanto por la SIC y como por el Juzgador de Primera Instancia en la sentencia apelada, lo que encuentra la Sala es que cuando el *a quo* se refirió a la aplicación del principio de ponderación lo hizo para desvirtuar la presunta infracción del derecho a la igualdad alegada por los actores y, en su lugar, calificar con sus propias palabras el método utilizado por la SIC a efectos de fijar el monto de la sanción de acuerdo a los bienes jurídicos vulnerados y la conducta desplegada por los molinos demandantes. El siguiente fragmento evidencia lo dicho:

“De lo anterior se deduce, que el derecho a la igualdad debe otorgarse a todas las personas sin discriminación, así como debe darse aplicación a la normatividad nacional con fundamento en este principio, en el presente asunto se evidencia, que aunque se hayan sancionado por un mayor valor pecuniario a las sociedades actoras, así como a su representante el señor Anibal Roa Villamil, no fue en virtud del principio de igualdad que se efectuó tal ponderación sino en virtud del principio de proporcionalidad, por lo que al tenerse en cuenta por parte de la SIC a la hora de imponer la sanción criterios, como la participación de la sociedades en el mercado del arroz y al tener ésta la mayor participación y capacidad financiera podían determinar el precio de compra del cereal paddy verde, además de tomarse en cuenta su reincidencia en estas mismas prácticas, no se va en contravía del derecho a la igualdad.”⁵⁶.

Ahora bien, aun cuando la Superintendencia no denominó literalmente los criterios de dosificación de la sanción como “participación en el mercado” y “capacidad financiera de las sociedades”, lo cierto es que de la lectura de las razones que tuvo en cuenta al momento de imponer la multa, se desprende que tales aspectos sí fueron ponderados por la SIC en los actos acusados y ello es evidente si se lee el numeral séptimo de la parte considerativa de la Resolución 22625 de 2005. Veamos:

“La anterior conducta reviste especial gravedad y debe ser sancionada con determinación, en cuanto en ella intervinieron los molinos con mayor poder de mercado de la zona e incluso a nivel nacional. De esta manera, se generó una distorsión artificial en el precio del arroz paddy en los departamentos de Huila y Tolima, afectando las expectativas de ingreso de los cultivadores de este producto, que como quedó demostrado, no tienen capacidad de reacción frente a las determinaciones de los molinos.”⁵⁷.

⁵⁶ Folio 261 del Cuaderno del Tribunal.

⁵⁷ Folio 70 del Cuaderno Anexos de la demanda.

Tampoco corresponde a la realidad la afirmación de las memorialistas según la cual la SIC no debió tener como criterio de agravación la existencia de una investigación administrativa anterior como quiera que la misma se cerró por ofrecimiento de garantías, puesto que la demandada conocía perfectamente tal circunstancia y en realidad lo que esgrimió en la anotada decisión fue que a pesar de haber sido investigados por hechos similares lo que podía concluirse es que no habían implementado los mecanismos necesarios para eliminar definitivamente ese tipo de conductas. Textualmente se expresó lo siguiente:

“Adicionalmente, existe un precedente que no puede pasar inadvertido. Efectivamente, en el 2000 esta Entidad inició una investigación en contra de Unión de Arroceros S.A.: Alfredo Murra y Cía Ltda. (hoy Arroz Diana); Molinos Roa S.A. y Molino Florhuila S.A., por la supuesta realización de conductas anticompetitivas. Entre los cargos formulados, figuraba la realización de acuerdos para la fijación de precios de compra del arroz paddy verde.

*Aunque no existió pronunciamiento definitivo sobre la responsabilidad de los investigados, como quiera que la actuación culminó por la aceptación del ofrecimiento de garantías que ellos mismos presentaran, sí es claro que ésta circunstancia imponía a las empresas que hoy se sancionan, una carga de diligencia y cuidado mayor a la que de ordinario debe tener cualquier agente económico en el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Sin embargo, la realidad de los hechos a que hoy nos vemos enfrentados dibujan una situación contraria, pues todo indica que a pesar de haber estado investigados en el pasado por hechos similares, no han implementado los mecanismos y la conciencia necesaria para eliminar definitivamente ese tipo de comportamientos”.*⁵⁸

En las anteriores condiciones, la Sala confirmará la sentencia apelada por cuanto los recurrentes no lograron desvirtuar la presunción de legalidad que ampara las Resoluciones acusadas y por el contrario, tal y como lo encontró probado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se demostró que la compra del arroz paddy verde por parte de los molinos Flor Huila y Roa en el primer periodo de 2004 se dio en el mismo valor, en forma casi perfecta, en idéntica proporción y en fechas similares, lo cual indica una incuestionable práctica restrictiva de la competencia que desconoce lo dispuesto en el numeral primero del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

FALLA:

⁵⁸ Ibídem.

CONFIRMAR la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 16 de febrero de 2017.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E)
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado