



## CONSEJO DE ESTADO RATIFICA DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA SOBRE EL PARALELISMO DE PRECIOS

Ana María Ortegón Méndez (\*)

### Extracto

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia de segunda instancia, ratificó las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de las sanciones impuestas en el año 2005, por conductas contrarias a la libre competencia, relacionadas con la fijación conscientemente paralela de los precios de compra del arroz paddy verde por parte de cinco molinos de arroz, entre los que se encontraban las accionantes, las empresas Molinos Roa S.A y Molinos Florhuila S.A.

El fallo de segunda instancia proferido dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que controvertía las decisiones de la Superintendencia, validó las actuaciones de la entidad frente al análisis de los hechos y graduación de las sanciones por cuenta de la ejecución de conductas en la modalidad de paralelismo consciente para la compra de materia prima.

El 16 de febrero de 2017, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio, profirió fallo de segunda instancia en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por las empresas Molinos Roa y Florhuila en contra de la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio, en donde la autoridad de competencia sancionó a los accionantes por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, en la modalidad de acuerdos para la fijación directa o indirecta de precios en la compra de arroz paddy verde. El fallo del Consejo de Estado y ratificó lo decidido por el *a-quo* en el fallo de primera instancia del 14 de mayo de 2012<sup>1</sup>.

Los hechos que dieron origen a la investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio, y que fueron imputados a los Molinos Roa, Florhuila (los accionantes), los molinos Procesadora de Arroz Ltda-Procecarroz, Arroz Diana S.A. y Unión De Arroceros S.A., ocurrieron entre los meses de enero y junio del año 2004, llamaron la atención de la autoridad al evidenciar similitudes no justificadas en los precios de compra de arroz paddy verde a los productores del cereal. Posteriormente, mediante la Resolución 22625 del 15 de septiembre de 2005, la Superintendencia de

<sup>1</sup>(\*) Socia de Ortegón Mendez Asociados | Bogotá. Email: [ana.ortegon@gmail.com](mailto:ana.ortegon@gmail.com). <http://www.omas.com.co>  
Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa. Sentencia del 16 de febrero de 2017Exp No.25000 2324 000 2007 00102 02. Consejero Ponente (E) Carlos Enrique Moreno Rubio.



Industria y Comercio sancionó a los cinco molinos arroceros investigados y a sus representantes legales, por participar de la comisión de los acuerdos contrarios a la libre competencia proscritos por el artículo 47 del Decreto 2153 de 1993, como acuerdos para fijar precios conscientemente paralelos<sup>2</sup>. a Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución 30193 del 15 de septiembre de 2005, ratificó la totalidad de la resolución recurrida<sup>3</sup>.

Con la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las empresas Molino Roa y Molino Florhuila, pretendieron desvirtuar los hallazgos jurídicamente reprochables, argumentando entre otras cosas, la falta de evaluación del material probatorio del expediente y la falta de cumplimiento de los requisitos de la prueba indiciaria. Los accionantes pretendían principalmente que fueran declarados nulos los artículos de la Resolución 22625 de 2005 en donde se imponían las respectivas multas tanto a las dos compañías como a sus representantes legales, así como la declaratoria de nulidad de la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto ante la Superintendencia, en el marco de la actuación administrativa.

Respecto del concepto o definición de los acuerdos de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, no hay una definición absoluta para el caso colombiano. En efecto, el Consejo de Estado, había precisado a grandes rasgos aquellas prácticas conscientemente paralelas como aquellas conductas en las que varios agentes coinciden en un comportamiento, durante un periodo determinado. En efecto, para el alto tribunal, era suficiente el mero paralelismo que evidenciara una identidad o similitud de precios como elemento preponderante para definir la comisión de la conducta como anticompetitiva<sup>4</sup>. Sin embargo, y pese a que hay varias sentencias del alto tribunal en este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de competencia en Colombia, se ha apartado parcialmente de esta interpretación.

En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha afirmado en repetidas ocasiones que identificar la ocurrencia de precios coincidentes o paralelos entre competidores, no constituye por sí sola una conducta anticompetitiva. Para ello se requiere de un factor adicional, esto es, el elemento consciente, el cual permitirá demostrar que las intenciones por parte de los agentes son las de coordinar las conductas reprochadas con el fin de falsear la competencia<sup>5</sup>.

Esta corriente que busca la inclusión de un elemento consciente dentro de la conducta, ha sido adoptada por la Entidad, por ser la evolución de las teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia que, y que han sido referente en las decisiones que se han tomado en la última década en Estados Unidos y Europa. En este sentido podemos reseñar la jurisprudencia de la Comunidad Económica Europea, que sobre el particular ha señalado *“que un paralelismo de conductas constituye una práctica concertada si se llega a establecer que este paralelismo de comportamiento reúne los elementos de coordinación y cooperación característicos de tal práctica y que ésta es capaz de*

<sup>2</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 22625 del 15 de septiembre de 2005.

<sup>3</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 30193 del 15 de septiembre de 2005.

<sup>4</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Resolución 26726 del 10 de mayo de 2016

<sup>5</sup> Ibidem.



*afectar de manera sensible las condiciones de la competencia en el mercado*<sup>6</sup>.

Por consiguiente, la determinación de los elementos indiciarios (i) de la similitud o identidad de los precios y (ii) de coordinación o cooperación, también conocidos como “factores plus”<sup>7</sup>, serán fundamentales no sólo para construir la evidencia necesaria, incluso relativa a la falta de lógica económica al momento de determinar los precios, con la intención de desenmascarar las intenciones de los agentes de mercado de no competir.

La aplicación de esta corriente, pone al descubierto la dificultad probatoria que este tipo de análisis requiere para efectos de probar un acuerdo de precios vía prácticas conscientemente paralelas. En este sentido, la doctrina de nuestra autoridad de competencia de así como la jurisprudencia internacional, han advertido la necesidad de construir las imputaciones con base en indicios, ya que esta en particular, por ser una conducta de coordinación con carácter tácito entre competidores, no tiene ni tendrá prueba directa respecto de la aprobación o coordinación de varios agentes, contrario a lo que ocurre en el caso de los carteles de precios.

En este caso en particular, los Honorables Consejeros, identificaron que en la decisión sancionatoria de la Superintendencia, se dio el cumplimiento de los requisitos doctrinales en tanto que (i) se identificó que el precio de compra de arroz paddy verde se comportó de manera idéntica o similar en el periodo delimitado por parte de las investigadas, y (ii) la existencia del elemento consciente, no sólo porque no hubo razonamiento económico que les brindara una explicación razonable de posibles factores que hubieran podido incidir o afectar el precio de compra.

En esta oportunidad se analizaron dentro del fallo, varios elementos adicionales a la existencia del paralelismo, elementos indiciarios de la conducta como por ejemplo, la búsqueda de elementos que hubieran impactado de alguna manera el precio, como por ejemplo, la existencia de un contingente de importaciones, o de volúmenes de inventarios, midieron el poder de negociación de los molinos, y chequearon los márgenes de rentabilidad.

Con base en este material probatorio, la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, negó a las accionantes, la totalidad de las pretensiones de la demanda, dejando en firme las actuaciones sancionatorias que en su contra expidió la Superintendencia de Industria y Comercio. Así pues, los Honorables Consejeros no sólo no encontraron fallas en la interpretación de la evidencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. No evidenciaron inconsistencias o falta de requisitos para la valoración de los indicios que sirvieron a la Entidad como elemento determinante de prueba de la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de las empresas Molinos Roa y Molinos Florhuila. Se observa entonces, que con este fallo, se incorpora el análisis referente al análisis conductual e intencional de los agentes con base en indicios del

---

<sup>6</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1972, I.C.I. contra C.C.E. y de 14 de julio de 1981, Zücher contra Bayerische Vereinsbank). EXPEDIENTE SANCIONADOR 582/2004, Autoescuelas Extremadura (2337/2001 del Servicio de Defensa de la Competencia).

<sup>7</sup> Los “Plus factors” tuvieron su origen en EEUU, siendo parte de los estándares de prueba para acreditar la colusión tácita entre agentes de mercado.



comportamiento de mercado dentro de las actuaciones del Honorable Consejo de Estado.

Por otro lado, y más allá del análisis sustancial de la providencia, vale la pena hacer una breve observación sobre el tiempo que se toma la jurisdicción administrativa para que estos procesos sean fallados. Y llama la atención este caso en particular, ya que fue tan extensa la duración del trámite de nulidad y restablecimiento del derecho aquí estudiado, que a la fecha de la sentencia de apelación proferida por el H. Consejo de Estado, los demandantes – los Molinos Roa y Florhuila- ya habían sido sancionados en dos oportunidades por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio por ejecutar conductas contrarias a la libre competencia, en el año 2013 por no informar una integración económica y la tercera en el año 2015 por influenciar de manera ilegal los precios de compra de materia prima.

Frente a este particular vale resaltar los siguientes datos: el contexto fáctico de este proceso tuvo su origen en el primer semestre del año 2004, la sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio se produjo en el año 2005, así como y su respectivo recurso de reposición. La demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, fue fallada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el año 2012 (casi diez años después de sanción y recurso), y la segunda instancia fue decidida en el año 2017, trece años después de que se hubieran cometido los hechos reprochados. Los tiempos de la administración de justicia, son un elemento fundamental al momento de determinar si se inician acciones legales de estas características.