



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 08454 DE 2006
(05 ABR. 2006)

Radicación No. 01057498

Por la cual se resuelven unos recursos

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de las facultades conferidas por el Código Contencioso Administrativo y el decreto 2153 de 1982 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante escritos radicados bajo los números 00020105, 00020106 y 00020108, de fecha 22 de septiembre de 2005, el doctor LUIS FERNANDO RINCON CUELLAR, como apoderado de la sociedad PROCESADORA DE ARROZ LTDA. – PROCEARROZ, y de la señora Margarita Beltrán Cruz, el doctor JAIME TOBAR ORDOÑEZ como apoderado de la sociedad ARROZ DIANA S.A. y el doctor TULIO CARDENAS GIRALDO, en su condición de apoderado de la sociedad UNIÓN DE ARROCEROS S.A. – UNIARROZ y del señor Alvaro Hernán Ruiz Llano, respectivamente, presentaron recursos de reposición contra la resolución de sanción No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, mediante la cual les se impuso una sanción.

SEGUNDO: Que los apoderados de las empresas investigadas solicitaron revocar el citado acto administrativo, mediante la presentación de sendos recursos de reposición, los cuales serán resueltos de conformidad con el artículo 59 del C.C.A., uno a uno, siguiendo el mismo orden en que se hará la síntesis de los mismos.

2.1 PROCESADORA DE ARROZ LTDA.

Argumentos del recurrente

2.1.1 Inexistencia de la conducta

El recurrente pone de presente la carencia de una enunciación por parte del legislador de unas conductas restrictivas de la competencia y concluye, en consecuencia, que es necesario identificar los elementos que la legislación señala para que una conducta sea considerada como tal, es decir: (i) la existencia de un acuerdo, (ii) que ese acuerdo se produzca entre competidores y (iii) que tenga como objeto o como efecto la fijación de precios. En ese orden de ideas, manifiesta el recurrente que al no existir acuerdo, que es elemento esencial de la mencionada práctica, debe concluirse que la conducta de su representada no se enmarca dentro de la tipificación que hace el decreto 2153 de 1992.

De otra parte, transcribe una cita de un tratadista español¹ según la cual :*“Los acuerdos contrarios a la libre competencia son los convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que unifican o limitan sus posibilidades de actuación, evitando o disminuyendo de este modo el riesgo de que la clientela o los suministradores pasen a otra empresa”*, para señalar que para la doctrina, la fijación de precios restringe la competencia cuando es el producto de una manipulación artificial y no de las circunstancias mismas del mercado.

A partir de esta premisa, el recurrente afirma la inexistencia de la conducta reprochada, pues sostiene, como lo hizo en los comentarios al informe motivado, que la similitud de los precios pagados por los molinos investigados *“obedece a que la información dentro del mercado del arroz es casi perfecta, teniendo en cuenta aspectos geográficos y medioambientales..., [lo que] lleva a que el mecanismo de transmisión de precios funcione de manera instantánea y los precios se igualen.”*, es decir que son las leyes del mercado las que explican la similitud de los precios en el mercado del arroz paddy verde.

2.1.2 Falsa motivación

Aduce el recurrente que el acto administrativo está falsamente motivado, pues *“... como se ha venido mencionando a través de mis escritos, no existe prueba o indicio que señale la existencia del acuerdo mencionado...”* y que, por el contrario, su representada demostró hechos que no fueron tenidos en cuenta en el acto sancionatorio, como son :

a) Cuota de participación. Es equivocado el análisis de esta Superintendencia para establecer el alto nivel de participación, que le otorga a las investigadas la posibilidad de influenciar las condiciones del mercado de compra de arroz paddy verde, especialmente en los departamentos de Tolima y Huila, por cuanto el cálculo ha de hacerse con base en la cuota de fomento arrocero y no con base en las ventas de arroz empaquetado. En ese orden de ideas, – continúa afirmando el recurrente- debe concluirse que la participación de las investigadas en el mercado es del 39.7% y no del 64 % como sostiene este Despacho y la de su representada, del *“7.7% del total del mercado NACIONAL”*.

b) Condiciones de mercado. La Superintendencia desconoce en el acto sancionatorio, pruebas testimoniales fundamentales en la defensa de su representada, mediante las cuales se demuestra que el paralelismo en los precios obedece a las condiciones mismas del mercado, las cuales facilitan el conocimiento inmediato, por parte de los cultivadores y de los competidores, del precio de compra de los demás molinos.

c) Variaciones en los procesos. La Superintendencia desconoció el hecho de que los precios de su representada no variaron el mismo día que los de la competencia, a pesar de las condiciones del mercado a las que se hizo alusión en precedencia.

d) Riesgos de desabastecimiento. La Superintendencia desconoce los riesgos de un desabastecimiento, si se compra a un precio por debajo de la competencia.

¹ Eduardo Galán Corona. *El derecho protector de la libre competencia*. Editorial Montecairo S.A. Madrid

2.1.3 Valoración indebida de la prueba

Manifiesta el apoderado de la empresa Procearroz que la Superintendencia valoró erróneamente algunas pruebas, con lo cual se genera un error de derecho, pues con ello contraviene lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil. Fundamentó su afirmación, señalando que:

a) Período analizado. En su análisis sobre el período investigado (primer semestre de 2004), este Despacho pierde de vista que en la respuesta por parte de su representada, se explicó que el comportamiento de los precios es consecuencia de fenómenos que se presentaron desde el semestre inmediatamente anterior, como son las proyecciones sobre la cosecha del arroz, nivel de inventarios, elevación excesiva de los precios y en general las expectativas de una supuesta escasez de arroz paddy. Agrega el recurrente que sobre este punto, se anexan los estudios realizados por Induarroz con cifras reales sobre el mercado.

b) Valoración indebida de la estacionalidad. La Superintendencia valoró indebidamente la estacionalidad de la cosecha de arroz, afirmando que la zona del Tolima no es deficitaria. Para llegar a tal conclusión - sostiene el recurrente - este Despacho se basó en el testimonio de un agricultor y desconoció todos los estudios que sobre este punto se anexaron, dentro de los cuales menciona la declaración de la señora Nohora Helena Cruz, Directora del departamento Técnico de la Bolsa Nacional Agropecuaria, según la cual en el primer semestre de 2004, el mercado de arroz blanco presentó sobreoferta y que "obviamente [eso] repercute en los precios del arroz paddy nacional" y que "el producto importado en el primer semestre de 2004 fue arroz blanco por lo que de manera indirecta influyó este precio".

c) Financiación otorgada a los agricultores. "La Superintendencia parte de la base, de acuerdo con un solo testimonio no concluyente, que la financiación otorgada a los agricultores limita su libertad para negociar el precio de su cultivo, sin tener en cuenta que en la mayoría de los casos los agricultores negocian su producción en otros molinos a un precio mayor o en mejores condiciones, y simplemente autorizan al molino acreedor a cobrar la suma de dinero en el sitio donde negoció el producto."

d) Sobre oferta del mercado. La Superintendencia desconoció, entre otros, la respuesta del Ministro de Agricultura en el debate del Congreso, a partir del cual se demuestra que la oferta de arroz fue mayor a la demanda, lo cual ocasionó la caída en los precios de compra.

e) Importaciones. "La Superintendencia resta importancia a las importaciones realizadas, sin tener en cuenta que cuando comienza a bajar el precio es cuando se asignan las importaciones por parte del Consejo Nacional del Arroz, en las cuales participaba **PROCEARROZ**. Si decide bajar el precio es por las expectativas de entrada de dicho cargamento al mercado, por lo que el molino no va a continuar pagando a precios mas altos teniendo en cuenta que ya tiene una cantidad suficiente para suplir los faltantes derivados de esa baja.

2.1.4 Violación del debido proceso, del derecho de defensa y del derecho de contradicción

Con fundamento en lo prescrito por el artículo 29 de la Constitución Política, el recurrente sostiene que al no haberse valorado por parte de la Superintendencia las pruebas testimoniales, se le violó el debido proceso pues tácitamente se está "desvirtuando" la etapa probatoria y de tal suerte se le impidió al investigado ejercer su derecho de defensa frente a las aseveraciones del Superintendente Delegado en el informe motivado.

2.1.5 Violación de la presunción de buena fe

Afirma en este punto el recurrente que la Superintendencia violó el postulado constitucional según el cual la buena fe se presume, al no tener en cuenta *"que el comportamiento de los precios encuentra su explicación en las condiciones económicas del mercado, y no en la existencia de un acuerdo de precios. Tal y como se demuestra en el presente recurso de reposición, y en el estudio, realizado por Fedesarrollo, enviado a la Superintendencia de Industria y Comercio por parte de las empresas investigadas."*

En otras palabras, la SIC parte de la base de que existe mala fe por parte de las compañías investigadas, en tanto que no hay pruebas del supuesto acuerdo de precios."

2.1.6 Pruebas

El recurrente anexa algunos documentos para que se tengan como prueba.

Argumentos del Despacho

2.1.1 Inexistencia de la conducta

Sea lo primero aclarar que para los efectos de las normas de competencia, acuerdo es *"Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas"*², y restringe la competencia cuando tenga por objeto o como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Como puede apreciarse sin mayor dificultad al analizar el contenido de la norma transcrita, el acuerdo puede verificarse (i) a través de un contrato o de un convenio - formas éstas que, en general, se establecen a partir de pruebas directas como actas de junta directiva, memorandos, comunicaciones, etc-, o (ii) puede deducirse a partir de actuaciones que impliquen un paralelismo de conducta conciente entre los agentes económicos, que supongan cooperación o coordinación entre éstos. En este último evento, el paralelismo es sin duda un hecho a partir del cual se puede inferir la existencia de un acuerdo, aunque él solo no es suficiente, pues en adición, deben estar demostradas otras circunstancias a partir de las cuales pueda establecerse la existencia de la voluntad exterior.

En el caso sub examine, contrariamente a lo manifestado por el recurrente, la Superintendencia concluyó la existencia de un acuerdo, al haber establecido la

² Numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992

simetría en los precios, en cuanto a valores, tiempos y movimientos en que se introdujeron variaciones y a la simultánea ausencia de racionalidades económicas que permitieran inferir que ese paralelismo obedecía a circunstancias distintas de un acuerdo.

En efecto, la resolución de sanción señala día a día el comportamiento de los precios en el cual se evidencia que los cinco molinos investigados efectúan sus variaciones en fechas similares y en valores iguales, hacia arriba o hacia abajo. Así las cosas, la existencia del paralelismo, como primer elemento para inferir el acuerdo colusorio, en la modalidad de práctica concientemente paralela, no deja duda.

Ahora bien, respecto de la ausencia de racionalidad económica, esta Superintendencia reitera lo expuesto en el acápite 4.4.1 del acto administrativo impugnado, en donde se señala que "bajo condiciones de libre mercado, el efecto esperable de una disminución en la demanda de arroz paddy verde sería una disminución en el precio y, por el contrario, un incremento del precio ante un aumento de la demanda", circunstancias éstas que no se cumplen en el caso sub examine pues en las épocas en las que la demanda de arroz paddy verde se incrementó, el precio bajó y cuando la demanda bajó, el precio aumentó.

En ese orden de ideas, la conducta adoptada por las investigadas se ajusta a las previsiones normativas de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concientemente paralela y por ello, la afirmación del recurrente según la cual la conducta condigna de reproche no existe por no existir certeza sobre el acuerdo, es infundada.

2.1.2 Falsa motivación

Como quedó anotado en precedencia, la inexistencia de un acuerdo a partir de la cual el recurrente afirma que la providencia está falsamente motivada, ha quedado desvirtuada.

Ahora bien, en relación con los aspectos que, al decir del recurrente, fueron omitidos en el análisis de esta entidad y que lo llevan a alegar la falsa motivación del acto administrativo sancionatorio, procede este Despacho a efectuar los siguientes análisis:

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

Ahora bien, pueden utilizarse otras variables para efectuar el análisis de concentración, los cuales sin embargo deben reflejar conclusiones idénticas,

desde luego siempre que se parta del mismo mercado relevante. En el caso en estudio, la diferencia en el resultado del análisis sobre la participación en el mercado de las investigadas, al que alude el recurso, obedece a que se olvidó por parte del autor, que el mercado relevante definido en la investigación es el de la zona centro y no el mercado nacional. Por ello, aún partiendo de la cuota de fomento arrocerero, que en el sentir del recurrente, es la que lanza la verdadera participación en el mercado, la conclusión sobre el nivel de concentración sigue siendo idéntica, pues tales cifras aplicadas al mercado de la zona Centro (mercado relevante), permiten concluir que la cuota de mercado es del 71%, porcentaje aún mayor que el señalado por este Despacho a partir del nivel de ventas totales.

En tal sentido, el documento suministrado por la Federación Nacional de Arroceros que contiene el listado de los pagos de la cuota de fomento arrocerero 2004, aportado por el recurrente para efectos de que se tuviera como prueba, no modifica las conclusiones antes anotadas.

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

En ese orden de ideas, no puede afirmarse que el acto administrativo está falsamente motivado, pues aún partiendo de las cifras que el recurrente pretende, la concentración resulta indiscutible y, por ello, la evaluación del comportamiento de los precios para establecer si existe o no un paralelismo, y el análisis que permita establecer la existencia de racionalidades económicas o la ausencia de ellas, se hace indispensable para establecer si la conducta es o no colusoria, tal como lo hizo la Superintendencia en el caso examinado.

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

b) Condiciones del mercado. Sea lo primero aclarar que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que esta Superintendencia omitió en su análisis las pruebas testimoniales de los señores Olaya Vanegas y Rafael Hernández, ambos de Fedearroz. En efecto, con el testimonio del primero de ellos, se verifica el tamaño del mercado, la similitud del producto y la cercanía entre sus distintos agentes, hechos respecto de los cuales no ha habido duda alguna. No obstante, este Despacho señala que las circunstancias propias del mercado del arroz paddy verde que, sin duda, conllevan la posibilidad de conocer de manera casi inmediata las variaciones de los precios de compra de un competidor, no desvirtúan las conclusiones a las que llegó este Despacho en relación con la existencia de una práctica concientemente paralela, pues ellas no se constituyen en manera alguna en una racionalidad económica, a partir de la cual se pueda explicar el comportamiento a la vez similar y atípico en los precios de compra de las sociedades investigadas.

Ahora bien, en el testimonio del señor Rafael Hernández que, en el sentir del recurrente, no fue tenido en cuenta por este Despacho, se lee: *Pregunta 52: " Si la conoce [la ubicación de los molinos de Huila y del Tolima], podría manifestar cuánto tiempo tardaría una persona en desplazarse de un molino a otro? Respondió: Quince o veinte minutos. Pregunta 53: Si existe tan corto tiempo entre un molino y otro molino, cuánto tardaría un agricultor en conocer el precio de compra de arroz entre uno y otro molino? Respondió: No necesitaría desplazarse puesto que el precio siempre es el mismo. " Y más adelante ante la pregunta de si el agricultor consulta los precios de compra del arroz por parte de los molinos, el mencionado señor respondió: "Si los consulta y generalmente establece que el precio es el mismo en todos los molinos y generalmente vende a quien le ha financiado su cosecha." Así las cosas, queda demostrado que las declaraciones antedichas si fueron tenidas en cuenta pero que en nada contribuyen a explicar el paralelismo en los precios.*

c) Variaciones en los precios. En punto a la no coincidencia exacta en las fechas de modificación de los precios por parte de Procearroz con respecto a las de las restantes investigadas, mediante la cual pretende el recurrente tachar de falsamente motivado el acto administrativo sancionatorio, este Despacho señala que las conclusiones a las que arribó, partieron de la demostración de que las empresas fijan los precios de manera casi idéntica, en valores, fechas de variación y períodos durante los cuales se mantienen los precios, sin que existiera correlación con los niveles de compra e inventarios. Por ello, este argumento no permite desvirtuar la argumentación del acto recurrido.

d) Riesgos de desabastecimiento. Finalmente, advierte este Despacho que en la resolución de sanción se expuso suficientemente que si verdaderamente se hubiera presentado una presión competitiva derivada de la posibilidad de desabastecimiento, ésta se habría visto reflejada en un incremento en los precios, y no en la tendencia decreciente que se observó desde el 23 de febrero de 2004 y hasta el final del período investigado.

2.1.3 Valoración Indevida de la prueba

Tal como lo ha reiterado el Despacho en múltiples oportunidades, la práctica de las pruebas recaudadas tanto en la etapa de averiguación preliminar, como en la etapa de investigación fue realizada por la Entidad, sobre la base de información suministrada por las empresas investigadas, esto fue, precios de compra de arroz paddy verde, niveles de inventarios, compras de arroz paddy verde, ventas, capacidad instalada, entre otras.

Teniendo en cuenta tal información, el Despacho realizó la valoración conjunta de todas las pruebas allegadas al expediente demostrando que la simetría en los precios de compra de arroz paddy verde no obedecía a una racionalidad económica, de lo cual infirió la coordinación deliberada por parte de las empresas. Por consiguiente, la Superintendencia no desconoció la regla que ordena apreciar las pruebas en conjunto. Efectuada esta aclaración, procede el Despacho a analizar los supuestos errores de valoración probatoria a que se refiere el recurrente:

a) Período analizado. Las expectativas alegadas por las empresas investigadas si fueron tenidas en cuenta, tal como se señaló en los numerales 4.4.2 y 4.4.3. de la Resolución 22625 de 2005; Sin embargo, una vez evaluados los niveles de inventarios y de compras, se pudo determinar que contrario a lo afirmado por el recurrente, éstas variables mostraron un comportamiento que no obedeció a las expectativas planteadas desde el segundo semestre de 2003, ya que si se tenía proyectado escasez de materia prima durante el primer semestre de 2004, los niveles de compras y de inventarios deberían haberse incrementado, no obstante lo cual la tendencia que se presentó fue contraria a esta proyección.

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

b) Valoración indebida de la estacionalidad. El análisis de los sistemas de cultivo, la estacionalidad de las cosechas y demás factores relevantes en el mercado del arroz se elaboraron precisamente con base en los documentos aportados por las investigadas, tales como el estudio aportado por Uniarroz, correspondiente a los estudios sobre oferta y demanda allegados por esta empresa en desarrollo de la visita administrativa efectuada a esta sociedad; el documento " *Arroz en Colombia 1980-2001*" aportado por la sociedad Roa S.A., así como los documentos de trabajo del Ministerio de Agricultura y del IICA.

Por consiguiente, carece de fundamento la afirmación según la cual el testimonio mencionado fue el único elemento probatorio. La realidad es que fueron múltiples pruebas recaudadas y valoradas por la Superintendencia, razón por la cual no es aceptable el argumento por el recurrente, con el cual pretende desvirtuar la existencia del acuerdo que el Despacho estableció.

c) Financiación otorgada a los agricultores. Atendiendo las cláusulas de los contratos de prenda suscritos por Procearroz, se determinó que los agricultores tienen una capacidad limitada para negociar el arroz con diferentes compradores. De otra parte, el Despacho pudo comprobar a través de los múltiples testimonios rendidos por agricultores, que la capacidad en la negociación de sus cosechas está limitada.

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

d) Sobre oferta del mercado. Las variables descritas por el recurrente, fueron analizadas y tenidas en cuenta por el Despacho, lo que permitió llegar a la conclusión de que los movimientos de los inventarios y por ende de la oferta, no correspondieron con las variaciones de los precios de compra de arroz paddy verde en la medida que no se presentó sobreoferta; por el contrario, los inventarios mostraron una tendencia decreciente en el período analizado.

Así las cosas, el argumento esgrimido por el recurrente no corresponde con la realidad económica del período investigado.

e) Importaciones. El volumen de las importaciones realizadas por los molinos investigados, y en particular las de Procearroz, así como las cifras de contrabando, fueron tenidas en cuenta por esta Entidad en el curso de la investigación, llegando a la conclusión de que los niveles de oferta de materia prima arroz paddy verde, no se vieron incrementados en el período analizado, y que por lo tanto el efecto de las mencionadas importaciones sobre la determinación del precio de arroz paddy verde fue poco significativo.

Sobre este particular aspecto, cabe señalar que con los documentos que se enuncian a continuación, aportados por el recurrente junto con el escrito contentivo del recurso para que fueron tenidos como prueba, se corrobora la conclusión de este Despacho en cuanto que no existió correspondencia entre los movimientos de importaciones y los movimientos de precios de la materia prima, pues como se deriva de los mismos, la distribución del contingente se hizo en marzo de 2004 y la importación de Procearroz en abril de 2004, mientras que el precio de compra de arroz paddy verde había disminuido desde febrero de 2004.

- a. Documento de "distribución contingente de arroz subasta Marzo 5/2004".
- b. Documento que contiene la liquidación de arroz tailandés³.
- c. Carta de ADM NOVA que certifica la importación efectiva de arroz

2.1.4 Violación del debido proceso, del derecho de defensa y del derecho de contradicción

Desvirtuada como ha quedado la afirmación del recurrente en cuanto a la falta de valoración de las pruebas testimoniales, su argumentación respecto de que con esa falta de valoración se viola el debido proceso y por ende el derecho de defensa en cuanto que con ello se produce de manera tácita un desconocimiento a la etapa probatoria, queda igualmente desvirtuada. Sobre el particular, agrega este Despacho que las pruebas aportadas fueron puestas a disposición de los investigados, practicadas con su intervención o corresponden a información suministrada por ellos. Por tal razón, el argumento de la violación a estos derechos fundamentales no cuenta con respaldo fáctico.

2.1.5 Violación de la presunción de la buena fe

Una vez más, este Despacho manifiesta que la conclusión a la que llegó sobre la existencia de un acuerdo de precios por parte de las investigadas, fue el resultado de una simetría en los precios, que si bien podría ser explicada por la ciencia económica, en el presente caso, fue clara la carencia de racionalidades que la justificaran. Así las cosas, no existe fundamento alguno para afirmar, como lo hace el recurrente, que la Superintendencia partió de la presunción de la mala fe de su representada y, por el contrario, debe concluirse que a tal

³ Este documento ya reposaba en el expediente y había sido debidamente valorado-

conclusión se llegó luego de analizadas las pruebas recaudadas y de evaluar una a una las circunstancias esgrimidas por las investigadas en las distintas oportunidades procesales.

Al establecerse que la conducta no encontró justificación económica bajo las leyes de la libre oferta y demanda, el comportamiento de los precios no tuvo explicación en las condiciones económicas del mercado, como afirma el recurrente. En ese orden de ideas, no es de recibo el argumento sobre la violación al principio de la buena fe.

2.1.6 Pruebas

A continuación, este Despacho se referirá a algunas de las pruebas decretadas por el apoderado de Procearroz en el recurso de reposición, así:

1. El decreto 430 de 2004 del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, por medio del cual se crea el mecanismo público de administración de contingentes agropecuarios, no se relaciona con los hechos objeto de investigación ya que se refiere a aspectos procedimentales y operativos del mecanismo de administración de contingentes agropecuarios.
2. Las Ayudas Memorias del Consejo Nacional del Arroz de fecha enero 17, febrero 17 y 24 y marzo 29 de 2004 son documentos que ya habían sido allegados al expediente⁴, y valorados durante la investigación, de suerte que no es prueba que aporte elementos de juicio adicionales.
3. Los artículos "*Balance del sector arrocero en 2004*". Observarroz, Federación Nacional de Industriales del Arroz-INDUARROZ, Volumen 8, Número 14 y "*La coyuntura arrocera de 2004-2005*", de mayo de 2005 de la Federación Nacional de Industriales del Arroz-INDUARROZ reflejan cifras agregadas del sector industrial molinero a nivel nacional, por lo cual resultan ambos inaplicables a la investigación adelantada en cuanto que ésta se contrajo al mercado de arroz paddy verde en la zona Centro del país.
4. El cuestionario enviado por la Honorable Cámara de Representantes al Ministerio de Agricultura, de fecha 3 de agosto de 2005 y las respuestas dadas por dicha entidad, vale la pena recordar que dentro del expediente reposa el cuestionario elaborado por el apoderado de la empresa Unión de Arroceros S.A. Uniarroz a folios 367 a 370 del cuaderno de pruebas N°1, para cuya elaboración tuvo plena libertad la empresa investigada para incluir allí los temas que consideraba oportunos en su defensa.

En todo caso, cabe señalar que las afirmaciones contenidas en esas respuestas se refieren a apreciaciones generales sobre el mercado del arroz. No se refieren al comportamiento de las sociedades investigadas en la zona Centro del país. Por consiguiente, no desvirtúan las conclusiones de esta Entidad sobre la

⁴ - Ayuda memoria del 27 de enero de 2004: Obrante a folio 164 a 165 del cuaderno de Roa N° 2.

- Ayuda memoria del 17 de febrero de 2004: Obrante a folios 166 a 167 cuaderno 2 de Roa.

- Ayuda memoria del 24 de febrero de 2004: Decreto 539 del 24 de febrero de 2004.- En la Resolución que se recurre se hace mención de este decreto, mediante el cual el gobierno autorizó el contingente para la importación de 180.000 toneladas.

- Ayuda memoria del 29 de marzo de 2004. Obrante a folios 168 a 169 cuaderno 2 de Roa.

existencia de un acuerdo entre esas sociedades en el periodo de enero a junio de 2004.

2.2 UNIÓN DE ARROCEROS S.A. – UNIARROZ

Argumentos del recurrente

2.2.1 Falsa motivación

Alega el recurrente que la resolución de sanción está falsamente motivada por cuanto no tomó en cuenta la totalidad de los argumentos expuestos por su representada en el escrito de respuesta al informe motivado, referidos básicamente al funcionamiento del mercado del arroz en el Tolima y Huilá y a la situación particular de Uniarroz y que dicha omisión llevó a la Superintendencia a la conclusión de que existe un acuerdo restrictivo de la competencia.

A continuación, se esgrimen los argumentos que en concepto del recurrente no fueron tenidos en cuenta por la Superintendencia.

a) Periodo analizado. El recurrente transcribe apartes de su respuesta al informe motivado, para insistir en que el análisis económico efectuado *“no toma en cuenta lo sucedido en el semestre inmediatamente anterior, en donde los precios de compra tuvieron un comportamiento atípico que los elevó a niveles muy altos, dada la coyuntura del mercado.”*

b. Poder de negociación de los agricultores. *“Según la Superintendencia los molinos son los que asignan el precio, sin tener en cuenta al agricultor, lo que implicaría que no existe una interacción real entre la oferta y la demanda, no habría un mercado.”*

“La apreciación de la Superintendencia no corresponde a la realidad del mercado. El precio como tantas veces lo hemos dicho lo fija el mercado del cual hacen parte agricultores y molineros...”

En adición, señala el recurrente que de acuerdo con la información de las liquidaciones de arroz paddy realizadas por Uniarroz en el periodo diciembre de 2003 a julio de 2004, se observa que de 959 liquidaciones, a 254 se les reajustó el precio hacia arriba (27%) por el inmenso poder de negociación que tiene el agricultor frente a Uniarroz

c) Análisis de los cambios de precios y simetría en los mismos. Alega el recurrente que su representada no ajustó los precios en las mismas fechas que sus competidores y que, por el contrario, *“se presentan variaciones hasta de cuatro días, lo cual es mucho tiempo en un mercado en donde el producto es homogéneo, donde 4 de los cinco molinos investigados están en un radio de acción de 5 kilómetros a la redonda.”*, de suerte que el análisis adelantado por la Superintendencia sobre las variaciones de los precios, a partir del cual concluye la simetría de éstos, no se puede predicar de UNIARROZ.

En adición, afirma que un mercado de productos homogéneos, está sustentado en la teoría económica, tal como se desprende de un concepto de Fedesarrollo que, en su sentir, no fue tomado en cuenta por esta entidad.

d) Comités de compras. Señala el recurrente que la SIC incurrió en error de valoración del acervo probatorio, al no tomar en cuenta *"todos los aspectos del mercado, la información de los comités de compra es mal interpretada de una manera que perjudica enormemente a los molinos sancionados. Dicha interpretación, realizada sin conocer y profundizar en el comportamiento del mercado, lleva a una falsa conclusión de atar indicios para sancionar a mis clientes"*.

Alega que hubo por parte de la Superintendencia, un desconocimiento de la estructura del mercado que es la que permite que los comités de compra, que recogen de manera inmediata la información del mercado, reaccionen rápidamente *"o perderían su activo más importante, es decir los agricultores"*.

e) Análisis de la demanda del mercado. Después de referirse a *"la ciclicidad de las siembras de arroz a nivel nacional"* que explica que típicamente, el precio del arroz tiende a subir en el primer semestre del año y a bajar en el segundo, señala el recurrente que *"el segundo semestre del año 2003 y el primer semestre del año 2004 fueron totalmente atípicos al comportamiento histórico. En el segundo semestre del 2003 hacia el mes de septiembre y en plena recolección de la cosecha nacional el arroz paddy verde comienza a subir de precio puesto que las cifras tanto de FEDEARROZ como del gobierno prevén una escasez para el primer semestre del 2004. Eso hace que el precio del arroz al agricultor suba inusualmente ya que los molineros intentan evitar correr el riesgo de quedarse sin materia prima en los primeros meses del 2004"*. A partir de estas afirmaciones, concluye que la Superintendencia no evaluó lo sucedido en ese año atípico, pues de lo contrario hubiera entendido las razones para la baja del precio.

f) Costo de los inventarios. Afirma el recurrente que *"en el análisis realizado por la SIC no se tuvo en cuenta la situación financiera de UNIARROZ, ni en el entorno del mercado durante el primer semestre de 2004. Estos factores incidieron directamente sobre las decisiones tomadas con respecto al precio de compra del paddy..."*

"La disminución en las ventas fue especialmente notoria en el principal producto de la empresa, el arroz empaquetado, el cual cayo (sic) en un 70.4% entre enero y febrero de 2004. El bajo nivel de las ventas se mantuvo en los meses de marzo, abril y mayo."

"Esta caída de las ventas ocasionó que la empresa disminuyera sus precios de compra..."

2.2.2 Indebida valoración de las pruebas

Observa el recurrente que el Superintendente de Industria y Comercio se extralimitó en su facultad de libre apreciación de la prueba, pues pasó por encima de los criterios de la sana crítica, al otorgarle un valor probatorio indebido a algunas de las pruebas aportadas en el proceso, así:

a) Estacionalidad de la cosecha. En su análisis a(sic) SIC malinterpreto (sic) el fenómeno de la estacionalidad de la cosecha, afirmando que la zona del Tolima no es deficitaria. Lo extraño es que esta afirmación la sustenta con el testimonio

de un agricultor, desconociendo todos los estudios que sobre este punto han sido anexados al expediente (...)"

b) Nivel de los inventarios. *Este análisis desconoce todos los factores que se presentaron en el mercado durante el primer semestre de 2004, y que en su debida oportunidad fueron explicados. Este semestre fue atípico, ya que como se ha explicado en esta época del año se presenta un faltante de arroz, y no como en ese año que se produjo el fenómeno opuesto.*

En la actualidad, las entidades expertas en el tema ya cuentan con las cifras exactas de lo que sucedió en el mercado, lo que hace posible constatar que el desfase en las proyecciones sobre la cosecha, la aprobación de las importaciones por parte del gobierno, los elevados precios del paddy en el segundo semestre de 2003, el nivel de los inventarios y el comportamiento de las ventas de arroz empaquetado, llevaron a que se incrementara la oferta de paddy, con el consiguiente efecto sobre los precios de compra.

c) Estructura del mercado. *Afirma el recurrente que la SIC utiliza cifras inexactas para demostrar que los molinos sancionados tienen una alta participación de mercado, pues parte de estados financieros para establecer el volumen de ventas – lo cual está referido al arroz empaquetado-, cuando en realidad para establecer la participación en el mercado de arroz paddy, debe basarse en las cuotas de fomento arrocero.*

Por otra parte, agrega el apoderado de UNIARROZ, la SIC "omite intencionalmente varios factores que son claves para entender porque los molinos de la región tienen precios iguales...[y] no analizó otros elementos de la estructura del mercado, que explican la simetría en los precios de compra del paddy en cada una de las regiones del país, como en la ubicación geográfica que permita un grado de información perfecta que hace posible que los agricultores conozcan rápidamente sobre el incremento de precios de algún molino y se desplacen hacia él, y por ello los competidores eleven rápidamente sus precios, tanto el súbito incremento del precio por parte de un molino pues de no reaccionar puede avocarlo a un desabastecimiento. (...)"

2.2.3 Objeción al estudio de mercado efectuado por la Superintendencia

"La SIC limitó su pretensa evaluación del mercado y sus condiciones a una específica zona del país, olvidando que dicho análisis, para poder ser completo y considerar la totalidad de variables que afectan los precios al interior del mercado de arroz, tenía que considerar la situación existente en todo el país.

Omitió considerar el acto administrativo, como a continuación se indica, que el precio final de venta del producto es el punto de partida de cualquier análisis, ante la existencia de productos sustitutos del arroz, proveedores alternos e incluso importación del producto, elementos que de haber sido considerados habrían permitido efectuar el análisis correcto de la situación existente.(...)"

En efecto, no solamente se restringió el análisis, tal como antes se indicara, a una fracción de las compras nacionales de arroz, con exclusión de los volúmenes de importación, sino que se omitió considerar que el mercado finalmente es el de

venta de arroz al consumidor final, mercado este donde los molinos son simplemente una parte.(...)

De tal manera es flagrante esa equivocación conceptual, que la resolución no consideró que es el precio de venta al consumidor, lo que determina toda la estructura de precios en la cadena.(...)

2.2.4 Errores de tipo procesal

Señala en este acápite el recurrente "Que luego de ser analizadas las fechas de realización de los comités de compra se concluye la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia.

Pero además de ello, esa fundamentación del acto administrativo no es idónea, pues conlleva ella (sic) una inadmisibles inversión de la carga de la prueba y, sobre todo, la aplicación de un criterio de juzgamiento que se lleva de paso la presunción de inocencia (que igualmente existe en el procedimiento administrativo) y, que conlleva flagrante violación a los principios del debido proceso y el derecho a la defensa.(...)

Lo que aquí se hizo dista mucho de tal proceder, pues la SIC tomó las variaciones de precios de compra, analizó estas por fuera del mercado relevante, omitiendo considerar elementos de esencial incorporación para garantizar la validez de su análisis y, fundada exclusivamente en dos hechos tomados en forma descontextualizada, procedió a derivar de allí una conclusión negativa. (...)

En sus conclusiones, el recurrente afirma, como lo hace el apoderado de Procearroz, la falta de prueba de un convenio entre las molineras, lo cual llevaría - en su sentir- a concluir la inexistencia de la conducta; en adición, sostiene que el Despacho ha violado el debido proceso al sostener que la similitud de precios se explica a partir de un acuerdo, desconociendo las condiciones de un mercado, cuyas características se han puesto de presente.

Argumentos del Despacho

2.2.1 Falsa motivación

a) Período Analizado. Sobre las circunstancias ocurridas durante el segundo semestre de 2003, cuyo desconocimiento por parte de la Superintendencia alega el recurrente, léase lo manifestado en el presente acto administrativo, en el punto 2.1.3, en el cual se analiza este mismo aspecto, con ocasión del recurso de Procearroz.

b) Poder de negociación de los agricultores. Como se indicó en la decisión del recurso de Procearroz, la capacidad de negociación de los agricultores no fue un elemento central para concluir la existencia del acuerdo. No obstante lo anterior, se reitera que las conclusiones del Despacho en cuanto a que dicho poder es limitado, se derivan de las cláusulas de los contratos de prenda suscritos entre el molino y el agricultor. De acuerdo con los contratos de prenda analizados y los testimonios de los agricultores recibidos, se encuentra que el agricultor dispone de mínima libertad para conseguir un mejor precio por su cosecha, porque se ve limitado en la posibilidad de acudir a molinos diferentes a aquél que lo ha

financiado, libertad limitada en la medida que deberá garantizar el cubrimiento de la deuda contraída.

Según contrato de prenda suscrito por Uniarroz⁵ en su cláusula décima, el molino realizará supervisión a fin de verificar el estado del cultivo dado en prenda y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el agricultor.⁶ De igual forma se asegura el abastecimiento de la materia prima según se observa en la cláusula décima primera.⁷ Adicional a lo anterior, la supervisión realizada por el molino le permite conocer exactamente los días de recolección para ofrecer su precio de compra.⁸

En conclusión, como se ha venido indicando, el agricultor carece de libertad para negociar el arroz con el molino que desee. No debe olvidarse que la industria molinera conformada por las cinco investigadas compra el 95% del total de las cosechas y son quienes en su mayoría la financian. En ese orden de ideas, no resulta sostenible la afirmación del recurrente, en cuanto al poder de negociación del agricultor.

Por último, debe aclararse que las liquidaciones de arroz paddy verde que el recurrente pone de presente para demostrar el poder de negociación de los agricultores, en tanto que ellas permiten establecer un reajuste en el precio por encima o por debajo del precio base, este Despacho señala que el precio constituye la referencia sobre la cual se inicia la negociación del precio del arroz paddy verde; adicionalmente, los análisis efectuados desde el momento de la apertura de la investigación, se hicieron partiendo de los precios base de compra de arroz paddy verde fijados al interior de cada uno de los Comités de Compras de las empresas investigadas, a partir de los cuales se determinó que las empresas investigadas fijaron los precios de manera igual, prácticamente a partir del mismo día y en la misma cantidad, sin que para ello existiera una explicación económicamente viable.

⁵ Folio 136 cuad. 1 Uniarroz.

⁶ "CLAUSULA DECIMA. EL DEUDOR se obliga a permitir que el ACREEDOR PRENDARIO, directamente o a través de la persona que designe para el efecto, inspeccione el (los) cultivo(s) dado(s) en prenda a fin de verificar su estado y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades asumidas por EL DEUDOR, y si es el caso a que recolecte el cultivo dado en prenda y lo traslade a las instalaciones que considere aconsejables el ACREEDOR PRENDARIO." Folio 137 cuad.1 Uniarroz.

⁷ "CLAUSULA DÉCIMA PRIMERA. Si el cultivo dado en prenda fuere arroz, EL DEUDOR se compromete expresamente a enajenar a título de compraventa a favor del ACREEDOR PRENDARIO todo el arroz paddy cosechado en el (los) cultivo(s) dado(s) en prenda. El precio de compraventa del arroz será convenido por las partes a más tardar el día siguiente de finalizar la entrega, de acuerdo con el valor que tenga la carga de arroz paddy de 125 kilos en el mercado." Folio 137 cuad.1 Uniarroz

⁸ El día en que inicia la recolección el molino manda un vigilante al productor para inspeccionar Despachos. Sobre el mismo punto consta en acta 033 de Procearroz folio 603 cuad 1. "PUNTO CUARTO: La Doctora MARIA CONSUELO BELTRAN CRUZ propone reforzar el control en las cortas de los lotes pignorados al Molino y sugiere vincular personal dedicado exclusivamente a la vigilancia de las cortas, debido a que el arroz pignorado se está quedando en otros molinos, lo que se aprobó por unanimidad."

c) Análisis de los cambios de precios y simetría en los mismos. Sea lo primero afirmar, en relación con este aspecto, que puede existir un acuerdo de precios aún si los movimientos de estos, la proporción de los incrementos y la fecha en que se producen, no es exactamente la misma.

Efectuada esa aclaración, remite este Despacho a los cuadros contenidos en el acápite 4.3.1 de la resolución recurrida, donde se registró día a día el movimiento de los precios de las investigadas, para demostrar que contrariamente a lo afirmado por el recurrente, los incrementos y las bajas de los precios de UNIARROZ tienen las mismas tendencias de los de sus competidores y que, salvo el incremento que hicieron los restantes molinos el día 17 de febrero de 2004, los movimientos en los precios denotan un claro paralelismo entre todas.

De otra parte, como en reiteradas oportunidades se ha manifestado, el Despacho sí tuvo en cuenta todos los elementos aportados por las investigadas. En la Resolución N°22625 - numeral 4.4.7 páginas 44 a 47, se analizaron los fundamentos teóricos presentados por las investigadas, a través del estudio elaborado por la Subdirectora de Fedesarrollo.

El análisis realizado por esta entidad al mencionado estudio demostró que la simetría en los precios de compra de arroz paddy verde no correspondió a la estructura propia del mercado del arroz, sino que obedeció a una coordinación deliberada de las empresas investigadas, dada la ausencia de racionalidad económica. Por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

d) Comités de compras. A pesar de que este argumento ya fue expuesto y debatido en su oportunidad, este Despacho reitera el hecho de que el paralelismo en los precios es solo un indicador de un presunto acuerdo. Lo que en realidad llevó a este Despacho a establecer la conducta colusoria es la ausencia de racionalidades económicas que se suman a la mencionada simetría.

Se tiene que la determinación del precio de compra del arroz paddy, que es materia prima indispensable en el proceso productivo de los molinos, no puede estar en función exclusiva de los demás agentes en el mercado. En efecto, quien necesita materia prima y teme un desabastecimiento, deberá obtenerla, lo cual necesariamente tiene que reflejarse en su precio, mientras que el que tiene exceso en sus inventarios, no tendrá interés en seguir adquiriendo, salvo que tenga un precio de oportunidad, para lo cual propondrá bajos precios.

Las razones anotadas demuestran una vez más que la cercanía de los competidores y la posibilidad de conocer de inmediato sus precios, no son, en condiciones de libre mercado, factores que expliquen el paralelismo que se produjo en el caso en estudio.

e. Análisis de la demanda del mercado. En punto a la estacionalidad de la cosecha, este Despacho indica que ya en el numeral 4.4.2 de la resolución recurrida expuso suficientemente las razones por las cuales tal circunstancia no es predicable en la zona centro del país y cómo, por el contrario, la zona del Tolima y Huila constituye la de mayor aprovisionamiento de arroz paddy verde

para el país a lo largo del año, por la indiscutible continuidad y regularidad en la cosecha.

Adicionalmente, en el mismo estudio aportado por Uniarroz⁹ se reconoce que la estacionalidad no opera para la zona centro, cuando señala :

"Así por ejemplo, en la zona arrocera de los Llanos la cosecha A es menor que la B debido a la temporada de lluvias del primer semestre a diferencia de la zona centro, donde la cosecha es similar durante todo el año".

De otra parte, se observa un cambio de argumentación de Uniarroz en relación con las expectativas para el primer semestre de 2004, pues contrario a lo expuesto mediante comunicación del 18 de agosto de 2004,¹⁰ y en los descargos al informe motivado,¹¹ donde se indicaba que tales expectativas eran de escasez, en el recurso que se resuelve, la recurrente manifiesta que las expectativas generadas en el primer semestre son de sobreoferta:

"Estas expectativas de sobreoferta de arroz se siguen consolidando en los meses siguientes en la medida en que los inventarios de arroz del país se mantienen históricamente muy altos."

Es ostensible que existe una contradicción en los argumentos esgrimidos por la recurrente. De hecho según lo manifestó el mismo Uniarroz, solamente hasta junio de 2004, el sector conoció el desfase en las cifras comunicadas por el Consejo Nacional del Arroz¹² en septiembre de 2003.

Lo cierto es que el comportamiento de Uniarroz no obedeció a tales expectativas. Así mismo, la disminución en los precios base de compra de arroz paddy verde se presentó desde el 17 de febrero de 2004, mucho antes de que en el sector se conociera el desfase en las proyecciones.

En relación con la sobreoferta, manifiesta Uniarroz que de acuerdo con el Comité de Estadísticas del Consejo Nacional de Arroz, la oferta de arroz fue inmensamente mayor a la demanda en el período analizado, situación que explica el descenso en el precio. Al respecto, anotamos que las cifras

⁹ Información obrante a Folio 271 cuaderno 2, correspondiente a la visita administrativa realizada al molino de Uniarroz, expediente radicado bajo el N° 1057498.

¹⁰ folio 216 cuaderno de pruebas 1 Radicación N° 01057498-00020001. Uniarroz manifestó: " Por tanto, los agricultores del Tolima recibieron durante el segundo semestre del 2002 y los primeros meses del 2004 un precio mayor al que hubiese fijado el mercado..., si las proyecciones de los demás agentes de la cadena arrocera no hubiesen generado la expectativa de una **supuesta escasez del cereal**."(negrilla fuera del texto original).

¹¹ Uniarroz manifestó: "Las proyecciones de escasez de arroz para el primer semestre de 2004, sumadas a la aprobación de cupos de importación por parte del gobierno debieron impulsar a los molinos a importar volúmenes importantes de arroz paddy verde, disminuyendo su demanda local por el producto." Folio 93 cuaderno 4 Radicación N° 01057498-00020001

¹² Este reconocimiento se hizo en la reunión del Consejo Nacional del Arroz del 4 de agosto de 2004. información obrante a folio 216 cuaderno de pruebas 1.

mencionadas por la recurrente corresponden a oferta de arroz a nivel agregado del período analizado pero emitidas después de diciembre de 2004, por lo cual no reflejan el comportamiento real de las investigadas. Igualmente, por ser cifras totales no son un indicador del comportamiento individual de cada una de las empresas investigadas, variables que sí fueron analizadas por el Despacho con base en las cifras de inventarios, ventas, compras y precios suministradas por cada empresa.

De acuerdo con lo expuesto, ni las expectativas, ni la sobreoferta fueron factores que permitieran explicar la similitud en el comportamiento de los precios de compra de arroz paddy verde, entre las empresas investigadas.

f) Costo de los Inventarios. Respecto de esta argumentación es de observar que si bien las ventas disminuyeron de enero a febrero en un 70%¹³, de febrero a marzo se incrementaron en un 68% y de abril a mayo del año 2004 igualmente registraron un aumento de 12%. Así mismo, la caída en los precios de compra, ocurridas el 16 de marzo de 2004 y el 21 de mayo de 2004, en \$77.500 y \$77.000 respectivamente, ocurrieron precisamente cuando las ventas totales se incrementaron.

De acuerdo con lo anterior, se ratifica lo ya manifestado por el Despacho en el sentido de que el comportamiento de las ventas no corresponde con el movimiento de precios, puesto que el argumento de Uniarroz es que al disminuir las ventas, aumentaron los inventarios de paddy verde lo que obligó a disminuir los precios de compra del paddy. Tal como lo reflejan las cifras, los precios cayeron cuando las ventas se incrementaron, situación contraria a la argumentada por Uniarroz. Por consiguiente, la explicación de Uniarroz es inconsistente. En consecuencia, el paralelismo en los precios carece de explicación válida.

De otra parte, con respecto a los márgenes de rentabilidad de Uniarroz, el Despacho manifiesta que de acuerdo con las cifras sobre Margen Bruto real¹⁴ aportadas por Uniarroz, este indicador fue positivo durante el primer semestre de 2004, es decir aún descontando el costo de los inventarios, el margen de rentabilidad fue positivo. De acuerdo con lo anterior, se reitera lo manifestado en la resolución recurrida, en el sentido de que no existen elementos probatorios que respalden la argumentación de Uniarroz.

En síntesis, este Despacho concluye que el argumento según el cual la resolución recurrida está falsamente motivada, carece de sustento pues los aspectos que al decir del recurrente fueron omitidos en sus valoraciones, han sido retomados uno a uno, para demostrar como sí fueron tenidos en cuenta y examinados a fondo en su oportunidad. En ese orden de ideas, debe concluirse que no le asiste razón al recurrente, en cuanto a que los fundamentos fácticos de la resolución recurrida sean contrarios a la realidad.

¹³ Ventas totales.

¹⁴ Es la medida del margen verdadero que obtiene la empresa con la venta de arroz empaquetado descontando el valor real para Uniarroz de mantener el paddy verde en inventarios. Información de Uniarroz obrante a folio 49 del cuaderno 4.

Ha quedado de igual manera establecido que no se incurrió en vía de hecho como pretende el recurrente, pues, aunque no tuvieron la virtud de desvirtuar las conclusiones del Despacho, todos y cada uno de los hechos alegados por las investigadas fueron tenidos en cuenta y las pruebas debidamente valoradas en su conjunto. Sobre el particular, basta mencionar que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en afirmar que existe vía de hecho cuando se rompe el equilibrio procesal por la omisión de pruebas determinantes, mas no cuando los hechos alegados como pruebas tendientes a refutar los argumentos de una decisión, no tienen la virtud de hacerlo.

2.2.2 Indebida valoración de la prueba

Procede este despacho a desvirtuar la indebida valoración que se le ha dado al acervo probatorio, para lo cual se referirá uno a uno, a los eventos en los que, al decir del recurrente, se incurrió en esta falencia.

a) Estacionalidad de la cosecha. Basta, para desvirtuar lo afirmado por el recurrente, la lectura del documento aportado por Uniarroz, que obra a folio 271 del cuaderno 2 del expediente, en el cual se reconoce que la estacionalidad no opera en la zona centro, cuando se afirma:

“Así por ejemplo, en la zona arrocerca de los llanos la cosecha A es menor que la B debido a la temporada de lluvias del primer semestre a diferencia de la zona centro, donde la cosecha es similar durante todo el año.”

Es, entonces, con esta información, entre otras, que la Superintendencia concluye lo relacionado con la estacionalidad, de suerte que la afirmación de que tal conclusión se basa en un solo testimonio carece de validez.

b) Nivel de los inventarios. Sobre el particular, valga anotar que el análisis del comportamiento de las empresas investigadas en el mercado y, en particular, la fijación del precio de compra en el período enero a junio de 2004 se valoró teniendo en cuenta las cifras sobre inventarios, compras, ventas y precio, aportadas por las mismas empresas en dicho período.

No resulta por tanto de recibo la argumentación respecto a que en fecha posterior a la de los hechos analizados, tengan en cuenta cifras distintas, a nivel agregado para el país, porque las actuaciones de las empresas se analizaron con base en lo ocurrido en el mercado relevante y en el período analizado, con lo cual este Despacho arribó a la conclusión de que existió una práctica restrictiva de la competencia.

c) Estructura del mercado. La argumentación relacionada con el cálculo de las cuotas de participación de las empresas investigadas según la cuota de fomento arrocerca y las características del mercado, tales como homogeneidad del producto, cercanía de los molinos, conocimiento de la información, etc., se analizaron cuidadosamente y quedaron consignados en el análisis realizado por esta Entidad en la resolución 22625 en el numeral 4.4.7 relacionado con las observaciones al estudio realizado por Fedesarrollo y presentado por las investigadas, así como en el presente acto administrativo, por lo cual resultaría redundante exponer ese análisis nuevamente.

Así mismo, ténganse en cuenta los comentarios de este Despacho, respecto de la omisión de la valoración de dos testimonios, alegada también por PROCEARROZ.

2.2.3 Objeción al estudio de mercado efectuado por la Superintendencia

Tal como se ha manifestado en repetidas ocasiones, el mercado relevante analizado es el de compra de materia prima arroz paddy verde en la zona Centro, mercado sobre el cual se fundamentó el análisis que condujo a la sanción de las investigadas. De acuerdo con lo expuesto, no es de recibo la pretensión de ampliar el mercado en términos del mercado producto o del mercado geográfico.

En tal sentido, la afirmación según la cual la Superintendencia erró su fundamentación por cuanto solo efectuó el análisis sobre una zona del país supone el desconocimiento de la definición del mercado geográfico al cual se contrajo la presente investigación.

Así mismo, se desconoce la definición del mercado producto cuando se pretende tener en cuenta el precio final de venta del arroz al consumidor, pues la investigación que condujo a la multa impuesta, se realizó en el mercado del arroz paddy verde, esto es, el mercado del arroz como materia prima. En consecuencia, las afirmaciones del recurrente no son de recibo.

2.2.4 Errores de tipo procesal

Vale la pena recordar que, como se advirtió en la resolución No. 22625, los hechos probados y el amplio análisis del mercado del arroz paddy, permitieron determinar que las conductas adoptadas por las empresas molineras vinculadas a la investigación, no correspondieron al comportamiento real del mercado arrocerero sino a movimientos coordinados de los molinos, orientados a no competir y a reducir la incertidumbre propia del manejo independiente de los precios de compra, con lo cual incurrieron en la conducta descrita en el numeral 1° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Respecto de la falta de prueba de un convenio entre las molineras, este Despacho se remite a los comentarios que se hicieron en precedencia, cuando se analizaron los mismos argumentos de Procearroz.

Finalmente, debe este Despacho referirse a la posibilidad legalmente reconocida de inferir una conducta, como la que se endilga a las investigadas, a partir de hechos cuya observancia, en conjunto, no admiten explicación diferente. En ese orden de ideas, no es de recibo la argumentación que el recurrente expone en este acápite y, por el contrario, en un todo de acuerdo con las decisiones de la Corte Constitucional, es menester concluir que frente al paralelismo en los precios que se halla suficientemente demostrado en el caso de marras, y la falta de explicación plausible y razonable dentro de la ciencia económica, no cabe otra posibilidad que concluir la existencia de un acuerdo.

En punto a la "inadmisible inversión de la carga de la prueba y la vulneración de la presunción de inocencia, ténganse en cuenta los argumentos de este Despacho, expuestos en el acápite 2.3.1 del presente acto administrativo, donde se analizan

los aspectos referidos a la prueba, la presunción de culpabilidad y el respeto a la garantía constitucional del principio de presunción de inocencia.

Para concluir, solo resta señalar que a las investigadas se les permitió, en las instancias procesales correspondientes, exponer los argumentos fácticos y jurídicos con los cuales pretendían desvirtuar los hechos objeto de la investigación, siguiendo los principios constitucionales del derecho de defensa y el debido proceso. En ese orden de ideas, la afirmación del recurrente carece de validez.

2.2.5 Pruebas

- En relación con las pruebas documentales aportadas con el recurso de reposición, este Despacho se remite a los comentarios que sobre las mismas efectuó en el acápite 2.1 de esta providencia.
- En lo que hace al testimonio de la subdirectora de Fedesarrollo sobre el estudio aportado y la interpretación realizada por la Superintendencia, solicitado como prueba en el recurso y decretado y practicado por el Despacho, es menester señalar que la respuesta a las preguntas formuladas no distan de los análisis efectuados por este Despacho, en cuanto al comportamiento de los precios cuando se trata de productos homogéneos, pero en ningún caso desvirtúa la falta de racionalidades económicas que permitieran explicar los comportamientos atípicos de los precios pagados por el arroz paddy verde, por parte de las investigadas.

2.3 ARROZ DIANA S.A.

Argumentos del recurrente

2.3.1 Violación del debido proceso. Presunción de inocencia. Buena fe

Luego de efectuar una amplia exposición en relación con la facultad sancionatoria de la administración pública en general y, en particular, de la Superintendencia de Industria y Comercio, el recurrente hace énfasis en la obligatoriedad de la administración de ceñirse en sus actuaciones a los principios constitucionales que garantizan el debido proceso, dentro de las cuales debe mencionarse, entre otras, el derecho de defensa, el principio de legalidad y la presunción de inocencia, para concluir que con la sanción impuesta este Despacho violó postulados constitucionales, pues impuso una sanción sin que estuvieran probados los elementos suficientes para derivar la existencia de una conducta concientemente paralela entre las investigadas.

En tal sentido, alega que no puede endilgarse una conducta concientemente paralela, sin demostrar la culpabilidad de la investigada, pues eso atentaría contra la garantía constitucional de presunción de inocencia y buena fe, y contra la clara prohibición de derivar una responsabilidad objetiva.

Siguiendo la misma línea argumentativa, afirma el recurrente que no se han demostrado los elementos necesarios para aplicar el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, en su numeral 1, así:

- No se demostró el paralelismo de los precios por parte de su representada.

- No está probada la voluntad exterior, de la cual se derive una actuación conjunta y mancomunada.
- Existen racionalidades económicas

Así mismo, arguye que "olvida la SIC que a partir de indicios no se puede sancionar".

Argumentos del Despacho

2.3.1 Violación del debido proceso. Presunción de inocencia. Buena fe

Sobre la ausencia de prueba del acuerdo de precios entre las investigadas, ténganse en cuenta los comentarios realizados en relación con este punto en el acápite 2.1.1 de la presente resolución, a lo cual sólo resta agregar, para redundar en razones, la cita transcrita a pie de página en la resolución 22625 de 2005 y reseñada bajo el número 38, en relación con la llamada prueba circunstancial, según la cual: *"El concepto de prueba económica, al contrario de lo que ocurre con la prueba legal o documental, no tiene una existencia real fuera e independiente del concepto de práctica concertada. Es más, la prueba de tal práctica se basa precisamente en la presunción de que las empresas acusadas han adoptado intencionadamente una conducta paralela inexplicable con una análisis económico"*. Documento "Cárteles, aspectos procesales y probatorios", Maurice Guerrin y Georgios Kyriazis..

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional¹⁵, al señalar:

"Finalmente en general es razonable suponer que ha actuado de manera dolosa o negligente quien ha incumplido un deber tributario tan claro como es la presentación de la declaración tributaria en debida forma, por lo cual resulta natural considerar que la prueba del hecho –esto es de la no presentación de la declaración– es un indicio muy grave de la culpabilidad de la persona. Por consiguiente, teniendo en cuenta que las sanciones impuestas en caso de no presentación de la declaración tributaria son de orden monetario, que el cumplimiento de este deber es esencial para que el Estado pueda cumplir sus fines, y conforme al principio de eficiencia, la Corte considera que una vez probado por la administración que la persona fácticamente no ha presentado su declaración fiscal, entonces es admisible que la ley presuma que la actuación ha sido culpable, esto es, dolosa o negligente.

Lo anterior no implica una negación de la presunción de inocencia, la cual sería inconstitucional, pero constituye una disminución de la actividad probatoria exigida al Estado, pues ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente. En este orden de ideas, la flexibilidad del principio de prueba de la culpabilidad en este campo no implica empero condonación de la prueba para la administración, puesto que en sanciones de tipo administrativo, tales como las que se imponen en ejercicio del poder de policía o las sanciones de origen tributario, deben estar sujetas a la evidencia del incumplimiento, en este caso la no presentación de la obligación tributaria, la cual hace razonable la presunción de negligencia o dolo del contribuyente. (se subraya)

Como puede observarse, de manera expresa, el fallo deja en claro que la presunción de culpabilidad no hace nugatoria la garantía constitucional de

¹⁵ Sentencia C-690 del 5 de diciembre de 1996

presunción de inocencia, pero sí constituye una disminución de la actividad probatoria a cargo del Estado. La presunción de inocencia – núcleo esencial del derecho al debido proceso- se viola, tal como lo sostuvo la referida Corte¹⁶, cuando no se le ha concedido al interesado la oportunidad de ser escuchado y de ejercer su derecho de defensa y contradicción, lo cual no ocurrió en el caso sub exámine.

Ahora bien, el paralelismo puede estar explicado por la ciencia económica, de suerte que no es procedente concluir, con ese solo hecho, la existencia de conductas colusorias. Empero, la identidad de comportamiento de precios entre varios competidores que no pueda ser explicada de modo natural por la propia estructura y las condiciones de competencia de mercado, induce de manera inequívoca a establecer la existencia de un acuerdo entre los distintos operadores.

En ese sentido, siempre que no aparezcan demostradas las racionalidades económicas que expliquen el aludido comportamiento de los precios, es forzoso concluir que este es fruto de una actuación conjunta y mancomunada de las varias empresas para distorsionar el mercado, pues no cabe duda que tal comportamiento no puede ser obra del azar.

Son entonces esa sumatoria de circunstancias -identidad de comportamiento de los precios entre distintos competidores y ausencia de racionalidades económicas- las que permiten inferir a la autoridad de competencia, la existencia de un acuerdo.

Así las cosas, la afirmación según la cual este Despacho aplicó una responsabilidad objetiva, pierde validez, en tanto que a partir de los elementos que fueron demostrados a lo largo de la investigación, se deriva la conducta conjunta y mancomunada, que supone, desde luego, una decisión compartida.

Por lo demás, señala este Despacho que la afirmación según la cual no puede una autoridad sancionar a partir de indicios, desconoce lo establecido en los artículos 248 y 249 del Código de Procedimiento Civil, respecto de la prueba indiciaria.

Ahora bien, el paralelismo en los precios, cuya prueba pretende desconocer el recurrente, está más que demostrado en la gráficas que aparecen en el acápite 4.3. de la resolución de sanción, a partir de las cuales y tal como se ha mencionado a lo largo de este acto administrativo, se evidencian unas variaciones casi idénticas en los precios, durante el período investigado.

De otra parte, los hechos que el recurrente señala - condiciones de mercado, ubicación geográfica de oferentes y demandantes, estacionalidad de la cosecha - que han sido analizados en las distintas etapas procesales de la presente actuación, no permiten explicar, como una conducta racional y previsible, el comportamiento idéntico de los precios de las investigadas, lo que – se reitera- permite inferir la práctica colusoria.

¹⁶ Sentencia T 145/93

Finalmente, ante la afirmación del recurrente según la cual las pruebas que constan en el expediente no hacen referencia directa a Arroz Diana, es menester recordar que las comunicaciones relacionadas con precios de compra, las reuniones del comité de mercado, los precios de compra de arroz paddy verde en el período de enero a junio de 2004, y las demás variables analizadas, fueron analizadas para cada una de las investigadas, con base en la información emitida por las empresas o aportadas por las mismas durante la visita administrativa realizada a cada una de ellas en sus respectivas instalaciones. En conclusión, el desconocimiento de los mandatos constitucionales que alega el recurrente respecto de la resolución de sanción, ha quedado desvirtuado.

En suma, quedan demostrados los siguientes hechos:

- A través del seguimiento a los precios de compra del arroz paddy verde, determinados por los Comités de Compra de las cinco empresas vinculadas a la investigación, durante el periodo comprendido de enero a junio de 2004, se logró demostrar que tales empresas fijan los precios de compra del arroz paddy verde, de manera casi idéntica.
- En casi todos los casos, los 5 molinos coincidieron en las variaciones de precios que realizaron durante el primer semestre de 2004, tanto en las fechas de los movimientos, como en la tendencia y el nuevo valor que adoptaron.
- Pese a que las determinaciones de precios de cada molino fueron adoptadas por sus respectivos comités de compra, los cuales se reunieron en fechas, lugares y con personas diferentes, se presentan coincidencias en la fecha y hora en que entran a regir los nuevos precios adoptados.
- No hay correlación entre la tendencia de los precios de compra ejercida por los 5 molinos, con los niveles de compra e inventarios que registraban. Así, por ejemplo, la caída de los precios del arroz inicia en casi todos los molinos el 23 de febrero de 2004, no obstante que la tendencia de compra e inventarios continuó el aumentó que venían registrando.
- Los análisis realizados permitieron establecer que las cinco empresas investigadas presentaban diferencias significativas en sus costos de producción, en sus ingresos por ventas, en sus volúmenes de compra de materia prima, en sus volúmenes de inventario, en su capacidad de producción y utilización de la misma, a pesar de lo cual determinan precios iguales para la compra de arroz paddy verde.
- El agricultor prácticamente se ve obligado a aceptar el precio de compra que fijan los molinos, pues en la mayoría de los casos le han financiado la siembra y cosecha. Las cláusulas contractuales impuestas por los molinos, limitan la movilidad de los agricultores.

Ahora bien, la simetría en los precios, como en sus tiempos y movimientos, permite inferir que existe un comportamiento coordinado de los 5 molinos, orientado a no competir, pues si bien la ciencia económica podría explicar que los precios tiendan a ser idénticos, no existe racionalidad económica que justifique estas precisas circunstancias que se presentan en el caso.

En mérito de lo anteriormente expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la resolución No. 22625 del 15 de septiembre de 2005, por las razones expuestas en la parte motiva.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores LUIS FERNANDO RINCÓN CUÉLLAR, en su condición de apoderado de la sociedad PROCESADORA DE ARROZ LTDA - PROCEARROZ y de la señora MARGARITA BELTRÁN CRUZ, al doctor JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ, en su condición de apoderado de la sociedad ARROZ DIANA S.A. y al doctor TULIO CÁRDENAS GIRALDO, en su condición de apoderado de la sociedad UNIÓN DE ARROCEROS S.A. y del señor ÁLVARO HERNÁN RUÍZ, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra este acto no procede recurso alguno, por encontrarse agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **05 ABR. 2006**

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

NOTIFICAR:

Doctor

LUIS FERNANDO RINCÓN CUÉLLAR

Apoderado

T.P. No. 113.438 del C. S. de la J.

PROCESADORA DE ARROZ LTDA. - PROCEARROZ

NIT 892002290-5

MARGARITA BELTRÁN CRUZ

Diagonal 35 No. 5 A - 22

Bogotá, D. C.

Doctor

TULIO CÁRDENAS GIRALDO

Apoderado

T. P. No. 10.507 del C.S. de la J.

UNIÓN DE ARROCEROS S.A.

NIT 890700058-1

ÁLVARO HERNÁN RUÍZ

Calle 59 N° 5 – 30

Bogotá, D. C.

Doctor

JAIME TOBAR ORDOÑEZ

Apoderado

T. P. No. 44.088 del C.S. de la J.

ARROZ DIANA S.A.

NIT 0860031606-6

JAIME A. MURRA HILSACA

Avenida 82 N° 10 – 62 Piso 6

Bogotá, D. C.