



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

RESOLUCIÓN NÚMERO -- 0091
08 ENE (de 2010)

Radicación N° 05-130476

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En cumplimiento de lo establecido en el título II, libro I del Código Contencioso Administrativo y en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 45 del artículo 3 del decreto 3523 de 2009, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución número 51694 del 4 de diciembre de 2008, esta Superintendencia declaró que CEMENTOS ARGOS S.A. (en adelante "ARGOS"), HOLCIM (COLOMBIA) S.A. (en adelante "HOLCIM") y CEMEX COLOMBIA S.A. (en adelante "CEMEX"), incurrieron en acuerdos para la fijación de precios y para la repartición de cuotas de mercado o suministro infringiendo el artículo 1 de la ley 155 de 1959 y los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual impuso sanción a cada una de las empresas por un valor de novecientos veintitrés millones de pesos MCT (\$923.000.000.oo).

En el mismo acto administrativo se sancionó a los representantes legales de las citadas empresas los señores José Alberto Vélez Cadavid, Bernard Gerard Terver, César Constain Van Reck, por haber ejecutado las conductas anticompetitivas de las cuales se hallaron responsables a las empresas y se les impuso sanción a cada uno de ellos por un valor de ciento treinta y ocho millones de pesos MCT (\$138.000.000.oo).

De igual manera se ordenó el archivo de la investigación a la sociedad CEMENTOS ANDINO S.A. (en adelante ANDINO) y a su representante legal, el señor Federico Molina Soto.

SEGUNDO: Que la Resolución 51694 de 2008, se notificó de conformidad con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

TERCERO: Estando dentro del término legal, a través de sus apoderados especiales, las empresas sancionadas y sus representantes legales presentaron recurso de reposición contra la resolución.

A continuación se hace un resumen de sus argumentos:

3.1. ARGOS y el señor JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID¹

¹ Los argumentos completos están contenidos en la comunicación radicada con el número 05130476 00535 001.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

"I. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

1. LAS FACULTADES QUE TENIA LA SIC PARA SANCIONAR A MIS PODERDANTES YA CADUCARON.

Resulta evidente que, en la fecha de interposición del presente recurso, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), ya ha perdido competencia para imponer las sanciones que pretende a mi poderdante y a su representante legal.

Lo anterior por cuanto a la fecha, transcurridos más de tres años desde la ocurrencia de los hechos que motivaron la presente actuación administrativa, la decisión que le pone fin no se encuentra aún en firme por no haberse agotado los recursos de la vía gubernativa.

Y es que en el caso que nos ocupa, el término de caducidad comenzó a transcurrir desde el momento en que se registró el último hecho objeto de investigación que consta en el expediente, esto es, desde el alza de precios que se produjo el día 26 de Diciembre de 2005.

Así las cosas, las facultades de la SIC caducaron el día 26 de Diciembre de 2008.

[...]

Pero aun si se admite en gracia de discusión, que la fecha a considerar para determinar si ha operado la caducidad, no es la de la expedición del acto administrativo que resuelve los recursos de la vía gubernativa, sino la de la notificación de la decisión recurrida, habría que concluir que de todas maneras las facultades sancionatorias de la SIC ya caducaron.

[...]

2. VIOLACION DEL PRINCIPIO DEL 'NON BIS IN IDEM'

En relación con este tema, la resolución acusada no desvirtuó en absoluto los alegatos que ARGOS y su representante legal consignaron en las observaciones al Informe Motivado.

La providencia en mención, se limitó a reproducir los argumentos del Informe presentado por el Superintendente Delegado e ignoró todas las evidencias que acreditaron que la actuación iniciada por la SIC, versó en gran parte, sobre hechos que ya habían sido materia de investigación anterior y sobre los cuales el despacho había aceptado garantías pocos días antes de iniciar la nueva actuación.

[...]

El despacho pretende sustentar este cargo, en el análisis de las participaciones de mercado de ARGOS, CEMEX y HOLCIM en los despachos mensuales del Cemento Portland Gris Tipo I, durante los años 2002 a 2005.

[...]

La adición del período junio a diciembre de 2005, que realizó la Delegatura en la última investigación, no puede servir para disimular la realidad, pues resulta de bulto que la autoridad de competencia no limitó el análisis de los hechos, al lapso de tiempo señalado en la Resolución de apertura, sino que el verdadero período sobre el que se adelantó la actuación fue el comprendido entre el año 2000 y el 2005.

[...]

Si se consulta el expediente, es bastante conspicuo que la autoridad de competencia no sólo pidió información, sino que decretó y practicó un sinnúmero de pruebas sobre hechos que eran anteriores al período de investigación y que ya habían sido materia de pronunciamiento por parte de ese despacho.

2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

De hecho, gran parte de las conclusiones del informe motivado y de la Resolución que se recurre, se fundamentaron en esas pruebas.

[...]

3. QUEBRANTO DE LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE, CONFIANZA LEGÍTIMA Y SEGURIDAD JURIDICA

Como se puso de presente en las observaciones al informe motivado, la apertura de la presente investigación, llevó a hacer completamente nugatorio el ofrecimiento de garantías que esa Superintendencia aceptó, mediante la Resolución 34804 del 23 de diciembre de 2005.

[...]

Sin embargo, a los pocos días de ejecutoriada esa Resolución, la SIC decidió abrir una nueva investigación por conductas que, como vimos, corresponden a los mismos cargos y hechos que ya habían sido objeto de garantía.

Lo anterior contradice el principio de buena fe que debe regir todos los actos de la administración, pues riñe con este precepto, el hecho que mientras la SIC estaba aceptando garantías y exigiendo la constitución de un colateral a quienes represento, al mismo tiempo, estuviera adelantando las gestiones para abrir una investigación a las mismas personas y sobre la misma conducta.

[...]

De otra parte, a pesar de no haber incumplido las garantías, y de estarse investigando hechos anteriores a la Ejecutoria de la Resolución que las aceptó, en esta nueva actuación, a mis poderdantes no les era posible ofrecer garantías diferentes de las que ya estaban vigentes, pues como va se ha afirmado hasta la saciedad, las conductas investigadas eran las mismas (Supuestos acuerdos de precios y repartición de mercados)

[...]

Se concluye entonces, que la Delegatura vulneró el principio de la buena fe, cuando inició una investigación a sabiendas de que:

- ya se habían estudiado y aceptado unas garantías, que con todo el rigor del caso, preservaban la suspensión de las mismas conductas que la nueva actuación buscaba sancionar.*
- la protección de los bienes jurídicos que se buscaba con la nueva investigación ya estaba asegurada hacia el futuro.*

[...]

4. VIOLACION DE LOS PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD DE LOS FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS Y DE LA SEPARACION ENTRE EL INVESTIGADOR Y EL JUZGADOR.

La imparcialidad administrativa, constituye un principio fundamental constitucional, que deben observar los servidores públicos en el ejercicio de la función administrativa y que se encuentra consagrado, de manera expresa, en el artículo 209 de la Carta y reglado de igual manera en los artículos 3° y 35 del Código Contencioso Administrativo.

La doctrina ha distinguido entre la imparcialidad subjetiva v la imparcialidad objetiva.

La imparcialidad subjetiva, exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase, ni directo, ni indirecto.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

[...] la misma autoridad de competencia tiene muy claro que quien instruye no puede ser quien juzga, porque de lo contrario, su imparcialidad estaría comprometida, en la medida en que al momento de instruir, asumió una posición sobre lo que ahora debe juzgar.

[...]

En el caso que nos ocupa, esa entidad pasó por alto los principios de imparcialidad y de la debida separación del ente investigador del juzgador, toda vez que:

1. El despacho hace suyos los argumentos del informe motivado, sin realizar antes una valoración objetiva y rigurosa de los mismos,

2. La SIC omitió considerar argumentos y pruebas determinantes, que fueron presentadas por mis poderdantes, durante la actuación administrativa.

[...]

Como se verá a lo largo de este escrito, el despacho del Superintendente no valoró, ni realizó un estudio individualizado de cada medio probatorio.

Más aun, ni siquiera hizo referencia somera a muchos de ellos, con lo cual infringió el principio de imparcialidad y los artículos 35 del Código Contencioso Administrativo y 187 del CPC.

También se ha quebrantado la clara delimitación de funciones consagrada en los artículos 4 y 11 del Decreto 2153 de 1992.

Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, es claro que la separación entre el funcionario que investiga y el que juzga no se observó, toda vez que el despacho del Superintendente de Industria y Comercio lo que hizo en la providencia recurrida fue defender a ultranza las conclusiones del Superintendente Delegado, y omitió considerar pruebas presentadas por quienes apodero, que de lo contrario hubieran llevado a una determinación diferente de la que finalmente se produjo.

[...]

5. ERRÓNEA MOTIVACION: LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS

Al margen de las consideraciones anteriores, seguidamente expondremos cómo la Resolución acusada se encuentra erróneamente motivada y como en ella, la SIC omitió considerar los argumentos que mis poderdantes expusieron en las observaciones al informe motivado.

5.1 Aspectos Preliminares

5.1.1 En cuanto al mercado relevante geográfico

Sobre el particular, en la Resolución 051694 de 2008 se reconocen dos principales argumentos, a saber:

i. La SIC sostiene que el mercado relevante es el nacional, para lo cual pretende ampararse en unas ventas que ARGOS realizó en territorios, supuestamente alejados de sus plantas.

[...]

ii. Afirma el despacho, que la existencia de diferentes precios regionales, no implica que los mercados relevantes sean regionales.

Estos argumentos de la SIC no son de recibo por los siguientes motivos:

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

5.1.1.1. La SIC obró en contra de sus propios actos con lo cual quebrantó una vez más el principio de confianza legítima.

[...]

5.1.1.2. Los envíos a territorios distantes son esporádicos y poco representativos

Si bien se registran envíos de cemento a regiones distantes de las plantas, estos son muy esporádicos representan una proporción muy baja de las ventas.

[...]

- *Las cifras no coinciden con los registros de Cementos Argos. Sobre el particular, se han marcado en gris las cifras que presentan inconsistencias con la información presentada por ARGOS.*
- *La tabla no tiene en cuenta el volumen de los despachos sobre el total de la producción.*

[...]

Luego yerra el despacho cuando, a partir de unos envíos que no pueden tomarse como referencia, define el mercado nacional como el relevante.

Veamos:

a. *Los costos de transporte son significativos*

[...]

b. *La estrategia de las empresas es diferente en cada mercado regional.*

[...]

5.1.1.3. El hecho de que existan precios diferentes determina que los mercados son regionales.

El otro argumento que esgrime el despacho, para sostener que el mercado de cemento en Colombia, debe definirse a nivel nacional es que, según su parecer, el hecho de que cada zona registre precios diferentes, no implica que los mercados relevantes sean regionales.

Ignora la SIC, que una de las variables más importantes para identificar un mercado, es la dinámica propia del comportamiento de los precios a nivel geográfico.

[...]

Por consiguiente el comportamiento diferente de los precios, en las distintas zonas o departamentos, es otro factor que indica, incuestionablemente, que el mercado relevante del cemento en Colombia es regional.

[...]

5.1.2. De las supuestas barreras de entrada

Sobre el particular, la SIC establece que el mercado de cemento Portland Gris Tipo I ensacado a nivel nacional se caracteriza por tener grandes barreras de entrada.

[...]

Sobre las restricciones a los mayoristas cabe advertir lo siguiente:

ARGOS no tiene ningún contrato permanente, ni de tracto sucesivo, con los mayoristas de tal manera que estos comerciantes pueden en cualquier momento vender cemento de otras marcas.

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Luego no es cierto que existan barreras de entrada en razón de la dificultad para establecer redes de distribución.

De hecho, ARGOS no exige ninguna exclusividad a los mayoristas. Mi poderdante atiende los pedidos según se vayan prestando y su relación con los mayoristas se rige por las condiciones que constan en el reverso de las facturas.

Prueba de que no existe exclusividad alguna, es que el mayorista más significativo, SODIMAC, vende no solo el cemento de ARGOS, sino también, el de CEMEX, el de Cementos Tequendama y en la época de la investigación vendía cemento de la marca 1 A.

[...]

Si bien compartimos los argumentos de la SIC, sobre la existencia de barreras a la entrada provenientes de economías de escala, y grandes requerimientos de capital, no compartimos en cambio, su posición sobre la existencia de un exceso de capacidad instalada, en el caso de Argos.

Por otra parte, no consideramos que la existencia de barreras de entrada a una industria, derivadas de las circunstancias analizadas en este acápite, pueda tomarse como indicio de acuerdos de precios.

Se trata de circunstancias que escapan por completo a la órbita de actividad de mis poderdantes.

5.2 En cuanto al cargo de acuerdo de precios

En relación con este cargo, el despacho concluye que mi poderdante habría incurrido en un acuerdo de precios con los demás competidores en el mercado, para lo cual pretende fundamentarse en los siguientes supuestos:

- i. El presunto paralelismo de precios que se habría observado durante el período de junio a diciembre de 2005.*
- ii. La practica consciente del mismo por parte de las empresas investigadas.*

[...]

Sobre el particular ha de advertirse que en el curso de la actuación administrativa, quienes apodero demostraron que el movimiento de los precios que se registró durante el período junio-Diciembre de 2005, lejos de ser resultado de una concertación entre los agentes, fue completamente racional desde el punto de vista económico.

[...]

5.2.1 Del movimiento de precios que se registró dentro del período junio-diciembre 2005.

En relación con la línea argumental de la SIC, resulta relevante llamar la atención sobre tres aspectos, a saber:

- i. El despacho desconoce, en su análisis de precios, las diferencias entre los precios al productor y los precios de venta al público, e ignora que la injerencia de los distribuidores como agentes claves en el proceso de formación de precios es una realidad incontrovertible, así como también lo es, la actividad de los demás intermediarios de la cadena aguas abajo.*
- ii. El análisis detallado de precios por departamento, junto a la variación en las participaciones de las empresas competidoras en estos mercados regionales, evidencian comportamientos competitivos, no colusorios, entre los agentes productores de cemento*

2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

iii. *La información presentada por la SIC, como evidencia del paralelismo y de los acuerdos, no coincide con las cifras aportas por Argos, y por consiguiente se trata de información errónea.*

[...]

5.2.1.1 El análisis de la SIC sobre el paralelismo en los precios base de venta del cemento

[...]

Sobre el particular, y con el debido respeto que el despacho merece, debe señalarse que dicho análisis no resulta admisible para sancionar a la empresa que represento, por cuanto el precio base no es el precio de venta de ARGOS y además, el análisis obvia la intervención de los distribuidores en el proceso de formación de precios

Asimismo, el precio base, que para el caso de ARGOS se denomina Precio Estimado Público, no se impone, ni es obligatorio para el mayorista y si bien mi representada lo sugiere, el intermediario es completamente libre de vender a ese precio, a uno superior o a uno inferior.

[...]

5.2.1.2 Si bien los precios por productor exhiben tendencias similares, estas varían en cuanto a la intensidad de los cambios y al nivel de los precios con los que efectivamente compiten, lo cual no es característico de un mercado coludido.

[...]

5.2.1.3 La información presentada por la SIC no coincide con las cifras aportadas por ARGOS.

Es preciso advertir que la información presentada por la SIC no coincide con los datos de mercado y con las cifras que aportó ARGOS a la investigación, y por consiguiente las conclusiones de la autoridad, en relación con este punto, no son correctas.

[...]

5.2.2 En cuanto a la racionalidad económica de la conducta de ARGOS durante el período junio -diciembre de 2005.

En el curso de la actuación administrativa, ARGOS demostró que las decisiones de precios que tomó la empresa durante el período enunciado, lejos de ser fruto de una colusión con sus competidores, son perfectamente racionales desde el punto de vista económico.

[...]

A continuación se explica en detalle que la conducta de ARGOS fue racional y se ponen de presente las falencias y errores de las interpretaciones realizadas por el despacho.

5.2.2.1 En cuanto al trabajo de Rotemberg y Saloner

La teoría económica sostiene que los periodos de expansión de la demanda, son ideales para que los agentes de mercados con estructuras oligopólicas incrementen la competencia, con el propósito de obtener una mayor participación en el mercado.

Así lo acreditaron Rotemberg y Saloner en su trabajo del año 1986, cuyos planteamientos indican que una demanda creciente estimula un comportamiento más competitivo, entre las empresas en un oligopolio.

[...]

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

5.2.2.2 ARGOS no ha sostenido que los precios, antes y después de una guerra de desgaste, deban ser iguales

[...]

5.2.2.3 En mercados en expansión no es necesariamente la empresa que tiene la mayor participación la que ataca vía precios

El despacho incurre en el mismo error en el que incurrió la Delegatura en el informe motivado, cuando considera que carece de racionalidad económica, el hecho de que ARGOS, la empresa con mayor participación en el mercado, no haya sido quien lideró el incremento en los precios durante el período investigado.

[...]

De entrada se debe advertir, que ARGOS en ningún momento ha argumentado que hubiera liderado el movimiento en los precios.

Todo lo contrario, mi poderdante manifestó en reiteradas ocasiones a lo largo de la investigación, que reaccionó al movimiento de los precios iniciados por otros competidores en los distintos mercados regionales. Basta dar una lectura a las observaciones al informe motivado para corroborar este hecho.

[...]

5.2.2.4 En cuanto a la guerra de precios que se presentó en el mercado colombiano de cemento

La SIC pretende desconocer la guerra de precios que ocurrió en el mercado del cemento colombiano y cuya etapa final tuvo lugar durante el Segundo semestre de 2005.

[...]

La omisión de la SIC, en considerar estas circunstancias configura además una vía de hecho, en la medida en que esa autoridad soslayo medios de prueba que serían determinantes para su decisión.

[...]

Como se ilustra en el siguiente recuento, en el segundo semestre del año 2005, se registra exactamente este comportamiento en su etapa final.

Veamos:

Cronología de los hechos - Guerra de precios.

i. CEMEX entra en territorios de ANDINO

[...]

ii. CEMEX baja precios

[...]

iii. En los mercados regionales se genera un efecto domino

5.2.2.5 Prácticas auxiliares: estructuras de costos diferentes

[...]

De nuevo, y guardando tal respeto y comedimiento debidos a la autoridad de la competencia, no podemos dejar de expresar nuestra perplejidad ante el hecho de que, en la resolución objeto del presente escrito, las teorías económicas sean desmembradas y se analicen de forma fraccionada, para utilizar de ellas lo que parece perjudicar a mis poderdantes y en cambio se omite considerar, lo que parece favorecerlas.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

No puede desconocer la SIC, que la teoría económica no solo acepta la existencia de elementos, adicionales al paralelismo, que facilitan o evidencian acuerdos de precios, sino que también admite la existencia de prácticas auxiliares (elementos adicionales) que desvirtúan o desincentivan la colusión.

[...]

Las prácticas auxiliares, también pueden tomarse como referentes acerca de la viabilidad de que un cartel de precios funcione.

En este sentido, el grueso de los autores que han analizado la formación de carteles, son consistentes en señalar la importancia de contar con mecanismos de enforcement para aquellos que defraudan al cartel. Para tales efectos, es necesario contar con información suficiente que permita a los participantes vigilar mutuamente y castigar al que incumpla.

Cualquier factor que dificulte la vigilancia mutua, opera como disuasivo para la formación de carteles.

En la investigación que nos ocupa, quedó demostrado que la industria cementera Colombiana se caracteriza por factores que dificultan la vigilancia entre los agentes, a saber:

a. La existencia de una demanda fluctuante.

[...]

b. La existencia de mercados regionales.

[...]

c. Las diferencias en las estructuras de costos entre empresas.

[...]

d. El poder disuasivo de los castigos.

[...]

5.2.2.6 De los comentarios especulativos realizados en los medios y de la intervención del Congreso

El despacho no tuvo en cuenta, las pruebas aportadas en relación con las expectativas del consumidor, como una de las causas que llevaron al incremento de precios en diciembre de 2005.

[...]

En este sentido, la Superintendencia pasó por alto todas las pruebas recaudadas y allegadas en el expediente, tendientes a demostrar que los comentarios especulativos de los medios de comunicación y la intervención del Congreso tuvieron el efecto antes anotado.

[...]

Lo único que utiliza la SIC, de manera aislada en contra de ARGOS, es la coadyuvancia a un desistimiento de una prueba solicitada por HOLCIM y cuyo objeto pretendió modificar el perito.

[...]

Como puede observarse, el perito modificó el objeto de la prueba lo que llevó a ARGOS a coadyuvar su desistimiento, por cuanto ARGOS tenía perfecta claridad de que lo que se trataba era de establecer el efecto de los mensajes de los medios en el precio de venta al público, como se puede apreciar, de manera palmaria, de los alegatos de mis poderdantes en relación con este asunto.

[...]

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

De otra parte, si la SIC consideraba que esa prueba, de la manera como pretendía realizarla el perito era determinante para proferir el fallo, ¿Por qué no procedió a decretarla de oficio?

[...]

Por otro lado se aclara que, como quedó establecido en el testimonio del Dr. Vélez, dentro de sus funciones como Presidente no está la de determinar los precios del cemento.

Finalmente, el hecho de que en sus declaraciones los presidentes de las compañías no hayan mencionado el tema de los efectos que sobre el mercado haya tenido la intervención del Congreso, no quiere decir que pueda el despacho ignorar esta realidad.

[...]

5.2.3. En cuanto a lo que la SIC denomina el "elemento volitivo"

5.2.3.1. De las reuniones de ARGOS, CEMEX y HOLCIM y del intercambio de información a través del ICPC

1. Sostiene que el hecho de que mis poderdantes hubieren participado en actividades gremiales a través del ICPC, es sinónimo de la conducta colusiva que pretende endilgarle a los investigados.

[...]

Lo primero que hay que advertir, es que si la actividad del ICPC generó tanta alarma en la autoridad de la competencia, esa autoridad no lo haya llamado a rendir descargos, pues ese instituto es el único que puede dar explicaciones y controvertir los hechos que se le imputan.

La actividad de mi representada en torno de la información que se le suministra al ICPC, llega precisamente hasta allí, hasta el momento en que le entrega los datos, tarea que se realiza con la condición de que la misma se mantenga como reservada y confidencial.

Lo que haga el Instituto de allí en adelante, es un asunto que escapa a la órbita de mi representada y que no le compete a ella controvertir.

[...]

Por consiguiente, no puede la SIC sancionar a mis representados por supuestas actividades que realiza el ICPC, y que no les es posible, ni les compete, controvertir.

2. Adicionalmente, presume la SIC que el hecho de que el representante legal de ARGOS forme parte del ICPC, lo hace partícipe de acuerdos espurios.

[...]

Luego, el hecho que mis poderdantes sean miembros de la junta directiva del ICPC y hagan parte de sus comités, no puede de ninguna manera llevar a la conclusión de que ello, automáticamente, signifique que quienes represento son partícipes de actividades en donde se intercambia información confidencial.

Si ello fuera así, sería menester investigar y sancionar a las empresas que conforman todas las entidades gremiales del país.

[...]

3. Por último, el despacho invoca como prueba de la supuesta colusión, la existencia de boletines que contienen información desagregada y detallada de cada empresa, por regiones y por marcas, y que según la SIC, son remitidos por el ICPC a sus miembros.

[...]

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

5.2.3.2 De la supuesta evidencia de intercambio de información estratégica de las empresas

Los argumentos de la SIC, en relación con este punto son los siguientes:

1. Aduce contra mis poderdantes la existencia de unos correos electrónicos que remite HOLCIM a CEMEX que contienen como anexos, al decir del despacho, los resultados de gestión de HOLCIM, correspondientes al año 2004, así como un supuesto informe de desarrollo sostenible.

Al respecto, cabe advertir que toda vez que los anexos referidos no reposan en el expediente, mis poderdantes no tuvieron nunca acceso a ellos y por consiguiente no les fue posible controvertirlos.

[...]

2. La SIC alude al hecho de que ARGOS y HOLCIM son propietarios, con participaciones iguales, de la sociedad INCEM en Panamá, y que ello determina, que representantes de estas empresas deban asistir a reuniones de junta directiva de esa sociedad.

Sobre el particular, debe advertirse que INCEM cuenta con su propio equipo, diferente e independiente de ARGOS, y que el hecho de que HOLCIM y ARGOS tengan representación en la junta directiva de esa empresa, no significa que ellas incurran en acuerdos colusorios.

[...]

3. Aduce además la Superintendencia que en la reunión de junta directiva de INCEM del 28 de junio de 2005 precedida por el Sr. Bernard Terver, el Sr. Eric Flesch (Vicepresidente Internacional de Argos) explicó "la nueva estructura de las empresas de cemento del grupo en Colombia recientemente consolidadas en Cementos del Caribe y ARGOS que se convierte en una empresa Holding de la actividad del cemento".

Realmente, no se ve de donde pueda la SIC inferir que el hecho de que el Sr. Eric Flesch, se hubiera referido en esa reunión a la nueva estructura de las empresas de ARGOS en Colombia, indique la existencia de un acuerdo de precios.

[...]

4. Por último, la Resolución se refiere a una información obtenida en la visita realizada a las dependencias de ARGOS, en la que se encontraron precios FOB y CIF de sus competidores.

Al respecto, debe aclararse que lo que realmente se encontró allí, no fue otra cosa que información interna de ARGOS correspondiente a los precios comerciales a los que esa compañía vendió cemento a HOLCIM y a CEMEX.

[...]

5.2.3.3. De la definición de estrategias de negocio de manera conjunta

En esta materia la SIC basa sus imputaciones, en concreto, en el acta de la junta directiva del ICPC, No. 017 que consta en folio 650 y 651- cuaderno No. 18 del expediente y en el documento "Propuesta de trabajo del comité de promoción de la Junta Directiva".

[...]

No se concibe que esta propuesta pueda ser vista como un indicio de que mi poderdante haya participado en algún acuerdo de precios, ni en ninguna otra clase de conductas restrictivas, pues los estándares referidos son utilizados en países que cuentan con legislaciones de competencia supremamente estrictas, como es el caso de la Unión Europea o Estados Unidos.

[...]

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

5.2.3.4. De la existencia de relaciones comerciales en el extranjero entre ARGOS y HOLCIM.

[...]

En ninguna parte de la ley Colombiana se prohíbe que dos empresas, competidoras en Colombia, realicen negocios conjuntos en el exterior y máxime cuando ellos no afectan en absoluto, ni van a tener efecto alguno en el mercado colombiano.

El hecho de que ARGOS y HOLCIM sean competidoras en Colombia, no les impide que puedan ingresar de manera conjunta a otros mercados en el exterior.

De esta manera, no puede la SIC convertir en espuria, una actividad que, no solo es completamente licita, sino que además está garantizada de manera celosa por la Constitución Política.

[...]

5.2.3.5 Frecuencia y periodicidad de las reuniones de los Representantes Legales de ARGOS, CEMEX y HOLCIM

[...]

En la medida en que este tema se ha desarrollado con mayor profundidad en los acápite número 5.2.3.1, 5.3.4 y 6 del presente recurso, nos remitimos a lo que allí se expuso sobre el tema.

5.3 En cuanto al cargo de repartición de mercados

5.3.1 A mis poderdantes nunca se les permitió conocer desde un principio cuales eran los hechos que sustentaban este cargo.

[...]

El asunto llega hasta el punto de que aun, en la Resolución recurrida, mis poderdantes no pudieron conocer cuáles eran los hechos que se les imputaban y sobre los cuales el despacho formula el cargo que se controvierte.

[...]

5.3.2 El despacho debe ser coherente con la definición que de este mercado hizo en la Resolución 13544 del 26 de Mayo de 2006.

En este sentido nos remitimos a los argumentos que se expusieron en el presente recurso, en el acápite correspondiente a la definición del mercado geográfico, donde se vio que la Superintendencia ya había definido el mercado del cemento como un mercado regional.

[...]

5.3.3 Los hechos que aduce la SIC para fundamentar el cargo del reparto de mercados no son ciertos.

[...]

En la Resolución recurrida, la SIC insiste en sostener que se presenta un alto grado de estabilidad, en la participación de cada empresa en los despachos observados a nivel nacional.

Al respecto es preciso considerar lo siguiente:

- *Las cifras que constan en el expediente muestran que contrario a lo afirmado por la SIC, sí hay cambios en las participaciones de las empresas en el mercado nacional;*

[...]

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

- *En los mercados regionales (que como se mostró, son los mercados relevantes), los cambios de participación de las empresas son mucho más significativos y difícilmente podrían ser consistentes con un supuesto comportamiento colusorio.*
[...]

5.3.4 De las pruebas recaudadas en cuanto al cargo de repartición de mercados

[...]

A continuación, se procede a desvirtuar todos y cada uno de los elementos probatorios, que la Superintendencia esgrimió para concluir la existencia del supuesto acuerdo.

5.3.4.1 Del "Intercambio de información de despachos nacionales de cemento Pórtland gris entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM"

[...]

Pues bien, es un error afirmar que existe un "intercambio de información" a través del ICPC, pues si bien es cierto que las empresas envían información confidencial a este instituto, esa información NO se intercambia entre los productores, y por el contrario, ese Instituto la debe mantener en reserva.

[...]

De otra parte, ARGOS niega de manera enfática que haya recibido información desagregada de sus competidores, a través del ICPC, o de alguna otra manera.

También declara y reitera que no ha remitido información confidencial a sus competidores, ni ha autorizado al ICPC para hacerlo y no existen pruebas en el expediente que demuestren lo contrario.

Ahora bien, respecto del documento que encontró la SIC en HOLCIM, que según su opinión contiene información confidencial de sus competidores, es menester realizar las siguientes precisiones.

Se advierte enfáticamente que ARGOS, así como tampoco DICENTE, tuvieron injerencia alguna en la elaboración de ese documento.

Si se observa con la debida atención el medio magnético que consta en el expediente, aparece allí, que el documento fue elaborado en el año de 1998, por lo que resulta imposible que para ese momento se contara con los datos de los años 2000 a 2005.

Lo que probablemente ocurrió, es que en HOLCIM utilizó un documento elaborado por DICENTE con datos de 1998 y se le agrega información más reciente, hecho en el que ni mis poderdantes, ni DICENTE, tuvieron ninguna injerencia.

[...]

5.3.4.2 Del "Abastecimiento de ARGOS a CEMEX y de las relaciones comerciales entre HOLCIM y CEMEX"

Otro elemento en el que pretende fundamentar la SIC, la existencia del supuesto acuerdo colusorio es el hecho de que Argos haya vendido cemento a sus competidores.

[...]

No existe ningún precedente, en virtud del cual la autoridad de competencia Colombiana, haya investigado a empresas por realizar ventas o suministrar producto a sus competidores.

[...]

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Como ya se mencionó, esas ventas se realizan en el caso de ARGOS, sin ningún privilegio o trato preferencial, hacia sus competidores, tal como puede observarse en el siguiente cuadro.

[...]

5.3.4.3 Del documento denominado "Presentación Panamá"

A partir del documento denominado "Presentación Panamá" elaborado por HOLCIM, que al decir de la SIC es una descripción del comportamiento de las participaciones de mercado en Colombia desde el año 1988 hasta el año 2005", y cuya existencia ARGOS sólo llegó a conocer hasta que lo mencionó el informe motivado, el despacho ha llegado a conclusiones, de las cuales nos apartamos, [...]

Se observa que la afirmación anterior incurre en el denominado error de hecho en la apreciación probatoria, por SUPOSICIÓN de algo que no dice el documento, pues de hecho no aparece allí que ARGOS vaya a "entregar" la participación que tenía la empresa con la cuál (sic) se integró, a sus competidores.

[...]

De hecho, se aprecia que el texto del documento es en extremo confuso y constituye un verdadero galimatías.

Su autoría y elaboración es completamente ajena a ARGOS y mi representada ignora realmente, que fue, lo que el señor Neira pretendió expresar en el documento.

[...]

Realmente la teoría que la SIC deriva del documento elaborado por Holcim, plantea un comportamiento que carece de toda racionalidad económica, al menos para ARGOS.

[...]

Desvirtuado el valor probatorio del documento objeto de análisis, queda claro que la SIC incurrió en un ERROR DE HECHO, al suponer algo que no puede inferirse del elemento de juicio que ha sido objeto de discusión en el presente acápite.

5.3.4.4 De las "Referencias a escenarios de no competencia entre ARGOS, HOLCIM y CEMEX"

[...]

a. Lo primero que debe advertirse, es que este documento solo se adujo contra ARGOS en la Resolución acusada. No aparece mención del mismo en ninguna parte del informe motivado, razón por la cual, mi poderdante no tuvo la oportunidad de controvertirlo en las observaciones que se realizaron a ese informe.

b. En segundo Lugar, adviértase que el documento en cuestión fue elaborado en el año 2004, por un asesor externo y consigna consideraciones sobre la estructura del mercado en esa fecha, y no en el año 2005.

[...]

c. Como tercera medida, debe aclararse que este estudio ha sido tomado fuera de contexto y que la SIC solo considera los elementos que vistos aisladamente podrían indicar la existencia de un acuerdo colusorio, pero deja de lado de manera inexplicable, aquellos que de forma contundente podrían ayudar a demostrar lo contrario.

[...]

6. DE LA SUPUESTA RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR JOSE ALBERTO VELEZ CADAVID

[...]

Para demostrar que a mi poderdante nunca se le realizó imputación fáctica ni jurídica alguna, y que por lo tanto se le ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso,

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

debemos remitirnos al inicio de esta investigación, empezando por la misma Resolución de apertura.

[...]

No la hay fáctica, porque no se dice cuáles son los hechos relevantes que van a ser objeto de investigación (circunstancias de tiempo, modo y lugar) y no la hay jurídica, porque no se precisó cuál de los tres verbos rectores, contenidos en la norma, (autorizar, ejecutar o tolerar) era el que presuntamente se estaba realizando.

[...]

En la cita anteriormente transcrita, se encuentra todo lo que se dijo en el capítulo de "Responsabilidad de los Representantes Legales" sobre mi poderdante. Por eso, a continuación se hace un análisis de ese aparte de la resolución impugnada, con el fin de desvirtuar todas y cada una de las afirmaciones ahí anotadas:

a. El numeral 7.1.6 de la Resolución

[...]

b. El numeral 7.2.2 de la Resolución

[...]

c. De la información enviada por el ICPC por correo electrónico

[...]

d. E (sic) la reunión en el Club el Nogal

[...]

e. De las declaraciones del Doctor José Alberto Vélez Cadavid

[...]” (Subrayas y negrillas dentro del texto)

3.2 CEMEX y el señor CESAR CONSTAIN VAN RECK²

“1. Caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria Y Comercio respecto de las conductas objeto de la presente investigación.

En la resolución de apertura de la investigación y en el Informe Motivado de la presente investigación, que resume las conclusiones de la parte instructiva del proceso, y que, al propio tiempo, son los documentos respecto de los cuales los investigados pueden ejercer el derecho de defensa, según el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto se señaló como la fecha más reciente de la posible comisión de las conductas investigadas el día 28 de diciembre del año 2005. Ningún cuadro, análisis o conducta imputada a mis representados contiene la investigación, para una fecha posterior al 28 de diciembre de 2006. En efecto, al analizar con detenimiento los hechos que de acuerdo con la SIC constituyen infracciones a las normas sobre la libre competencia en el caso que nos ocupa, es posible observar que aunque la SIC constantemente afirma que el período de investigación está comprendido entre junio y diciembre de 2005, las fechas que se mencionan sobre el presente acuerdo de precios no abarcan todo el mes de diciembre en el año mencionado.

[...]

A partir de todo lo anterior es posible concluir que la SIC no demostró que mis representados hayan incurrido en conductas contrarias a la libre competencia durante el periodo al que se refiere el artículo 38 del CCA., por lo cual es claro que la sanción

² Los argumentos completos están contenidos en la comunicación radicada con el número 05130476 00537 001.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

impuesta mediante la Resolución objeto de este recurso debe ser revocada en su totalidad, por haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado

Teniendo en cuenta que la Resolución No. 51694 de 4 de diciembre de 2008, cuya revocatoria se solicita por este escrito, se notificó por edicto desfijado el día 30 de diciembre de 2008, sin que a la fecha se encuentre en firme, está claro que ha caducado la facultad sancionatoria de la administración respecto de las presuntas conductas objeto de reproche y que, por lo tanto, resulta absolutamente improcedente la sanción impuesta, máxime cuando se impuso la multa máxima permitida legalmente. Por esta razón, deben revocarse las sanciones impuestas a mis representados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

[...]

2. Violación de los artículos 6, 29, 83, de la Constitución Política, 35 del Código Contencioso Administrativo y 47 numerales 1 y 3, y 52 del decreto 2153 de 1992, 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

Se viola el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y con ello el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto la Superintendencia omitió analizar debidamente en la resolución que se recurre, los argumentos planteados por mis representados. Prefirió, en cambio, en la mayor parte de la providencia, hacer alusión genérica a los argumentos de "los investigados", desechando, por fuerza de esta imputación genérica sin fundamento, las explicaciones y argumentos de mis representados.

[...]

Esta circunstancia demuestra la falta de rigor en el análisis por parte de la SIC, y de individualización de responsabilidades, quien en múltiples apartes de la providencia, como se indicara más adelante, asume que lo que hace o dice una empresa puede imputarse gratuitamente a otra, lo que demuestra la violación manifiesta del debido proceso.

[...]

En efecto, la Resolución ahora recurrida, tiene bases erradas de tal magnitud que se encuentra soportada sobre pruebas que no fueron consideradas y evaluadas en su conjunto, lo cual llevó erradamente al Despacho a conclusiones contrarias a lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil.

[...]

Con la Resolución recurrida la Superintendencia desconoce el debido proceso y el principio de legalidad y con ello los artículos citados en el epígrafe, por cuanto decidió sancionar a mis representados por unos hechos que no encuadran dentro de los supuestos de las normas que se invocan como infringidas, como para cada una de las conductas se demuestra a continuación.

A. Violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política y del los artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil

Los preceptos mencionados fueron vulnerados por la SIC en el acto administrativo demandado, por cuanto dicho organismo no hizo una valoración apropiada de las razones económicas que explican el funcionamiento del mercado del cemento.

Teniendo en cuenta que el medio probatorio empleado por la SIC para establecer que se presentó un acuerdo entre las empresas investigadas fue el indicio, resulta necesario dar un marco de referencia de las exigencias legales que deben cumplirse cuando se acude a este controvertido instrumento de prueba. Para ello, considero oportuno citar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, alta corporación que en desarrollo de sus funciones como tribunal de casación debe abordar en forma permanente el análisis de este aspecto:

[...]

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

En el numeral siguiente de este escrito demostraremos que estos requisitos que debe reunir la prueba indiciaria no se cumplen en el caso de la investigación que culminó con la imposición de las multas.

Existencia de hecho y pruebas que contradicen el análisis económico realizado por la SIC y hacen descartable la prueba indiciaria que soporta la sanción

1. Respetto del presunto acuerdo de precio a título de paralelismo

Dado que se trata de conductas referidas respecto del mismo mercado relevante, que no se ha desarrollado en forma consistente en las diferentes etapas del proceso, las inconsistencias y violaciones al debido proceso que se derivan de lo expuesto aplican, igualmente, al cargo de acuerdo de repartición de mercado.

1.1. Violación de las garantías constitucionales citadas por cuanto en la resolución de sanción la SIC se apoya en nuevos argumentos respecto de los cuales no permitió el derecho de contradicción, porque no estaban consignadas en el informe motivado

En la resolución 00051694 de 2008 la SIC realizó un cambio de los argumentos principales para fundamentar un supuesto acuerdo de precios, además de generar nueva información respecto de los despachos de cemento Portland gris tipo 1, para 29 departamentos del país y no 15, que constituyen cambios sustanciales respecto de los elementos principales del informe motivado del cual se dio traslado a los investigados, los cuales no pudieron, por tanto, ser controvertidos por los (sic) estos, violándose su derecho de defensa.

En efecto, los argumentos de la SIC en el informe motivado hacían referencia claramente a un precio de venta al público del cemento Portland gris tipo 1 de CEMEX o a un precio al distribuidor, como se advierte en la siguiente afirmación que constan en el informe motivado:

[...]

Como la SIC no especificó a qué precio hacía referencia debe entenderse que se refiere al precio del mercado relevante, esto es, los precios de venta al distribuidor, ya que los oferentes son las cementeras CEMEX, ARGOS, HOLCIM y ANDINO, y, por tanto, la demanda la constituyen los distribuidores.

[...]

No obstante lo anterior, en la Resolución 00051694, la SIC solo fundamenta en el numeral 7.1.1. la existencia de un paralelismo de precios, en un párrafo de la resolución de apertura de investigación referido a precios base y un análisis, ahora sí detallado por departamento de este precio base, omitiendo a su mejor conveniencia los análisis sobre precios de venta al consumidor o al distribuidor, que fueron los elementos básicos del informe motivado.

Tal omisión hubiera debido suponer en la práctica un nuevo análisis y el consecuente traslado a los investigados, ya que el informe motivado se fundamentaba en análisis de precios al distribuidor. Es decir, este nuevo análisis de precios base determina un nuevo informe motivado de facto, ahora incluido en la resolución de sanción, violatorio del proceso definido para garantizar el derecho a la defensa.

[...]

Los precios a que se hace referencia son los del mercado relevante, o sea el precio al cual se intercambia el cemento Portland gris tipo uno, entre oferentes y demandantes, a nivel nacional, según la propia SIC. Los oferentes son CEMEX, ARGOS, HOLCIM y ANDINO, y los demandantes en su gran mayoría son los distribuidores mayoristas; por tanto, el presunto acuerdo sólo podría referirse al precio de venta de las cementeras a los distribuidores.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Por lo tanto, al aludir la SIC en la Resolución 51694 de 2008, a los precios base o de referencia, está introduciendo un concepto de precio no previsto en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Así, con la omisión en la resolución recurrida de los otros conceptos de precio contemplados en el informe motivado, se ha violado el derecho a la defensa y el principio de legalidad.

[...]

Insistimos, por tratarse de un asunto de vital importancia en una investigación sobre competencia, que el precio del mercado relevante nunca fue motivo de análisis detallado por la SIC. Cuando se refirió al precio de distribuidor, en el informe motivado, lo hizo respecto de precios de referencia o de precios del distribuidor a sus clientes. En la resolución de sanción se pretende corregir esta grave omisión aludiendo a un precio de referencia, el cual no es el del mercado relevante, ya que no contempla la negociación que siempre se da entre la cementera y el distribuidor.

La Resolución 51694 de 2008, no sólo omite los distintos conceptos de precios contemplados en forma contradictoria en el informe motivado, sino que al analizar el comportamiento de los precios base, introduce en 25 anexos, el comportamiento regional de estos; sin embargo, ejemplifica el supuesto comportamiento paralelo, solo en tres: Bogotá, Antioquia y Santander, omitiendo referir comportamientos no simétricos de Departamentos como: Valle, Cundinamarca, Caldas, Risaralda, Cauca, para solo citar algunos.

Esto introduce implícitamente un análisis de mercados regionales, que la propia SIC desechó, al considerar como mercado relevante el nacional, lo cual es un aspecto técnico fundamental que ha cambiado respecto al informe motivado.

Un tercer elemento que introduce la resolución en comento, que supone una adición fundamental no prevista en el informe motivado, que cambia en forma sustancial el análisis del mercado relevante y afecta gravemente el derecho a la defensa, es lo previsto en la página 97 de la resolución:

"El Despacho encontró fundado el reproche relacionado con la inclusión de cantidades de cemento a granel y procedió en consecuencia a examinar las cifras con la respectiva enmienda, agotado dicho estudio, la información sobre ventas, despachos y participaciones (...)"

Para este efecto, la SIC construyó la tabla 11 de la página 98, no incluida en el informe motivado, y por tanto, negó la oportunidad de contradicción a los investigados, aduciendo que no cambiaban las conclusiones derivadas de la citada información, las incluyó en la resolución de sanción, lo cual, dadas las grandes diferencias entre las cantidades incluido el cemento a granel respecto del ensacado, no tiene lógica. Obligatoriamente con nueva información deben proveerse nuevas conclusiones y los investigados debieron tener la oportunidad de contradicción antes de la adopción de la decisión definitiva, lo cual no ocurrió, por no permitirlo así la SIC.

Esta nueva omisión es de señalada importancia, puesto que dice (sic) relación con la cuantificación del lado de la oferta del mercado relevante y su estructura, lo cual define si el mercado es un oligopolio o no, aspecto esencial para soportar la multa que se impone a los investigados.

Es así como la Resolución 51694, se basa en un estudio económico nuevo, respecto del cual los investigados no tuvieron oportunidad de conocerlo (sic) y controvertirlo previamente a la decisión final, como lo exige el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

1.2. Deficiencias advertidas por Cemex en la respuesta al informe motivado que se mantienen en la Resolución 51694 de 2008.

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Como se ha mencionado atrás, el tratamiento de los precios debe estar referido al mercado relevante; sobre este aspecto, desde la apertura de la investigación la SIC ha cambiado a su mejor conveniencia los precios que toma como base: en algunas oportunidades se refiere a los precios al consumidor, en otras al distribuidor, sin identificarlos, y los de base o referencia, lo cual no permitió ejercer cabalmente el derecho de defensa.

[...]

Únicamente con argumentos teóricos la SIC fundamentó que el comportamiento de los precios del mercado relevante, que la SIC nunca precisó cuál era, sólo podía explicarse por un acuerdo para el periodo bajo investigación, ya que no existen estudios econométricos o test estadísticos de causalidad que comprueben sus argumentos, al paso, que la afirmación de los investigados sobre que el comportamiento de precios, que la SIC nunca identificó, pero los análisis técnicos presentados sí tiene (sic) explicación económica y pruebas estadísticas y econométricas.

[...]

En el libro de Lipsey y Chrystal - Introducción a la Microeconomía - Vicens Vives - 2002, bajo el título "Teorías no maximizadoras", aparece un buen resumen del estado del arte sobre las teorías de conducta empresarial alterna a la hipótesis de maximización de beneficios en la forma de una racionalidad económica perfecta, y que pone de presente la actualidad de la corriente de pensamiento reseñada, acogida por economistas de la trascendencia de Michael Porter, Herbert Simon, premio Nóbel de economía en 1978.

[...]

Parte de estas "Teorías no maximizadoras" es la de "Fijación del precio según el coste completo", que basa su desarrollo en las teorías ya expuestas de precios fijados mediante un "Mark Up" y tiene un desarrollo muy similar.

[...]

La SIC ha argumentado que como los precios del cemento gris no reaccionaron a cambios de los costos de producción y al aumento de demanda, no existía racionalidad económica en tal comportamiento. Tal afirmación nace de un juicio de valor sustentado en una teoría económica de maximización de beneficios y comportamiento racional de los agentes. Sin embargo, se ha ilustrado que existen teorías de reconocido prestigio, con base en amplios estudios empíricos, que han comprobado que las empresas y sus administradores no necesariamente tienen por qué comportarse así; que es también racional y prudente no cambiar precios cada vez que cambia el costo medio de producción, que tampoco están cambiando precios cada mes porque la demanda ha variado.

Los comportamientos que la SIC aduce como prueba de supuestos acuerdos contrarios a la libre competencia, que los precios no reaccionan a cada cambio de los costos o que CEMEX no aumentó sus precios cuando había una tendencia de demanda positiva, tiene explicaciones plausibles en la teoría económica, que, además, se enmarcan dentro de la libertad económica que garantiza la Constitución Política. Que tales comportamientos no sean los que espera la SIC, no pueden convertirse en la prueba de una conducta fuera de la ley.

[...]

1.3. Objeciones presentadas por Cemex en la respuesta al informe motivado que no fueron desvirtuadas y siguen siendo pertinentes

[...]

En forma genérica argumenta la SIC que algunas contradicciones contenidas en su informe motivado, relativas a datos sobre participaciones o crecimiento de la oferta obedecen a que unas veces la SIC toma el total de mercado y otras solo 15 departamentos. Teniendo en cuenta que la SIC argumenta que el mercado relevante corresponde al total nacional, es claro que sus análisis deben entonces estar referidos a dicho mercado nacional completo y no sólo a 15 departamentos. Este proceder de la SIC

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

resulta violatorio del debido proceso y del derecho de contradicción, al escoger caprichosamente cuando se presentan cifras sobre el mercado que ella misma considera relevante y cuando a mercados regionales, sin aclarar, en este último caso, las consecuencias que la omisión representa en el análisis.

En todo caso, a pesar de haber admitido su error, la SIC no reconstruyó las 10 tablas erradas respecto a CEMEX, ni los argumentos derivadas (sic) de ellas. Esta omisión nuevamente vicia la investigación, pues lo correcto era reconstruir las tablas y darle la oportunidad a mis representados de presentar descargos sobre las nuevas tablas y cargos que de ellas pudieren derivarse, lo cual no ocurrió.

[...]

1.4. Deficiencias en las conclusiones del numeral 7.1.7. de la resolución de sanción

I) en el mercado de venta de cemento Portland gris tipo 1, los precios presentaron un comportamiento paralelo en el periodo investigado y reacciones simultáneas en proporciones similares al final del mismo

[...]

La existencia de una Guerra de precios fue evidente, como lo explica ARGOS, los argumentos que esgrime la SIC para negar su existencia son otra vez teóricos, simplemente sin prueba empírica y estadística para Colombia; lo cierto es que lo único correcto es que los precios se mantuvieron bajos en 2005 y las participaciones de mercado de ARGOS y CEMEX cambiaron varias veces en 2005 y antes, eso está comprobado, evidenciando rivalidad competitiva.

II) a pesar de haberse acreditado que dicho mercado tiene una estructura oligopólica, las típicas soluciones no colusorias que se plantean en la doctrina para estos casos argumentados por las investigadas -ARGOS, CEMEX, HOLCIM - no resultaron consistentes con la evidencia.

Ese solo es un argumento subjetivo de la SIC; existen otras tantas teorías reconocidas que sí son consistentes con la evidencia, como las de Michel Porter y Herbert Simon, atrás citadas y que están basadas sobre el estudio del comportamiento de muchas empresas en el mundo, y no sobre construcciones teóricas.

III) Las variables macroeconómicas que se alegan fueron observadas por los representantes legales de las empresas para adoptar decisiones en relación con los precios, contradicen la conducta que en esta materia siguieron. (...)

Como se demostró, las previsiones económicas para 2005 según documentos Conpes, eran de una menor expansión de la actividad edificadora, que solo tuvo una gran expansión al final del año. En este punto la SIC solo toma de los documentos aquello que sirve a su prevaloración de lo que necesariamente debe resultar en una sanción, y no tomó en cuenta que la información sobre PIB sectorial tiene un rezago en su publicación, y la gran expansión del fin de año solo se conoció en enero de 2006.

No hay valoración apropiada de las pruebas cuando sistemáticamente la SIC desecha los documentos realizados por el más reconocido centro de investigación económica de Colombia, Fedesarrollo, se desprecian las apreciaciones de economistas reputados del país, exviceministros, como los doctores Mauricio Reina y Beatriz Uribe, o se escoge de los documentos y teorías aquello que sirve para sustentar el objetivo de sancionar a los investigados.

[...]

V) El aumento de la demanda sostenida durante todo el periodo de la investigación e inclusive antes, no justifican el súbito y simultáneo aumento en los precios en el mes de diciembre de 2005.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Los únicos precios que aumentaron en forma súbita y simultánea fueron los que cobraban los distribuidores mayoristas a sus clientes, los precios del mercado relevante. El precio que cobraban a sus distribuidoras las cementaras, no aumentaron ni súbitamente, ni simultáneamente, en el mes de diciembre de 2005.

[...]

VII) no se acreditó una relación de causalidad entre el precio de venta al público y el incremento precio de los productores.

Aquí cabe preguntarse, por qué se radica en cabeza de los investigados, que según la Constitución y la ley se presumen inocentes, la exigencia de acreditar la relación de causalidad, lo cual supondría un análisis estadístico, ya que gráficamente se acreditó tal causalidad, y, en cambio, la SIC realiza múltiples afirmaciones sin test de causalidad, análisis econométricos, usando a su mejor conveniencia, como mercado relevante, a veces 15 departamentos y a veces todos, para definir las variables del mercado e imponer multas millonarias, según teorías económicas que se basan en supuestos no aplicables a las realidades del mercado, como el del pretendido comportamiento racional de los agentes, basado en teorías psicológicas.

[...]

X) Las alegadas inconsistencias en las cifras utilizadas durante el trámite administrativo en algunos casos quedaron desvirtuadas y cuando se hicieron las enmiendas solicitadas no hicieron necesario modificar las conclusiones que de ellas dependían.

Esta conclusión es totalmente infundada. En nuestra respuesta al informe motivado, se mencionaron al menos 10 tablas del informe motivado que tenían información significativamente errada, en las cuales estaba basada la acusación. Sin controvertir adecuadamente la deficiencia advertida por nosotros, y sin dar oportunidad de realizar un nuevo estudio sobre las tablas una vez se realizó la supuesta corrección, como hubiese sido lo legalmente procedente, se entra a imponer una sanción arbitraria.

[...]

XI) se ha acreditado el intercambio de información y la celebración de reuniones en las que participan los representantes legales y funcionarios de las empresas investigadas

El derecho de asociación lo reconoce la Constitución Política y su ejercicio legítimo no puede devenir, gratuitamente, por cuenta de afirmaciones infundadas de un funcionario, en prueba de un acerado (sic) anticompetitivo. En el hecho de participar en una entidad gremial de por si no es ilegal.

[...]

La SIC hace imputaciones gratuitas a mis representados, carentes en absoluto de sustento como las siguientes:

En el caso de las reuniones en Panamá resultantes, según la SIC, de la relación de HOLCIM y ARGOS, no hubo participación alguna de Cemex o algún representante suyo. Cemex no es socio de la empresa que menciona la SIC.

Tampoco puede reputarse como sospechoso o ilegal, que se el representen (sic) de Cemex asista a las asambleas de la Andi o del gremio de constructores. Es un verdadero despropósito de la SIC convertir la asistencia a un evento de esta naturaleza en algo ilegal o anticompetitivo.

Es una afirmación temeraria y arbitraria, pues no expone la SIC evidencia alguna que comprometa la responsabilidad de mis representados.

El supuesto intercambio de información entre Holcim y Cemex lo hace consistir la SIC en que Holcim le envió a Cemex el informe de gestión de 2004. En caso de ser ello cierto, se trataría de un documento de acceso a cualquier persona, como que es una exigencia

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

legal. Cemex no remitió nada ni a Holcim ni a nadie. Cómo puede atribuirse responsabilidad a Cemex y su representante legal sin que nada hubiesen hecho?

Ninguna evidencia esgrime la SIC de la presunta asistencia del representante de Cemex a una reunión en el club el Nogal. De una separación de un salón efectuada por Holcim se puede predicar responsabilidad a un tercero? Por supuesto que no.

Aduce la SIC que en vistas (sic) a Argos y Holcim encontró información sobre precios FOB. Qué tiene que ver Cemex con eso? Nada en absoluto.

Se habla de intercambio de información estratégica, sin decir qué información, quien la compartía, qué evidencia existe de ello. Solo afirmaciones temerarias y gratuitas.

2. El presunto acuerdo de reparto de mercado

Se anota que al referirse al mismo mercado relevante, lo ya expuesto sobre las inconsistencias en su desarrollo y análisis por parte de la SIC es igualmente aplicable.

Ya respecto al argumento de que hubo un acuerdo de repartición de mercado, porque en presencia de un aumento de demanda hubo estabilidad en la participación de mercado, la propia SIC lo desvirtúa en la resolución 51694 de 2008, ya que en la tabla 13 de la pagina 107 y en la tabla 15 de la pagina 110, acepta que las participaciones de ARGOS y CEMEX si han tenido cambios, así CEMEX entre 2002 y 2003 bajó en 2 puntos porcentuales, entre 2004 y 2003, aumento 5 puntos y entre 2005 y 2004 bajó en un punto.

*Participaciones que a su vez perdía o ganaba ARGOS. En este punto hay una gran contradicción entre lo expuesto en el informe motivado y lo argumentado en la resolución, lo cual pone de presente que se expone implícitamente dentro de la resolución en comento un nuevo análisis económico, además, que ahora el argumento se modifica: ya no se habla de estabilidad en la participación, sino que los comportamientos simétricos y de signo contrario entre ARGOS y CEMEX son un indicio de un acuerdo. Y en este caso la SIC ya ni siquiera esgrime teoría de ciencia pura para sustentarlo.
[...].”*

3.3 HOLCIM y el señor BERNARD GERARD TERVER

Los argumentos planteados en el recurso están contenidos en el oficio radicado con el número 05130476 00536 001. Debido a lo extenso del recurso a continuación se presenta el índice que refleja todos los argumentos planteados por los recurrentes:

“II. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES, PROCESALES Y PROBATORIOS

1.1 CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

1.2. AUSENCIA DE: MOTIVACION DE ALGUNOS CARGOS

1.2.1 Necesidad de motivación de las acusaciones

1.2.2 Cargos Sobre Presuntos Acuerdos de Repartición de Mercados y Asignación de cuotas de producción

1.2.3 Cargos en contra de los Representantes Legales

1.2.4 Consideraciones sobre la Falta de Motivación de los Cargos

1.3 MANEJO DE LA INFORMACION RESERVADA Y UTILIZACIÓN DE LA MISMA EN EL INFORME MOTIVADO

1.4 FALTA DE VALORACION DE LOS ESTUDIOS ECONOMICOS APORTADOS POR LOS INVESTIGADOS

1.5 VIOLACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1.6 LAS CONDUCTAS INVESTIGADAS SE ENCUENTRAN GARANTIZADAS

1.7 ANALISIS DE LOS ELEMENTOS CIRCUNSTANCIALES EN LOS QUE SE BASA LA SIC PARA SUPONER LA EXISTENCIA DE PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

COMPETENCIA

- 1.7.1 *El Rol del ICPC y el Manejo de la Información de la Industria en General*
 - 1.7.2 *Reunión en el Club El Nogal*
 - 1.7.3 *Correos electrónicos de HOLCIM a CEMEX remitiendo informe de gestión del 2004 y un informe de desarrollo sostenible (Folios 1224 y 1225 del cuaderno 14)*
 - 1.7.4 *Calidad de Socios de Holcim y Argos en varias empresas en el Exterior. Referencia al acta de Junta Directiva de INCEN y empresas subordinadas, del 28 de junio de 2005*
 - 1.7.5 *Boletín Estadístico del ICPC*
 - 1.7.6 *Información encontrada en Argos sobre Precios de la competencia (Folios 631 a 634 del cuaderno 18).*
 - 1.7.7 *Acta No. 117 del ICPC.*
 - 1.7.8 *Acta de la Junta del ICPC del día 24 de mayo de 2006*
 - 1.7.9 *Documento Denominado "Definición de la estrategia comercial 2006-2009" (folios 945 a 948 del cuaderno No 13)*
 - 1.7.10 *Documento "Estrategia Argos marzo 2005"*
 - 1.7.11 *Documento denominado "Presentación Panamá"*
 - 1.7.12 *Desistimiento de la prueba pericial*
 - 1.7.13 *Diseño e implementación del Modelo de Operación Logística para Argos (folios 650 y 651)*
- 1.8 **FALTA DE IMPARCIALIDAD**

2. EN CUANTO AL SUPUESTO ACUERDO DE FIJACION DE PRECIOS EN LA MODALIDAD DE PRACTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA

2.1 INTRODUCCION

2.2 SOBRE EL SUPUESTO PARALELISMO CONSCIENTE DE PRECIOS

- 2.2.1 *Sobre el concepto de paralelismo contenido en la resolución No. 51694 de 2008*
- 2.2.2 *Sobre el concepto de paralelismo consciente aplicado al presente caso*

2.3 LOS PRECIOS DEL CEMENTO GRIS PORTLAND TIPO I DE HOLCIM NO SON IDENTICOS A LOS DE LOS DEMAS INVESTIGADOS Y LOS MOVIMIENTOS DE PRECIOS TAMPOCO COINCIDEN

- 2.3.1 *Bogotá*
- 2.3.2 *Santander*
- 2.3.3 *Cundinamarca*
- 2.3.4 *Boyacá*
- 2.3.5 *Antioquia*
- 2.3.6 *Valle*
- 2.3.8 *Tolima*
- 2.3.9 *Risaralda*
- 2.3.10 *Caldas*
- 2.3.11 *Norte de Santander*
- 2.3.12 *Resumen de las diferencias entre los precios de HOLCIM y los de sus competidores*

2.4 LOS PRECIOS DE LISTA DE HOLCIM TAMPOCO SON IDENTICOS A LOS DE LOS DEMAS INVESTIGADOS

2.5 LA VARIACION DE LOS PRECIOS DE LOS PRODUCTORES DE CEMENTO A TRAVES DEL TIEMPO EXCLUYE EL PARALELISMO

- 2.5.1 *Variación de precios en un período de largo (2.000 - 2.006)*
 - a. *Bogotá*
 - b. *Antioquia*
 - c. *Valle*
- 2.5.2 *Variación de los precios en un período corto (Junio - Diciembre do 2005)*
 - a. *Bogotá*
 - b. *Boyacá*
 - c. *Antioquia*

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

- d. Valle
- e. Risaralda
- f. Caldas

2.6 EXPLICACION DE LA RACIONALIDAD DE LAS CONDUCTAS DE HIOLCIM EN EL MERCADO

2.6.1 La estructura del mercado del cemento y comportamiento de las empresas en el período investigado

2.6.2 La estabilidad en el mercado del cemento en el período entre junio de 2005 y noviembre de 2005

a. Una guerra de precios entre las empresas cementeras se desató hacia finales de 2004 y duro hasta mediados de diciembre del año 2005 y tiene relación directa con la estabilidad del período

b. El modelo de oligopolio que se ajusta al mercado del cemento en el periodo investigado y guerra de precios

c. No es razonable que se hagan acuerdos para mantener los precios más bajos de toda la historia

2.6.3 El incremento de precios en diciembre de 2005 tiene explicación lógica

a. Incremento de la demanda superior al que se había presentado en meses anteriores

b. Incremento en el uso de capacidad instalada

c. Aumento de costos y necesidad de inversión

d. Incidencia del daño en el rodillo "Roller Press"

e. Impacto de la especulación con el precio del cemento en otros eslabones de la cadena

f. Impacto de la información de los medios y del Estado

3. EN CUANTO AL SUPUESTO ACUERDO PARA REPARTIRSE EL MERCADO

3.1. LA NO ESPECIFICO LOS HECHOS EN QUE CONSISTIRIA LA INFRACCION SINO HASTA EL INFORME MOTIVADO

3.2. EL MERCADO RELEVANTE DEL CEMENTO ES DE TIPO REGIONAL

3.2.1 El mercado relevante del cemento es Regional, en especial durante una guerra de precios

a. Bogotá

b. Antioquia

c. Valle

d. Atlántico

e. Santander

f. Cundinamarca

g. Boyacá

3.2.2 El mercado relevante del Cemento no es de tipo nacional

3.2.3 La SIC está modificando su Doctrina sin dar explicación alguna

3.3 LAS EMPRESAS INVESTIGADAS NO MANTUVIERON UNA PARTICIPACIÓN ESTABLE EN EL MERCADO NACIONAL DE CEMENTO DURANTE EL PERÍODO INVESTIGADO

3.4 LA PARTICIPACIÓN DE HOLCIM EN EL MERCADO NACIONAL DISMINUYÓ EN EL AÑO 2005

3.5 NO ES LOGICO REALIZAR UN ACUERDO DE REPARTICIÓN DE MERCADOS SIN OBTENER LA POSIBILIDAD DE FIJAR PRECIOS MONOPOLÍSTICOS

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 59 del C.C.A. la decisión resolverá todas las cuestiones que fueron planteadas por los apoderados de las tres empresas sancionadas y de sus representantes legales, en adelante apoderado de ARGOS, CEMEX o HOLCIM y las que aparecieron con motivo de los recursos, para lo cual se analizarán inicialmente los aspectos constitucionales, procesales y probatorios, posteriormente los referidos a los acuerdos de precios y de reparto de mercado y finalmente los argumentos adicionales relacionados con la responsabilidad del

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

representante legal de Argos. A continuación se exponen las razones de hecho y de derecho frente a los argumentos planteados por los recurrentes.

4.1. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES, PROCESALES Y PROBATORIOS

4.1.1. La alegada caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia

Los apoderados de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, argumentan que ha ocurrido la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia.

a) "La ocurrencia de la caducidad: el acto administrativo no se encuentra en firme".

Los recurrentes argumentan que ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia, toda vez que han transcurrido más de tres años desde el último hecho investigado sin que la resolución de sanción se encuentre en firme.

El apoderado de ARGOS cita jurisprudencia del Consejo de Estado de los años 1998, 2000 y 2001 en la cual se sujeta la suspensión de la caducidad administrativa a la firmeza del acto. También citan los apoderados de HOLCIM y ARGOS un concepto de mayo de 2005 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado³ en el cual se asume tal posición.

Al respecto, es fundamental señalar que contrario a lo manifestado por los recurrentes, en el presente caso, esta Entidad ejerció su facultad sancionatoria, observando lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con el cual "*Salvo disposición en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.*"

En efecto, la Superintendencia mediante la Resolución 51694 de 2008 sancionó a los recurrentes y puso fin a la actuación administrativa adelantada en su contra, dicha decisión administrativa fue proferida y notificada dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron las sanciones impuestas en la misma.

La resolución en comento es el acto mediante el cual se dio por terminada la actuación administrativa, actuación que se encuentra regulada en el Decreto 2153 de 1992 y en el Título I del C.C.A. del cual forma parte el citado artículo 38. La vía gubernativa es una etapa diferente y posterior, regulada en el Título II del mismo Código, en la cual la administración, con ocasión de los recursos interpuestos por los interesados, revisa la decisión tomada en sede administrativa, con el fin de aclararla, modificarla o revocarla, etapa en la que en estricto sentido no se ejercita la facultad sancionatoria.

De hecho, en el artículo 50, del Título II del C.C.A. al establecerse los recursos de la vía gubernativa, se reconoce de manera expresa que, por regla general, los mismos proceden contra "*los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas*". (Subraya fuera de texto).

Es claro entonces que una vez proferido el acto definitivo la actuación administrativa ha culminado y que la vía gubernativa es una etapa diferente a aquella en que la autoridad ejerce su facultad sancionatoria, no sólo porque el mismo artículo 50 mencionado dispone la procedencia de recursos contra los actos que ponen fin a la actuación

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2005, Exp.1632.

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

administrativa, sino porque el Código diferencia las dos etapas con claridad, las cuales son reguladas en títulos diferentes.

También debe tenerse en cuenta que la interposición de los recursos es facultativa de los administrados y que la Resolución 51694 de 2008 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio sólo es susceptible del recurso de reposición en los términos del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo. Este recurso es facultativo y su interposición para agotar la vía gubernativa no es obligatoria.

Adoptar la tesis según la cual la firmeza del acto administrativo es la que suspende el término de la caducidad, conduciría a que el plazo para las autoridades no solo sería muy inferior al estipulado en el artículo 38 del C.C.A, sino que la autoridad no tendría certeza del ámbito temporal dentro del cual puede ejercer su facultad sancionatoria, pues debería considerar los plazos de la notificación, bien sea que esta se surta personalmente o por edicto, los términos para interponer los recursos y el lapso para evaluarlos, decidirlos y notificarlos.

De acuerdo con lo anterior, esta Entidad desarrolló la actuación administrativa y le puso fin mediante la Resolución 51694 de 2008 que se notificó dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos que originaron las sanciones impuestas en la misma, sujetando su actuación a lo dispuesto en el artículo 38 del C.C.A. y a la interpretación jurisprudencial que de forma reiterada y mayoritaria, ha venido sosteniendo durante los últimos años el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en las secciones Primera y Cuarta⁴, conforme a la cual el término de caducidad del artículo 38 del C.C.A. implica el deber de la administración de expedir y notificar dentro del mismo el respectivo acto sancionatorio.

A continuación se citan algunas de las referidas decisiones:

En sentencia del 4 de septiembre de 2008, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta⁵ reiteró:

*"La caducidad del artículo 38 citado, se empieza a contar desde la fecha en la cual se produzca el hecho sancionable, conforme a la definición legal de la infracción y, finaliza con la notificación del acto sancionatorio, por lo que es este momento el que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos, pues "al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora"*⁶⁽⁴⁾. Subraya fuera del texto.

Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en anteriores oportunidades, en el sentido de que, es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si la administración obró oportunamente, independientemente de la interposición de los recursos correspondientes, puesto que lo que hace la autoridad administrativa al dar respuesta a los recursos, es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 20 de septiembre de 2002, Exp. 7042 y Sección Cuarta, sentencias de 18 de septiembre de 2003, Exp. 13353; 9 de diciembre de 2004, Exp. 14062; 15 de junio de 2001, Exp. 11869; y 9 de junio de 2005, Exp. 14188.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 2008 radicación número 25000-23-24-000-2003-00228-01 (1516-06) Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

omisiones, excesos o errores, que ella tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionatoria." (subraya fuera de texto)

En este mismo sentido se pronunció el 20 de octubre de 2005, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

"En tratándose de la facultad sancionatoria de la Administración y para los efectos de la aplicación de la caducidad, la Sala en algunos pronunciamientos ha precisado que siendo la interposición de los recursos una circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado, el cual, a su arbitrio, decide si debe acometerla o no, no debe ser tenida en cuenta para establecer tal fenómeno; por ende, lo que debe exigirse a la Administración se reduce a que resuelva sobre la situación del investigado y notifique su decisión dentro del lapso que le confiere la norma, sin que se requiera la firmeza o ejecutoria de ese acto (sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente núm. 6283, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)." Subraya fuera del texto.

De la misma forma, el 23 de mayo de 2002 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, acogió la tesis que la Sección Cuarta había adoptado en torno al tema de la caducidad en la sentencia de 8 de septiembre de 2000 y determinó que la caducidad no había operado en el caso bajo examen ya que la resolución de sanción se había expedido y notificado *"dentro del término que tenía la administración para hacerlo"*⁷. Vale la pena anotar que en la adopción de esta última decisión participó en calidad de conjuer, el doctor Libardo Rodríguez, tratadista citado como fuente de autoridad por el apoderado de HOLCIM en el recurso.

La anterior interpretación fue acogida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia del 29 de septiembre de 2009⁸, en la cual de manera expresa se unificaron las posturas de las secciones sobre este aspecto en el régimen sancionatorio disciplinario, al considerar que la tesis de recibo es aquella que diferencia la actuación administrativa propiamente dicha, que culmina con la decisión principal de imponer la sanción y la notificación de la misma, lo cual concreta la voluntad de la administración y debe realizarse dentro del término de caducidad, pues afirmar que en dicho lapso la administración debe además resolver los recursos y notificar ésta decisión implica adicionar al citado artículo una exigencia que no tiene. Al respecto la Sala Plena manifestó:

"... [E]n la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de mayo de 2002, Exp. 6889.

⁸ Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009). Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00442-01(S)

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada "vía gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias".

Se reitera que la Resolución 51694 de 2008 es la decisión definitiva de la actuación administrativa radicada con el No. 05-130476 de 2005, la cual se profirió y notificó dentro del término de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos que motivaron las sanciones, es decir los acuerdos de precios y de reparto de mercado realizados en el periodo junio-diciembre de 2005.

b) "El último hecho investigado no abarca todo el mes de diciembre"

Los apoderados de HOLCIM y ARGOS argumentan que aún si se aceptara la tesis de que la fecha para considerar si ha operado la caducidad, es la de la notificación de la decisión recurrida, las facultades de esta Superintendencia ya caducaron pues el último hecho investigado, esto es el alza de precios, se produjo el 26 de diciembre de 2005.

Aduce HOLCIM que "el último acto que se debe tomar en cuenta en el presente caso para contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, corresponde al último hecho que la SIC consideró en el auto de apertura de la investigación, es decir, el último movimiento de precios realizado por ARGOS el día 26 de diciembre de 2005."

El apoderado de CEMEX acerca de que la fecha del presunto acuerdo de precios no abarca todo el mes de diciembre también afirmó:

"En la resolución de apertura de la investigación y en el Informe Motivado de la presente investigación, que resume las conclusiones de la parte instructiva del proceso, y que al propio tiempo, son los documento (sic) respecto de los cuales los investigados pueden ejercer el derecho de defensa, según el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se señaló como fecha más reciente de la posible comisión de las conductas investigadas el día 28 de diciembre del año 2005. Ningún cargo, cuadro, análisis o conducta imputada a mis representados contiene la investigación, para una fecha posterior al 28 de diciembre de 2006. En efecto al analizar con detenimiento los hechos que de acuerdo con la SIC constituyen infracciones a las normas sobre libre competencia en el caso que nos ocupa, es posible observar que, aunque la SIC

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

constantemente afirma que el periodo de investigación está comprendido entre junio y diciembre de 2005, las fechas que se mencionan sobre el presunto acuerdo de precios no abarcan todo el mes de diciembre del año mencionado."

El apoderado de CEMEX señala que en lo que se refiere al acuerdo de precios, los siguientes son los elementos que sustentan la anterior afirmación:

1. En la Resolución 2496 de 2006, hay una gráfica titulada "PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO, CEMENTO PORTLAND GRIS TIPO I, SACO DE 50 KG., NOV A DIC 2005 (\$)" en la que se señaló como último incremento de CEMEX el 23 de diciembre de 2005, el de HOLCIM el 19 de diciembre de 2005, el de ANDINO el 28 de diciembre de 2005 y el de ARGOS el 26 de diciembre.
2. En la misma resolución, hay una gráfica titulada "PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO, CEMENTO PORTLAND GRIS TIPO I, SACO DE 50 KG., NOV A DIC 2005 (\$)" en la cual el último periodo en que se obtuvieron los precios fue el 28 de diciembre de 2005.
3. En cuanto a las remisiones de las variaciones de precios por parte del Gerente de Soporte Operativo de CEMEX el último correo es de fecha del 19 de diciembre de 2005 y para las demás empresas el último correo es de fecha del 27 de diciembre de 2005 como en el caso de ANDINO.

Refiriéndose al acuerdo de repartición de mercados el apoderado de CEMEX enfatiza en los siguientes elementos:

1. El análisis de la estabilidad de las participaciones del mercado no incluye de manera específica los últimos días del mes de diciembre de 2005. Se toma un promedio del mes de diciembre de 2005, el cual pudo haber cambiado para el 31 de diciembre de 2005.
2. El intercambio de información de despachos nacionales de cemento, no demuestra que el 31 de diciembre de 2005, estuviera vigente algún tipo de acuerdo de repartición de mercado.
3. El abastecimiento de ARGOS a CEMEX no puede acreditarse que hubiera continuado hasta el 31 de diciembre de 2005.
4. La "Presentación Panamá" no discrimina los meses a que se hace referencia y tampoco es posible acreditar que dicha reunión se haya realizado y mucho menos el 31 de diciembre 2005.
5. Los documentos denominados "Estrategia Argos marzo 2005" y "Definición de la estrategia comercial Colombia 2006-2009" de HOLCIM no proviene de CEMEX y que tampoco contiene a hechos que se hayan ejecutado los últimos días de diciembre de 2005.

En relación con los anteriores argumentos se reitera que desde el momento de la apertura de la investigación este Despacho fue claro al indicar que encontraba necesario "analizar el movimiento de los precios de cemento gris Portland tipo I durante el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005 en el territorio nacional." (Subraya fuera de texto).

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Si bien efectivamente la resolución de apertura realizó dos gráficas en donde se acotaban los datos para el 28 de diciembre de 2005, de manera expresa y sin lugar a dudas específicamente señaló que el periodo de análisis considerado era desde el mes de junio hasta el mes de diciembre de 2005 y con la evidencia recaudada, esta Superintendencia se concentró en el análisis del comportamiento de los precios y las participaciones durante dicho lapso.

Adicionalmente, en relación con los hechos considerados el Informe Motivado se refirió a los mismos en los siguientes términos: ***“Conductas a investigar A través de la actuación adelantada, se investigó si las empresas productoras de cemento HOLCIM, ARGOS, CEMEX y ANDINO, incurrieron en las siguientes conductas en relación con el cemento gris Portland Tipo 1 en sacos de 50 kilogramos en las diferentes regiones del país, en el periodo comprendido entre los meses de junio de 2005 y diciembre de 2005 (...).”*** para lo cual se presentaron datos e información que comprendía información de todo el mes de diciembre de 2005.

Ahora bien, HOLCIM y ARGOS pretenden sustentar su afirmación en el hecho que el último incremento de precios realizado por ARGOS se produjo el 26 de diciembre de 2005 y que por tanto este último acto debe tomarse en cuenta para contar el término de caducidad.

Este planteamiento parece suponer que con esa última manifestación se agota el acuerdo de precios en el mercado, lo que no es admisible pues precisamente ese precio que fijó ARGOS en ejecución del acuerdo de precios, determinó los precios de los días subsiguientes, por lo que esa decisión tiene efectos en el mercado que van hasta que el precio se forme de manera autónoma en cumplimiento de las normas de competencia. En el presente caso, no se observa que a partir del 26 de diciembre de 2005 se haya producido una modificación en el comportamiento de fijación de precios por parte de las empresas sancionadas que indicara un rompimiento del acuerdo evidenciado.

En lo relacionado con el acuerdo de reparto de mercado lo que se observó fue un comportamiento estable en las participaciones de mercado del cemento Portland Gris Tipo I de las empresas sancionadas en el periodo de junio a diciembre de 2005. Para calcular la participación de las empresas se tomó la información de cada uno de los meses en su totalidad.

Las pruebas adicionales como la Presentación Panamá, los documentos *“Estrategia Argos marzo 2005”* y *“Definición de la estrategia comercial Colombia 2006-2009”*, el intercambio de información, los correos electrónicos, el abastecimiento de ARGOS a CEMEX, analizados en los numerales 7.2.2 a 7.2.6 de la resolución recurrida son elementos probatorios adicionales que sustentan la consciencia del paralelismo y confirman la existencia de mecanismos facilitadores de la conducta imputada que fuera evidenciada a través del comportamiento de las participaciones y de los precios.

Por lo anterior, se reitera, el acto sancionatorio que culminó la actuación administrativa se dictó y notificó dentro de los tres años siguientes a la ocurrencia de los hechos que lo ocasionaron, esto es, antes del 31 de diciembre de 2008, sin que haya ocurrido la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.1.2. Sobre la alegada ausencia de motivación de cargos sobre presuntos acuerdos de repartición de mercados y asignación de cuotas de producción.

El apoderado de HOLCIM manifiesta que con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política, se deben motivar las acusaciones y que frente a los cargos sobre

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

presuntos acuerdos de repartición de mercados y asignación de cuotas de producción y que en la Resolución 2496 de 2006, por la cual se ordenó la apertura de la presente investigación, no se indicaron los supuestos fácticos de estos acuerdos. El apoderado de ARGOS, igualmente, argumenta que a sus poderdantes nunca se les permitió conocer desde un principio cuáles eran los hechos que sustentaban estos cargos.

Contrario a lo manifestado por los apoderados de HOLCIM y ARGOS, en el presente caso, en la referida Resolución 2496 de 2006, se indicaron los hechos y pruebas sumarias con base en las cuales se consideró procedente iniciar la actuación y se especificaron las normas presuntamente violadas, así como las personas naturales y jurídicas investigadas. Efectivamente, tal resolución indicó claramente:

- Los hechos de acuerdo con los cuales se infería la realización de acuerdos de precios, reparto de mercado y de asignación de cuotas: Comportamiento de precios, afectación de oferta y comportamiento de las ventas del cemento gris a nivel nacional.
- El producto: Cemento Gris Portland tipo I.
- El ámbito de los acuerdos: Mercado nacional.
- El periodo investigado: Junio-Diciembre de 2005.
- Pruebas sumarias: Se relacionaron los documentos y declaraciones con base en las cuales se consideró procedente ordenar la apertura de la investigación.
- Las personas naturales y jurídicas investigadas: ARGOS, CEMEX, ANDINO y HOLCIM y sus representantes legales José Alberto Vélez Cadavid, César Constain Van Reck, Federico Molina Soto y Bernard Gerard Terver, respectivamente.
- Las normas presuntamente violadas: Ley 155 de 1959 artículo 1, Decreto 2153 de 1992, artículos 4 numeral 16 y 47 numerales 1, 3 y 4.

En efecto, en la resolución en comento, se efectuó una descripción del comportamiento de los precios del cemento Portland Gris Tipo I de las empresas ARGOS, CEMEX, HOLCIM y ANDINO en el mercado nacional, particularmente el observado en el período junio - diciembre del año 2005 y se hizo referencia expresa a evidencia e información sobre escasez del producto, afectación de oferta del cemento al igual que el comportamiento de los precios y las ventas, manifestándose que todo esto constituía un indicio de realización de un acuerdo para manipular la situación del mercado. Tales circunstancias constituyeron fundamento de los cargos de acuerdo de precios, de reparto de mercado y de asignación de cuotas de producción.

A partir del comportamiento del mercado del cemento observado, esta Entidad manifestó que infería la presunta contravención de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, las cuales prohíben la realización de acuerdos de fijación de precios, de reparto de mercado y de asignación de cuotas de producción o suministro y explicó de manera general la presunta infracción en cada caso.

En relación con el reparto de mercado, en la citada resolución se manifestó: "[E]l supuesto acuerdo realizado por las empresas mencionadas estaría igualmente encaminado a alcanzar o mantener un reparto del mercado cementero nacional".

y

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Respecto de la asignación de cuotas de producción se dijo: *"Dentro del supuesto acuerdo realizado por la empresas cementeras se encontraría incluida la fijación de cuotas de producción o suministro de forma tal que se restringiera indebidamente la oferta dentro del mercado."*

De otra parte, en lo atinente a los representantes legales de las empresas cementeras, en la resolución de apertura se indicó expresamente que el objetivo de la investigación también era establecer si los mismos habían incurrido en la responsabilidad personal prevista en el numeral 16 del artículo 4 de Decreto 2153 de 1992, por haber autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos descritos en dicha resolución.

Por cuanto se considera apenas elemental, aclaramos a los apoderados que ni la constitución ni la ley exigen que la Superintendencia al ordenar la apertura de una investigación, tenga plenamente probada la existencia de las conductas, pues ese es precisamente el objeto de la investigación.

Sobre el particular, es importante reiterar que para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, esta Superintendencia debe adelantar el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁹.

Al ordenarse la apertura de una investigación, se describen los hechos y conductas que determinan la necesidad de realizarla, las normas presuntamente violadas, así como los sujetos investigados, aspectos todos estos incluidos en la Resolución 2496 de 2006, pero el objeto de la actuación que sigue a la expedición de ese acto administrativo es precisamente establecer la existencia misma de las conductas, de las circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar en que se llevaron a cabo, así como la determinación de la participación y responsabilidad de los investigados.

Sólo una vez agotado el procedimiento previsto en el citado Decreto 2153 de 1992, el cual contempla y garantiza el ejercicio del derecho de defensa de los investigados, la Superintendencia con base en toda la evidencia allegada al expediente (no sólo con la recaudada en la averiguación preliminar), adopta el pronunciamiento definitivo, decisión que debe ser motivada y contra la cual procede el recurso de reposición.

Sobre la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en el recurso, este Despacho comparte lo manifestado en la misma destacando que en la presente actuación la Superintendencia ha dado cabal cumplimiento a la obligación de motivar sus actos administrativos, indicando los motivos de hecho y de derecho en que se fundamentan.

No obstante, es importante aclarar que la ausencia de motivación que echó de menos el Consejo de Estado en la sentencia mencionada en el recurso y que consideró violatoria del derecho de defensa del administrado se predicó de un acto administrativo definitivo, por considerar que la única oportunidad que tuvo el administrado para controvertir las razones de la autoridad administrativa *"fue solo cuando se resolvió el recurso de reposición"*, situación que no corresponde con la presente actuación.

En el presente caso, la resolución que ordenó la apertura de la investigación, fue debidamente motivada y notificada personalmente a todos los investigados, (empresas

⁹ Actualmente deben aplicarse adicionalmente las disposiciones contenidas en la Ley 1340 del 24 de julio de 2009.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

y representantes legales) quienes tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la misma y solicitar y participar en la práctica de pruebas.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó el informe correspondiente, el cual fue comunicado a los investigados quienes tuvieron acceso al expediente, así como la oportunidad para presentar observaciones al mismo.

Finalmente, el Superintendente de Industria y Comercio, analizadas las observaciones efectuadas por los investigados al informe presentado por el Delegado y las pruebas que obran en el expediente, y una vez escuchado al Consejo Asesor, de manera motivada adoptó la decisión final, la cual fue debidamente notificada y contra la cual, en ejercicio del derecho de contradicción y defensa, las empresas y representante legales sancionados presentaron los recursos de reposición que en la presente resolución se deciden.

Como puede observarse en la presente actuación, las decisiones adoptadas por la Superintendencia, tanto la de apertura de la investigación, como la resolución definitiva fueron debidamente motivadas y el procedimiento adelantado fue el previsto en la ley, garantizándose el derecho de defensa, contradicción y debido proceso a los investigados. En consecuencia, la jurisprudencia citada en el recurso no resulta aplicable al presente caso, pues los supuestos de hecho son sustancialmente diferentes a los que originaron dicho pronunciamiento.

4.1.3. Del manejo de la información reservada y utilización de la misma en el informe motivado

Manifiesta el apoderado de HOLCIM que se violó el derecho de defensa y el debido proceso a sus representados, por cuanto la Superintendencia utilizó pruebas que solamente fueron dadas a conocer con posterioridad al Informe Motivado y que por tanto no podían ser utilizadas para sancionar a las empresas investigadas.

También señala el apoderado que *"En la Resolución No. 51694 de 2008 se sostiene que en el expediente no existe prueba de que HOLCIM hubiese solicitado revisar los cuadernos reservados y que como no utilizó el recurso de insistencia previsto en la Ley 57 de 1985, es claro que nunca se le violaron sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso. Resulta sorprendente esta afirmación, ya que a varios funcionarios de la Superintendencia les consta de manera directa que HOLCIM solicitó en varias oportunidades acceso a los cuadernos reservados y que dicho acceso le fue negado hasta después de la expedición de la providencia expedida en el caso de Bavaria S.A."*

Adicionalmente, con el fin de probar que efectivamente HOLCIM requirió el acceso a los cuadernos reservados y éste fue negado, solicita los testimonios de dos de sus dependientes y cinco funcionarios de esta Superintendencia.

Al respecto este Despacho considera que no se le ha violado el derecho a la defensa ni el debido proceso a HOLCIM ni a su representante legal, ni a ninguno de los investigados pues éstos tuvieron acceso a toda la información del expediente, incluyendo la de carácter reservado antes de presentar sus observaciones al Informe Motivado y de adoptar la decisión definitiva. Además el Superintendente Delegado amplió en varias oportunidades el plazo para presentar tales observaciones dándose oportunidad para el acceso a la información reservada y el suministro de las copias solicitadas. También, los investigados han tenido la posibilidad de revisar la totalidad del expediente para presentar este recurso.

2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

El manejo de la información reservada adoptado por esta Entidad se fundó en la observancia de lo establecido en los artículos 15 y 74 de la Constitución en donde se establecen límites al acceso de documentos cuando estos tengan carácter reservado de acuerdo con la ley. En este sentido en el artículo 61 del Código de Comercio se consagra la reserva para los libros y papeles de comercio, el artículo 29 del C.C.A. ordena la separación de la información reservada en los expedientes administrativos y el artículo 19 de la Ley 57 de 1985 se refiere a la reserva en las actuaciones administrativas.

La resolución recurrida hizo referencia a que no había prueba de que HOLCIM hubiera ejercido los mecanismos legales para insistir en el acceso a los cuadernos reservados del expediente y ello está perfectamente acreditado. Al respecto es importante tener en cuenta que como lo señaló el Consejo de Estado el recurso de insistencia consagrado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 es *"el medio judicial idóneo y preferente para resolver los conflictos que se susciten sobre el carácter de reservado que pueda tener un documento o información"*¹⁰.

El carácter comercial de la información, la solicitud de reserva de las empresas investigadas al hacer entrega de la misma y las decisiones reiteradas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹¹ en las que se respaldó la posición de esta Superintendencia respecto de la reserva de los libros y papeles aportados por un comerciante, condujeron a esta Entidad a conformar cuadernos separados con esta información con el fin de proteger la reserva impuesta por la Ley y cuya violación tiene incluso consecuencias disciplinarias y penales para los funcionarios.

No obstante lo anterior, una vez conocida la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 19 de julio de 2007 proferida en el recurso de insistencia presentado por la empresa BAVARIA, los investigados tuvieron acceso a la totalidad de la información reservada y adicionalmente les fueron entregadas las copias que solicitaron de la misma¹². También, con base en las peticiones que hicieron de ampliación del plazo para presentar las observaciones al Informe Motivado, que vencía inicialmente el 1 de agosto de 2007¹³ se concedieron tres prorrogas, la última de ellas hasta el 4 de

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Bogotá D. C., cinco (5) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación número: 54001-23-31-000-2009-00269-01 (AC)

¹¹ Providencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera del 27 de abril de 1.999. Exp. No. 1.999-0241. Magistrada Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, del 9 de mayo del 2.003. Exp. No. 2.003-00363. Magistrado Ponente: Dr. José Herney Victoria Lozano y del 17 de julio de 2003, Expediente No. 2500023240002003-00547 – 01. Magistrado Ponente: Dr. William Giraldo Giraldo.

¹² Las copias solicitadas se ordenaron mediante el Memorando No. 05-130476-00490-0001 del 6 de agosto de 2007, (folios 54 y 55 del cuaderno No. 36 del expediente) y fueron recibidas por los investigados el 17 de agosto de ese año según lo aseveran los apoderados de CEMEX y ARGOS folios 61 y 65 del cuaderno No. 36 del expediente.

¹³ La primera prórroga ampliando el plazo hasta el 10 de agosto de 2007, fue concedida mediante oficios No. 05-130476-00481-0001, 05-130476-00482-0001 y 05-130476-00483-0001, del 27 de julio de 2007, folios 36 a 40 del cuaderno No. 36 del expediente.

La segunda prórroga hasta el 24 de agosto de 2007 fue concedida mediante oficios No. 05-130476-00487-0001, 05-130476-00488-0001 y 05-130476-00489-0001 del 6 de agosto de ese año, folio 47 del cuaderno No. 36 del expediente. La tercera prórroga hasta el 4 de septiembre de 2007 fue concedida mediante oficios No. 05-130476-00505-0001 del 22 de agosto y 05-130476-00508-0001 y 05-130476-00509-0001 del 24 de agosto de ese año, folios 63, 72 y 74 del cuaderno No. 36 del expediente.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

septiembre de ese mismo año. También está probado que cuando efectuó la solicitud de copias, esta Superintendencia accedió al suministro de las mismas y que se permitió el acceso a los dependientes autorizados.

Es importante recordar que el apoderado de HOLCIM y los de las demás empresas investigadas durante todo el trámite tuvieron oportunidad de participar en la práctica de las pruebas decretadas, en especial en las declaraciones (interrogatorios y testimonios) y en las visitas administrativas, razón por la cual conocían qué información se encontraba en estos cuadernos. No sólo porque toda la evidencia recaudada fue específicamente decretada y señalada en el acto de pruebas, sino porque en los cuadernos públicos se consignaba un listado de toda la información solicitada y suministrada en las visitas administrativas cuya fecha y hora de práctica era informada a todos los investigados para que asistieran a las mismas.

Por lo anterior, no es posible establecer la violación al debido proceso ni al derecho de defensa, por cuanto está acreditado en el expediente que HOLCIM, en forma previa a la adopción de la sanción contenida en la decisión recurrida tuvo acceso a todo el expediente, habiéndose otorgado término más que razonable para presentar las observaciones al informe motivado, ejercer sus derechos de contradicción y defensa y pronunciarse sobre la evidencia recaudada.

Con respecto a los testimonios solicitados relacionados con este punto, dicha petición se resolverá de manera particular en el acápite correspondiente a la solicitud de pruebas.

4.1.4. Valoración de los estudios económicos aportados por los investigados

En relación con los estudios económicos que obran en el expediente, el apoderado de HOLCIM manifiesta que la Superintendencia dejó de valorar los estudios econométricos elaborados por FEDESARROLLO y el abogado Pablo Márquez.

En especial señala lo siguiente:

“(i) En general se puede decir que la SIC no refuta el modelo en sí mismo, sino la información que tenía a su disposición el experto economista.

“(ii) Las limitaciones señaladas por la SIC, que además fueron advertidas explícitamente por los respectivos estudios, fueron producto de la negativa de la propi[a] SIC a permitir el acceso a Holcim de la totalidad de la información contenidas en el expediente. El acceso a un mayor número de variables efectivamente hubiera permitido estimaciones econométricas más precisas.

“(iii) A pesar de que fue la misma SIC la que limitó el acceso al número de variables incluidas en el modelo y que esta entidad era la única que contaba con la totalidad de la información, la SIC no propone un modelo alternativo para encontrar los determinantes del precio y producción de cemento.

“(iv) Resulta claro que la SIC invierte la carga de la prueba sin fundamento legal alguno: la SIC no construye su propia prueba, aún teniendo el acceso a la información para realizarlo y por el contrario se limita a desvirtuar un estudio realizado con información parcial debido a la restricción impuesta por la SIC.”¹⁴

¹⁴ Página 120, Recurso de reposición presentado por el apoderado de HOLCIM contra la Resolución 51694 de 2008.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Por su parte el apoderado de CEMEX señala que no hubo una valoración apropiada de los mismos, toda vez que esta Entidad sistemáticamente rechaza documentos realizados por el más reconocido centro de investigación económica de Colombia, como lo es Fedesarrollo y se desprecian apreciaciones de ex ministros y economistas reputados del país como los doctores Mauricio Reina y Beatriz Uribe. Salvo esta consideración el recurrente no presenta otros argumentos que indiquen las razones por las cuales se considera inapropiada la valoración realizada por esta Superintendencia.

En primer lugar, con respecto al acceso a la información, se aclara que, ni Fedesarrollo ni el abogado Pablo Márquez, demostraron ante esta Superintendencia tener facultades de representante legal o apoderado de alguna de las investigadas que les permitiera tener acceso a la información reservada del expediente. Es decir, ellos se consideran terceros dentro de la investigación y por lo tanto se les aplica la reserva.

En segundo lugar, en vista de su condición de terceros para la presente actuación, ellos tampoco podían, por si o por interpuesta persona tener acceso a información reservada de la investigación pues no solo a la Entidad le asiste la salvaguarda de la misma sino también a quienes tienen la facultad de apoderar a las investigadas ante esta Superintendencia. Lo contrario sería violar la reserva.

En tercer lugar, debe señalarse que los apoderados de las empresas investigadas no formularon petición de información para estos efectos. Fedesarrollo nunca solicitó información a esta Superintendencia y si bien el abogado Pablo Márquez, de manera verbal, solicitó el acceso al expediente, no acreditó estar autorizado para acceder a la información reservada

Al respecto, se aclara que el derecho de acceder a la información reservada que obra en el expediente no faculta al apoderado especial para autorizar el acceso a terceros como lo son Fedesarrollo y el abogado Pablo Márquez. La consulta del expediente se garantiza a las empresas y a sus apoderados los cuales, están obligados a mantener la reserva de la información y a utilizarla exclusivamente para su defensa.

Sin perjuicio de lo anterior, si el apoderado de HOLCIM consideraba necesario que Fedesarrollo y abogado Pablo Márquez tuvieran acceso a información reservada del expediente debió directamente haber solicitado copia de la respectiva información y si esta Entidad se hubiere rehusado a suministrarla tenían el derecho de acudir al recurso de insistencia previsto en el artículo 21 de la Ley 57 de 1987, lo cual no hizo como ya se indicó anteriormente.

En cuarto lugar, sobre la falta de valoración, basta con revisar el numeral 7.1.5 de la resolución recurrida para establecer que no es cierto que esta Superintendencia haya dejado de valorar los estudios econométricos presentados por FEDESARROLLO y el jurista Pablo Márquez, como lo afirma el apoderado de HOLCIM.

Ahora bien, esta Superintendencia no ha puesto en duda la experiencia y reconocimiento de las personas y entidades que elaboraron tales documentos. Sin embargo, estas condiciones no son suficientes para tener como acreditadas las afirmaciones y conclusiones efectuadas en los mismos, toda vez que dichos estudios están siendo presentados como prueba de valor técnico dentro de una investigación administrativa y, en todo caso, deben ser analizados en conjunto con los demás medios de prueba que obran en el expediente.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Está acreditado que esta Entidad valoró los estudios en comento, cosa diferente es que teniendo en cuenta las deficiencias técnicas evidenciadas en las "bases conceptuales sobre las cuales se elaboraron los citados modelos econométricos" y no solamente en la información utilizada como se sugiere en el recurso, no haya sido procedente acoger sus resultados, por considerar que tales estudios carecen de requerimientos estadísticos necesarios para poder atribuirles valor técnico y aceptar las conclusiones a las que se llegan en cada uno.

En relación con las bases conceptuales sobre las cuales se elaboraron los citados modelos econométricos, la Superintendencia señaló en la resolución recurrida:

- o *"No se presenta ninguna explicación teórica que justifique la elección de las variables consideradas en cada uno de los modelos.*
- o *En ambos casos existen serias limitaciones entorno a los grados de libertad que permita realizar las estimaciones respectivas.*
- o *No hay ninguna prueba asociada al comportamiento estacionario de las series de tiempo utilizadas.*
- o *Ambos modelos carecen de análisis acerca del comportamiento de las estimaciones de los errores y por tanto no hay ninguna garantía acerca de la confiabilidad estadística de las estimaciones realizadas.*
- o *No existe ninguna prueba de significancia conjunta de los modelos que permita verificar si el modelo estimado es estadísticamente significativo".*

Al respecto, se reitera que el valor técnico de tales estudios y el de sus conclusiones están condicionados al análisis de estacionariedad de las series, grados de libertad adecuados en la especificación del modelo, análisis de los errores, aspectos que fueron descritos en la resolución recurrida.

Como se observa, la limitación de la información utilizada, reconocida de manera expresa por el abogado Márquez en su estudio, fue sólo uno más de los aspectos que afectan el valor técnico de los estudios presentados.

En cuanto al argumento del apoderado de CEMEX en el sentido de reclamar que esta Superintendencia en sus análisis no haya utilizado pruebas de similar nivel técnico al presentado en los estudios econométricos, se manifiesta que esta clase de estudios constituye solamente una de las formas o mecanismos para explicar el proceso de formación de precios, en tal virtud, no es obligación de la Superintendencia construir un modelo econométrico para tal fin, ni subsanar las deficiencias evidenciadas en los aportados por los investigados, sobre todo cuando en el expediente obran otros medios probatorios que acreditan la determinación del precio en el mercado analizado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en materia probatoria nuestro ordenamiento jurídico no tiene establecido el sistema de tarifa legal, por el contrario en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil se establece: "*Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez*".

Se reitera que en el presente caso con las pruebas que obran en el expediente e información directamente suministrada por las empresas, se pudieron establecer las variables y los mecanismos que intervinieron directamente en la formación de precios en el periodo investigado.

4.1.5. Sobre la supuesta violación del principio de igualdad

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

El apoderado de HOLCIM considera que en la presente actuación ha sido objeto de trato discriminatorio toda vez que esta Entidad al evaluar su comportamiento que según afirma es el mismo de ANDINO, para el caso de sus representados fue considerado como paralelismo consciente y en el de ANDINO no.

Al respecto este Despacho manifiesta que como se observa en el expediente todos los investigados dentro de la presente actuación recibieron el mismo tratamiento y tuvieron las mismas oportunidades para ejercer su derecho de defensa y contradicción.

No obstante, debemos recordar que si bien los precios de ANDINO también mostraron un comportamiento paralelo con el de sus competidores, como ha sido señalado por la Superintendencia, el paralelismo de precios por sí solo no es suficiente para determinar la existencia de la práctica restrictiva de la competencia, el mismo debe corresponder a una práctica consciente entre dos o más empresas.

En tal virtud, fue con base en las explicaciones de ANDINO y las pruebas que de las mismas obran en el expediente, que la Superintendencia pudo establecer que su comportamiento no fue resultado de un acuerdo, sino que por el contrario fue una respuesta razonable y acorde con las circunstancias por las que atravesaba, producto de las limitaciones que experimentó para obtener un equilibrio operativo de acuerdo con su estructura de costos, como se manifestó en la Resolución 51694 de 2008.

Sobre la aplicación del principio de igualdad la Corte Constitucional ha considerado:

"El principio de igualdad, como lo ha expresado esta Corporación, 'es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado'"¹⁵.

Según lo ha reiterado esa Corporación la existencia de grupos o personas comparables, esto es, que se encuentren en las mismas circunstancias y por tanto puedan reclamar un mismo tratamiento, es una de las condiciones para que proceda el análisis sobre la vulneración del derecho a la igualdad.

En el presente caso si bien se trata de empresas productoras de cemento, la situación fáctica en que se encontraba ANDINO y que explica las decisiones adoptadas por esa empresa en materia de precios, no era la misma de las empresas CEMEX, HOLCIM y ARGOS, como se demostró, por lo cual no cabe predicar la violación del principio de igualdad, dado que esta es aplicable entre iguales.

A partir de las consideraciones anteriores, encuentra la Superintendencia que el trato diferenciado que se dio a ANDINO respecto de las otras empresas investigadas se funda en razones que armonizan con el Ordenamiento Superior que no establece una igualdad objetiva y puede por tanto considerarse proporcionado.

En efecto, en el expediente están acreditadas las diferencias existentes entre la situación financiera y de mercado de ANDINO y la de sus competidores y en esa

¹⁵ Sentencias C-221/92 MP Alejandro Martínez Caballero y C-472192 MP José Gregorio Hernández Galindo.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

medida no puede predicarse la igualdad que manifiesta HOLCIM. Estas particulares circunstancias de ANDINO y la ausencia de todos los elementos facilitadores a los que se hizo referencia en la resolución recurrida, impiden considerar su participación en acuerdos de precios y de reparto de mercado que lo estaban conduciendo inexorablemente a la quiebra.

Dentro de las diferencias evidenciadas, puede observarse el contraste existente en las estructuras de costos de ANDINO y el de las demás empresas investigadas, el cual se presentó en la Tabla 8 de la resolución recurrida que a continuación se transcribe:

CUADRO 1

**"TABLA 8
ESTRUCTURA DE COSTOS DE PRODUCCIÓN POR
TONELADA DE CEMENTO PORTLAND GRIS TIPO I ENSACADO
(Cifras en pesos)"**

AÑO	ANDINO	ARGOS	CEMEX	HOLCIM
2002	169.617	106.123	81.327	89.570
2003	205.840	113.488	118.512	85.104
2004	234.508	113.788	79.920	58.154
2005	246.036	129.249	60.351	49.349

Se reitera que está acreditado en el expediente que en el caso de ANDINO no existen los denominados mecanismos facilitadores de los acuerdos establecidos para ARGOS, CEMEX y HOLCIM, como son la existencia de intercambios periódicos de información estratégica de las empresas, abastecimientos de sus competidores, reuniones periódicas, citas programadas (Club El Nogal), participación en la definición de estrategias conjuntas, circunstancias que fueron consideradas por esta Superintendencia al momento de evaluar el comportamiento de las empresas y la racionalidad económica de sus decisiones y explicaciones.

Así, la presunta violación del derecho de igualdad, que se hace gravitar en el tratamiento diferente que se dio a la empresa ANDINO respecto del aplicado a las empresas CEMEX, HOLCIM y ARGOS, no aparece demostrada por cuanto ese solo hecho no implica *per se* un trato discriminatorio, ya que ello depende de que la situación de todas las empresas fuera igual. En este caso se ha acreditado que ANDINO se encontraba en una posición diferente a la de las otras empresas y esa desigualdad de condiciones sirvió de fundamento para la decisión adoptada respecto de esa empresa en particular.

Adicionalmente, los recursos presentados por las investigadas no indican las razones por las cuales la situación de ANDINO debía considerarse semejante a la suya ni traen argumentos que demuestren la necesidad de que se hubiese dado a todas el mismo trato.

El análisis conjunto de las pruebas que obran en el expediente acreditan que el comportamiento de los precios de esta empresa, así como su participación en el mercado respondió a decisiones económicas fundamentadas en su particular situación, la cual presentaba grandes diferencias respecto de ARGOS, HOLCIM y CEMEX. Tales diferencias fundamentan la decisión adoptada respecto de ANDINO y su representante legal y la no vulneración del principio de igualdad.

De esta manera, la diferencia existente entre la situación de ANDINO y las circunstancias en que se encontraban las empresas CEMEX, HOLCIM y ARGOS

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

confirma que la decisión de la Superintendencia no obedeció a su arbitrio o capricho sino a una diferenciación que se basó en una comprensión objetiva y razonada de la disparidad específica evidenciada en las dificultades por las que atravesaba la primera empresa citada.

4.1.6. “Las conductas investigadas se encuentran garantizadas”

El apoderado de HOLCIM manifiesta que las conductas investigadas ya se encuentran garantizadas frente a la Entidad, razón por la cual la presente investigación resulta redundante e incongruente con la aceptación de garantías ofrecidas por algunas de las empresas cementeras, garantías que fueron aceptadas a través de las resoluciones 34804 y 34805 del 23 de diciembre de 2005.

Sobre el particular es importante señalar que los efectos de la aceptación de garantías por parte de la Superintendencia que conlleva a la clausura de la investigación, no se extienden ni impiden la investigación de hechos, que no fueron objeto de la investigación clausurada.

Se reitera que en el presente caso, de acuerdo con lo establecido en la Resolución 2496 de 2006, los hechos y conductas objeto de investigación son diferentes de los que fueron objeto en la investigación abierta con la Resolución 358 de 2005 clausurada por aceptación de garantías.

En efecto, como se ha manifestado en diversas oportunidades por esta Entidad, el acuerdo de precios investigado y sancionado en la presente actuación difiere, tanto en el marco temporal como en la forma de realización del investigado en la actuación clausurada por aceptación de garantías. En la investigación clausurada se investigó un presunto acuerdo de precios realizado a finales de 2003 y durante el 2004, periodo en el cual los precios presentaron una importante disminución en sus niveles. En la presente actuación, el periodo investigado corresponde a junio – diciembre de 2005 en el cual se presentó un paralelismo de precios, reflejado tanto en la relativa estabilidad de estas variables como en su posterior incremento generalizado y súbito a partir del mes de diciembre de 2005.

Adicionalmente, en la investigación clausurada no se investigó la realización de presuntos acuerdos de reparto de mercado y de asignación de cuotas de producción o suministro, establecidas en los numerales 3 y 4, artículo 47 Decreto 2153 de 199, que fueron objeto de la presente actuación.

De otra parte, la actual investigación no tiene como objeto establecer la existencia de acuerdos para determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros ni para impedir el acceso al mercado, conductas que fueron objeto de la actuación clausurada.

Estando establecido que los hechos objeto de la presente investigación son diferentes a los de la abierta mediante la Resolución 358 de 2005, la circunstancia que esta Entidad, en ejercicio de sus facultades legales y en desarrollo del principio de buena fe, considere que efectivamente los oferentes van a suspender, modificar y abstenerse de realizar las conductas por las que se les investigan y ordene la clausura de la investigación, no impide ni implica la pérdida de su competencia para investigar sancionar la realización de prácticas restrictivas de la competencia que no fueron objeto de la actuación clausurada.

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

La aceptación de garantías y la clausura de la investigación no pueden entenderse como mecanismos para garantizar la no investigación de hechos y conductas que no constituyeron el objeto de dicha actuación.

Finalmente, nos remitimos a lo manifestado en los numerales en los que se analiza la violación de los principios de “*non bis in ídem*”, buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica.

4.1.7. De la supuesta violación al principio “*non bis in ídem*”

El apoderado de ARGOS nuevamente alega la violación del principio “*Non bis in ídem*” por considerar que la actual actuación comprende los mismos hechos y motivos de la investigación abierta mediante Resolución 358 de 2005 y sobre los cuales el Despacho había aceptado garantías pocos días antes de iniciar la nueva actuación.

El recurrente reconoce que en las resoluciones de apertura de las dos investigaciones la Superintendencia definió los periodos y conductas objeto de las mismas, las cuales, se reitera, son diferentes. No obstante, se insiste en la violación de este principio, por el hecho de que esta Entidad para establecer la existencia de los acuerdos de precio y de reparto de mercado en el periodo junio – diciembre de 2005, haya utilizado algunas pruebas que obran en el expediente que corresponden o se refieren a hechos ocurridos fuera del periodo objeto de la investigación.

Con el fin de establecer si en la presente actuación se ha vulnerado el principio alegado, es importante tener en cuenta lo manifestado por la Corte Constitucional en relación con este principio. Sobre el particular en sentencia C-229-08, en la que se reitera y remite a lo manifestado en otros fallos se señala que el principio de “*non bis in ídem*”, “*tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.*”

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculpatado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.”

“La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.”

“La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos. Sent. de noviembre 22 de 1990 Corte Suprema de Justicia.”Sentencia C-244 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de Voto de Eduardo Cifuentes Muñoz. Salvamento Parcial de Voto de Julio César Ortiz Gutiérrez”.

Al respecto, debe señalarse que de la lectura de las Resoluciones 0358 de 2005 y 2496 de 2006 se establece claramente que en el presente caso no se presenta la identidad de objeto y de causa necesaria para que se configure la violación de este principio, toda vez que las conductas investigadas, en cada actuación, se refieren a hechos y períodos diferentes, como se ilustra en el siguiente cuadro:

**CUADRO 2
DIFERENCIAS ENTRE LA RESOLUCIÓN 358 DE 2005 Y LA RESOLUCIÓN 2496 DE 2006**

	Resolución 358 de 2005	Resolución 2496 de 2006
--	-------------------------------	--------------------------------

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Conductas	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acuerdo de Precios: Tendencia a la baja de precios de cemento, con importante reducción en sus niveles. 2. Acuerdo para determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. 3. Acuerdo para impedir acceso al mercado. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Acuerdo de Precios: Relativa estabilidad e incremento generalizado a partir del mes de diciembre de 2005. 2. Acuerdo de reparto de mercado entre productores. 3. Acuerdo de asignación de cuotas de producción o suministro
Periodo Investigado	3er trimestre 2003 y año 2004.	Junio- diciembre 2005.
Normas violadas	Ley 155 de 1959, art. 1. Decreto 2153 de 1993, art. 47 numerales 1, 2 y 10	Ley 155 de 1959, art. 1. Decreto 2153 de 1993, art. 47 numerales 1, 3 y 4

Como se desprende de lo anterior, mientras en la primera resolución los hechos objeto de investigación corresponden a presuntos acuerdos para determinar precios, condiciones de venta y para impedir el acceso al mercado, realizados en el periodo septiembre de 2003 y el año de 2004, en la segunda, esto es, la que ordenó la apertura de la investigación que ahora nos ocupa, los hechos investigados son presuntos acuerdos de precios, de reparto de mercado y de asignación de cuotas de producción en el periodo junio – diciembre de 2005.

La identidad requerida para que se configure la violación al principio *non bis in ídem*, no es la coincidencia que se presenta en dos de las disposiciones que se consideran trasgredidas y en el hecho que las normas indicadas como violadas tenga como objetivo tutelar el mismo bien jurídico, como es la libre competencia en el mercado, pues dichas infracciones están soportadas en supuestos de hecho diferentes.

Contrario a lo manifestado por el apoderado de ARGOS, el análisis para establecer la identidad de la conductas no puede realizarse "Al margen de la discusión sobre los periodos objeto de la actuación", toda vez que esta diferencia no sólo se limita al aspecto temporal, sino a las diferentes circunstancias de realización de las conductas lo cual determina la no vulneración de este principio.

Sobre este particular la Corte Constitucional en el fallo antes citado señaló:

"[...] no puede decirse que el derecho a la cosa juzgada y su concreción en el ámbito del poder punitivo del Estado que es el principio non bis in ídem, se desconocen por la imputación posterior de un hecho que no se conocía al tiempo en que se investigó y juzgó otra conducta diferente y cometida con anterioridad a aquél. Esto es así porque entre el hecho que fue objeto de juzgamiento y aquél que ahora es materia de imputación no existe identidad alguna puesto que si bien ellos fueron cometidos por el mismo sujeto activo, contra el mismo sujeto pasivo y afectando el mismo bien jurídico, se trató de conductas distintas, cometidas en tiempos diferentes y en circunstancias disímiles."

Tampoco se presenta la violación de este principio por la presunta doble investigación del acuerdo de reparto de mercado, pues si en el caso del acuerdo de precios, al menos las disposiciones citadas como violadas son las mismas, aunque no los hechos que las fundamentan, en el presente caso, contrario a lo manifestado por el apoderado de Argos en la investigación abierta con la Resolución 358 de 2005, no se formularon cargos, ni se indicó como objeto de dicha actuación establecer la existencia de un acuerdo de reparto de mercado entre los productores de cemento, previsto en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

En consecuencia, no es cierto que el acuerdo de reparto de mercado objeto de la presente investigación haya sido investigado por esta Superintendencia en la actuación abierta con la Resolución 358 de 2005.

En este orden de ideas, la violación del principio *non bis in ídem* tampoco se produce por la utilización o valoración de pruebas de hechos ocurridos en periodos o fechas diferentes a aquellas en la que se verificó la conducta objeto de investigación.

La valoración de pruebas legalmente allegadas a la investigación de hechos ocurridos en periodos anteriores o posteriores a junio-diciembre de 2005, no es uno de los supuestos previstos en la Constitución para establecer la violación del principio de *non bis in ídem*, pues no es por los hechos por ellos demostrados que se impuso la sanción a las investigadas.

Al respecto es importante aclarar que en el desarrollo de una investigación el análisis de la evidencia que obra en el expediente permite establecer el desarrollo de la conducta sancionable, la responsabilidad de los sujetos investigados, así como valorar los argumentos y hechos planteados por la defensa, siendo pertinente, conducente y necesario, determinar las circunstancias previas, concomitantes y posteriores a la ocurrencia de los hechos que se investigan, donde adquieren relevancia aspectos como la evidencia de reuniones o relaciones previas entre los investigados y las situaciones acaecidas entre ellos, entre otros.

Ahora bien, en el caso de las investigaciones sobre prácticas restrictivas de la competencia, es necesario analizar el mercado en el cual presuntamente se están llevando a cabo las conductas lo que supone la observación del comportamiento en el tiempo de variables como precio, producción, ventas, costos, cuotas de mercado, entre otras, así como de las conductas de competidores, distribuidores y consumidores..

De hecho, los actos previos a la conducta reprochable, que acreditan el establecimiento de condiciones adecuadas que facilitan el desarrollo de la misma, también son objeto de investigación, cosa diferente es que en el evento que tales actos tipifiquen prácticas restrictivas diferentes a las investigadas ameriten la apertura de una nueva actuación administrativa.

Varios de los ejemplos citados en el recurso dan la razón a esta Superintendencia. Por mencionar uno solo, consideremos la evidencia de intercambio de información de producción de cemento Portland Gris entre las empresas productoras de cemento miembros del ICPC, la cual se venía realizando con anterioridad al periodo de investigación junio-diciembre de 2005, durante dicho periodo y con posterioridad al mismo. Esta circunstancia permite concluir que tal comportamiento es una práctica habitual y no esporádica o producto de una coincidencia.

El intercambio de información, no es una conducta restrictiva en sí misma, pero al tener probada esta práctica, la naturaleza e información intercambiada, la periodicidad de la misma y los informes producidos, los agentes entre los cuales se realizaba, las circunstancias del mercado de ese momento y los argumentos presentados por los investigados para justificar el comportamiento de los precios, son los elementos que vistos en conjunto con la demás evidencia que obra en el expediente, permiten considerar que tal intercambio es determinante de la existencia y monitoreo de los acuerdos y constituyó un elemento facilitador de las conductas sancionadas en la presente actuación.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Ahora bien, no obstante el apoderado de ARGOS pretender fundamentar la violación de este principio en la valoración de pruebas referidas a períodos diferentes del investigado, al explicar el comportamiento de sus poderdantes, solicitar la práctica de pruebas, presentar observaciones al informe motivado y en el texto del recurso de reposición, se refiere y solicita a este Despacho la valoración de pruebas y hechos ocurridos fuera del periodo junio- diciembre de 2005.

Veamos:

"Para despejar cualquier cuestionamiento, en torno de la racionalidad económica que caracterizó el comportamiento de ARGOS, en el período objeto de la investigación, es necesario apreciar cómo reaccionó la compañía, en respuesta a las acciones de sus competidores. Para ello, se presenta un breve recuento cronológico de los hechos que motivaron el episodio de guerra de precios sucedido entre 2004 y 2005, que finalizó en diciembre de 2005 cuando los precios empezaron a experimentar una recuperación progresiva [...]"¹⁶.

Por lo anterior y por lo señalado en la Resolución 51694 de 2008 sobre este particular se considera que en la presente actuación no se ha vulnerado el principio de "non bis in idem".

4.1.8. Sobre el alegado quebranto del principio de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica

El apoderado de ARGOS manifiesta que en la presente actuación se les vulneró a sus representados el principio de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, por cuanto a los pocos días de ejecutoriado el acto administrativo que aceptó el ofrecimiento de garantías, se abrió una nueva investigación por conductas que corresponden a los mismos cargos y hechos que ya habían sido objeto de garantía.

Es importante aclarar que los efectos de la aceptación de garantías por parte de la Superintendencia que conllevaron a la clausura de la investigación, no se extienden ni impiden la investigación de hechos, que no fueron objeto de la investigación clausurada.

Al respecto este Despacho reitera lo manifestado en los numerales 4.1.6 y 4.1.7 de la presente resolución en los que se analizaron los argumentos en torno a que las conductas investigadas se encuentran garantizadas y la violación del principio de "non bis in idem", toda vez que como quedó acreditado en dichos apartes, los hechos objeto de la investigación que culminó con la aceptación de garantías, son diferentes a los de la presente actuación.

Los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, no pueden considerarse vulnerados por el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio ordene abrir una averiguación preliminar para evaluar el comportamiento del mercado del cemento y a partir de la información recaudada en la misma establecer la procedencia o no de iniciar una investigación.

La aceptación de garantías no es un mecanismo que genere expectativas a los investigados de que sus conductas a partir de ese momento no puedan ser investigadas por la autoridad de competencia.

¹⁶ Página. 24. Observaciones de ARGOS al Informe Motivado.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Tampoco se vulnera el principio de buena fe cuando la Superintendencia no obstante haber aceptado un ofrecimiento de garantías que supone la suspensión de conductas investigadas, ordena la apertura de una averiguación preliminar con ocasión del comportamiento observado del mercado en periodos posteriores a los que fueron objeto de la primera investigación. Adicionalmente, la figura de las garantías implica el cierre de la investigación dentro de la cual se ofrecen y en esa medida una vez aceptadas no se puede mantener abierta dicha actuación.

En efecto, el hecho que la Superintendencia en desarrollo del principio de buena fe considere que el ofrecimiento de garantías efectuado por los investigados va a ser cumplido a cabalidad y en ese entendimiento acepte tal ofrecimiento y ordene la clausura de una investigación, no impide que, en ejercicio de sus facultades legales de inspección y vigilancia, indague sobre el comportamiento del mercado en el que participen los mismos investigados y sobre la posible comisión de conductas restrictivas de la competencia.

Al respecto, debe puntualizarse que la averiguación preliminar es una etapa previa a la apertura de la investigación, cuya finalidad precisamente es que la autoridad de competencia determine la procedencia de la misma, por lo tanto, no hay imputación de conductas, ni sujetos investigados ni normas presuntamente violadas.

En el presente caso, como lo manifiesta el apoderado de Argos, la decisión de aceptar garantías fue proferida el 23 de diciembre 2005 y la averiguación preliminar fue ordenada el 27 de diciembre de ese mismo año, con ocasión de los incrementos en los precios del cemento observados a mediados y finales de ese mismo mes.

Sobre el principio de confianza legítima, la Corte Constitucional ha señalado:

"Este principio busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o reclamar ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades. Esto quiere decir que el principio de confianza legítima es un mecanismo para conciliar los posibles conflictos que surjan entre los intereses públicos y los intereses privados, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y súbitamente elimina dichas condiciones. Así pues, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse."¹⁷

De conformidad con esta cita y con lo anteriormente señalado, la Superintendencia de Industria y Comercio no ha modificado súbitamente sus decisiones, ni afectado expectativas favorables para los investigados, toda vez que la presente investigación versa sobre hechos diferentes.

Ahora bien, es importante resaltar que las actuaciones mencionadas por el apoderado de ARGOS preservaron los requisitos sobre debido proceso y derecho de defensa previstos en el Decreto 2153 de 1992 y en la Constitución Nacional, sin que los mismos hayan sido modificados de manera súbita por la Administración de manera que se hubiera impedido a las investigadas efectuar el ejercicio de los mismos, razón por la cual no se considera violado el principio de la confianza legítima.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1094/05. expediente T-1145605. M. P. Dr. Jaime Araujo Rentería, Bogotá, D. C., 27 de octubre de 2005.

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

En efecto, las investigadas tuvieron conocimiento de la apertura de la averiguación preliminar radicada con el No. 05130476, actuación administrativa que siguió el procedimiento establecido en el Decreto 2153 de 1992. De igual manera, la aceptación del ofrecimiento de las garantías cumplió con los requerimientos propios de este trámite y con ocasión de la verificación del cumplimiento de las garantías se estableció que algunas de las empresas incumplieron compromisos ofrecidos, lo cual determinó la efectividad de las pólizas de cumplimiento, sin que se haya ordenado la apertura de una nueva investigación por los mismos hechos.

Finalmente, se reitera que la clausura de una investigación por aceptación de garantías, no impide que esta Superintendencia, en ejercicio de sus facultades legales, investigue y sancione hechos diferentes a los que fueron objeto de la investigación culminada, que afecten la competencia en los mercados, sean estos anteriores o posteriores a la misma, que es lo que ocurre en el presente caso.

4.1.9. Sobre la supuesta violación de los principios de imparcialidad de los funcionarios administrativos y de la separación entre el investigador y el fallador

El apoderado de ARGOS manifiesta que la SIC vulneró el principio de imparcialidad, por considerar que no preservó la separación de investigador y juzgador, prevista en el procedimiento contenido en el artículo 52 del Decreto 2153, por cuanto el despacho del Superintendente de Industria y Comercio en la decisión recurrida, hizo suyos argumentos del informe motivado presentado por el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, sin realizar antes una valoración objetiva y rigurosa de los mismos. Adicionalmente, se argumenta la vulneración de este principio porque se omitió la consideración individual de todos los argumentos y pruebas que eran determinantes, so pretexto de realizar una valoración conjunta de las pruebas.

El apoderado de HOLCIM también alega la violación del principio de imparcialidad por considerar que tanto el informe del Superintendente Delegado como la decisión recurrida están sesgados. En este sentido el recurrente afirma que aunque se dice que el informe del Delegado no vincula al Superintendente, *"parecería también, por la forma en que se analizan las pruebas y argumentos en la resolución impugnada, que la SIC considera que es su deber sancionar siempre y a toda costa a los investigados"*. Igualmente se manifiesta que la Superintendencia *"omitió referirse por completo a las pruebas y argumentos presentados por la defensa o se tergiversaron y descontextualizaron totalmente las pruebas, tomándolas en forma parcial, para leerlos solamente en contra de los investigados, [...]"*.

Al respecto, inicialmente es importante señalar que en el Decreto 2153 de 1992 se establece el procedimiento que debe seguir la Superintendencia para determinar si existe una infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, así como los funcionarios competentes para adelantar las etapas previstas en el mismo y tomar las decisiones correspondientes¹⁸.

De acuerdo con lo establecido en el citado decreto, corresponde al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia adelantar la investigación preliminar, ordenar cuando sea procedente la apertura de investigaciones, realizar la instrucción de

¹⁸ Ver artículo 4 numerales 10, 11, 12, 13, 15 y 16; artículo 11 numerales 1,2 y 3 y artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

la misma y presentar al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido infracción.

Por su parte, compete al Superintendente de Industria y Comercio decretar medidas cautelares, adoptar las decisiones que pongan fin a dichas investigaciones e impartir las órdenes correspondientes.

De acuerdo con la información que obra en el expediente se establece que en el presente caso se ha observado el procedimiento previsto en la ley y el principio de imparcialidad de los funcionarios de la Superintendencia, quienes han ejercido sus funciones de acuerdo con la competencia atribuida en la misma ley.

La existencia del informe motivado del Superintendente Delegado al Superintendente de Industria y Comercio en el que a partir del análisis conjunto de la evidencia probatoria que obra en el expediente, se manifieste la ocurrencia de una infracción, no implica la vulneración del principio de imparcialidad, sino el cumplimiento del procedimiento y funciones establecidas en la ley y no es vinculante para el Superintendente.

Así, no se vulneran los principios de imparcialidad de los funcionarios administrativos y de la separación entre el investigador y el fallador cuando el Superintendente de Industria y Comercio, al tomar la decisión final, una vez revisado el expediente y evaluadas tanto la evidencia aportada en la investigación como los descargos de los investigados se aparta del Informe Motivado, pues el Superintendente es autónomo e independiente para adoptar la decisión que pone fin a la investigación.

Es importante señalar que la garantía del principio de imparcialidad no se determina por el sentido de las decisiones, sino porque éstas correspondan a un análisis autónomo e independiente por parte del funcionario competente en cada caso.

En el presente caso, basta con revisar la resolución recurrida para establecer que este Despacho hizo una revisión objetiva y rigurosa de los hechos acreditados en el expediente y de las observaciones presentadas por los investigados y a partir de tal análisis adoptó de manera independiente la decisión que se revisa. Por lo tanto, no se puede afirmar que este Despacho, en desconocimiento del principio de imparcialidad, se haya limitado a reiterar y a defender a ultranza lo manifestado en el informe motivado, como lo afirma el apoderado de ARGOS en el recurso.

El pronunciamiento que en la resolución recurrida se realiza sobre las observaciones presentadas por las investigadas al citado informe no constituyen una "defensa a ultranza" del mismo, violatoria del principio de imparcialidad. Por el contrario, estos son aspectos que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 del C.C.A., el Superintendente de Industria y Comercio debe considerar al adoptar la decisión final.

Ahora bien, el Superintendente de Industria y Comercio al pronunciarse sobre la existencia de las conductas imputadas y con base en el acervo probatorio y las observaciones de los investigados al Informe Motivado, contrario a lo manifestado por los apoderados de ARGOS y HOLCIM, adoptó una decisión independiente. Tan es así que CEMEX, en el recurso manifestó que "En la resolución 00051694 de 2008 la SIC realizó un cambio de los argumentos principales para fundamentar un supuesto acuerdo de precios, además de generar nueva información respecto de los despachos de cemento Portland Gris tipo 1, para 29 departamentos del país y no 15, que constituyen cambios sustanciales respecto de los elementos principales del informe motivado del cual se dió traslado a los investigados, los

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

*cuales no pudieron, por tanto, ser controvertidos por los (sic) estos, violándose su derecho de defensa.*¹⁹ (Subrayas fuera de texto original)

Y añadió:

"Es así como la Resolución 51694, se basa en un estudio económico nuevo, respecto del cual los investigados no tuvieron oportunidad de conocerlo (sic) y controvertirlo previamente a la decisión final, como lo exige el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992."

Sobre el particular, este Despacho encuentra que los recurrentes realizan un inadecuado entendimiento del principio de imparcialidad y del derecho de defensa, toda vez que el informe del Superintendente Delegado no es una decisión definitiva, sino una actuación prevista en el procedimiento establecido en el Decreto 2153 de 1992. Por lo tanto, el Superintendente de Industria y Comercio, al adoptar la decisión final, en ejercicio de sus competencias legales y de su autonomía e imparcialidad, hace un análisis independiente de la evidencia que obra en el expediente y de las observaciones planteadas por los investigados, sin que ello constituya la violación de los principios indicados.

Tampoco, como erradamente indica el apoderado de CEMEX, un cambio en la valoración de las pruebas, que obran en el expediente, por parte del Superintendente respecto del entendimiento dado por el Superintendente Delegado puede ser considerado una violación del Decreto 2153 de 1992. De lo dispuesto en esta norma no puede extraerse que las conclusiones a las que haya llegado el Delegado deban ser acogidas por el Superintendente, precisamente tal procedimiento separa las funciones de instrucción, en cabeza del Delegado, de la decisión final, en cabeza del Superintendente, con el fin de que la valoración probatoria de este último corresponda a un análisis imparcial de la evidencia recaudada por el Despacho del Delegado.

Sobre este particular, resulta procedente citar lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-620/01, sobre la posibilidad que tiene el juez penal al dictar sentencia de modificar la calificación jurídica efectuada en la resolución de acusación sin que esta circunstancia se considere violatoria del derecho de defensa. Al respecto la Corte señaló:

"Se entiende que la resolución de acusación no es definitiva ya que el proceso penal no se agota en la etapa de instrucción, de modo que durante la etapa de juzgamiento el juez puede modificarla si, luego del análisis del acervo probatorio, encuentra que el delito establecido por el fiscal en la acusación no corresponde a la conducta realmente llevada a cabo por el procesado.¹ Es inadmisibles entender que la posibilidad de modificar la calificación jurídica vulnera el derecho de defensa, ya que sería absurdo sostener que su protección radica en la permanencia en el error o la omisión en que haya podido incurrir el fiscal al proferir dicha providencia. Adicionalmente, la provisionalidad de la calificación responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido proceso, toda vez que protege la presunción de inocencia, la cual sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria".

Lo manifestado por la Corte en el fallo citado sobre la no violación del derecho de defensa ni del debido proceso, aunque se refiere al procedimiento penal y no a una actuación administrativa y el informe motivado es de naturaleza diferente a la de una resolución de acusación, resulta pertinente como quiera que la Corte Constitucional ha

¹⁹ Ver folio 16 del cuaderno No. 39 del expediente.

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

señalado que los principios del derecho penal se aplican "*mutatis mutandis*" al derecho administrativo sancionador²⁰ y, en el presente caso, es con la decisión final adoptada por el Superintendente de Industria y Comercio que se efectúa el pronunciamiento sobre la existencia o no de la práctica restrictiva de la competencia y se impone la sanción correspondiente, si hay lugar a ello, toda vez que el procedimiento establecido en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, no se agota en la etapa de instrucción y ni la resolución de apertura de la investigación, ni el informe motivado constituyen actos definitivos.

El apoderado de ARGOS afirma que esta Superintendencia omitió considerar argumentos y evidencia que eran determinantes, "con el argumento de que las pruebas deben evaluarse en su conjunto" y que la "*sana crítica*" no puede ser excusa para ello. Sobre la supuesta omisión de valoración probatoria solamente afirma de manera general esta circunstancia, sin indicar las pruebas "determinantes" que a su juicio no fueron valoradas por el Despacho, ni la incidencia de esta presunta irregularidad en la decisión. Como se puede observar de la Resolución 21694 de 2008, en los términos del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas allegadas a la investigación se apreciaron en su totalidad de acuerdo con la regla de la sana crítica y de la evaluación conjunta de las mismas se pudo establecer la existencia de las conductas sancionadas.

Acerca de las características de sistema de la "*sana crítica*" la Corte Constitucional ha señalado:

"De conformidad con lo establecido en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, debiendo el juez exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada una de ellas.

"Es decir, que dicha norma consagra, como sistema de valoración de la prueba en materia civil, el de la sana crítica:

"Ese concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba.

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

"El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

*olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.*²¹

En general la sana crítica hace referencia al margen que tiene el fallador para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, lo que no implica que su decisión pueda carecer de fundamentos objetivos, ni corresponder a su mero capricho o arbitrio. Esa sana crítica ha de ejercerse mediante criterios objetivos, conforme a los postulados de la razón y las reglas de la experiencia y de la ciencia²².

La Superintendencia de Industria y Comercio, en aplicación del principio de la sana crítica en los términos expuestos por la Corte Constitucional, presentó de manera razonada el mérito asignado a las pruebas que obran en el expediente, considerando tanto las que acreditaban la existencia de las conductas imputadas, como las que excluían la responsabilidad de los investigados y con base en dicho análisis conjunto adoptó la decisión final correspondiente.

La decisión cuya revocatoria se pretende es el resultado de una investigación que culminó con un informe motivado que las investigadas conocieron y tuvieron la oportunidad de contradecir, en cuyo curso se obtuvieron múltiples pruebas respecto de las cuales también pudieron ejercer sus derechos.

Al contrario, en la decisión que se ataca se aprecia un cuidadoso y detallado análisis de las pruebas aportadas y practicadas dentro de la investigación: se hace un pormenorizado análisis de las pruebas que obran en el expediente y se exponen las razones por las cuales se valoran de una determinada forma; y se desvirtúan en forma razonada las explicaciones dadas por las investigadas.

Al sostener que en la apreciación probatoria se vulneró el principio de imparcialidad, lo único que se acredita es una mera discrepancia probatoria sin llegar a demostrar cómo el razonamiento de esta Superintendencia que no comparten los impugnantes viola máximas de la sana crítica y, por el contrario, lo que se plantea es una diferencia de puntos de vista, tanto en lo relativo a la forma como han debido apreciarse el material probatorio y los argumentos de las investigadas, como sobre el sentido lógico que debió darse a los mismos.

Finalmente, revisadas las referencias a "este Despacho", que según el apoderado de ARGOS en las hojas 83, 88 y 93 se utiliza para referirse indistintamente a la Delegatura y al Despacho del Superintendente, en ningún momento se está hablando en nombre de la Delegatura. En estos casos, precisamente preservando la imparcialidad del Superintendente de Industria y Comercio, se analizaron y evaluaron las observaciones presentadas frente a aspectos del informe motivado y se presentó la argumentación correspondiente. El hecho que no se consideren de recibo tales análisis hechos por los investigados y que con base en el acervo probatorio de la investigación se acoja lo manifestado en el informe motivado, no implica desconocimiento o vulneración al principio de imparcialidad.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-202 de 2005. REF.: Expediente D-5336. Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 216 (parcial) del Código de Procedimiento Civil (Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970). Bogotá, D. C., 8 de marzo de 2005.

²² Corte Constitucional, sentencias SU-159-02 M.P. Manuel José Cepeda y T-639-06 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

En síntesis respecto de la presunta vulneración del principio de imparcialidad, para la Superintendencia los argumentos planteados al respecto no resultan suficientes pues como se ha demostrado, la actuación del Superintendente se ajustó tanto a lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992 y en el Código Contencioso Administrativo, como a las reglas de la sana crítica, de manera que se realizó dentro de los límites que la ley le impone.

4.1.10. Sobre la supuesta alusión genérica a los argumentos de "los investigados" y falta de valoración probatoria individualizada: CEMEX

El apoderado de CEMEX afirma que esta Superintendencia omitió analizar debidamente los argumentos planteados por sus representados, pues *"Prefirió, en cambio, en la mayor parte de la providencia, hacer alusión genérica a los argumentos de 'los investigados', desechando, por fuerza de esta imputación genérica sin fundamento, las explicaciones y argumentos de mis representados"*.

Se refiere a los numerales 7.1.2.2. y 7.1.2.8. de la decisión recurrida en la que según el apoderado de CEMEX, se le indilgan argumentos que éste no señaló como la existencia de un comportamiento típico de un mercado oligopólico y la divulgación de información en los medios de comunicación respectivamente.

En el caso del numeral 7.1.2.2., este Despacho analizó precisamente el trabajo de Rotemberg y Saloner (1986) cuyo estudio invitó a abordar, entre otros, el apoderado de CEMEX en las observaciones al informe motivado al afirmar *"Esta relación entre estas variables confirma la teoría expuesta de Rotemberg y Saloner sobre el efecto de los cambios en la demanda sobre la determinación del precio, explicando el comportamiento reciente de los precios, cuando se observaron precios bajos en momentos de altísima demanda"*.

En el numeral 7.1.2.8., esta Superintendencia abordó el tema del impacto en los medios de comunicación y utilizó el término en plural, *"las investigadas"* pues las empresas investigadas plantearon esta circunstancia en su defensa. En el caso de CEMEX no obstante lo afirmado por el apoderado se observa que en la solicitud y aporte de pruebas anexó en 27 folios copias de noticias de prensa del mes de agosto de 2005.

Adicionalmente, es necesario señalar que esta entidad analizó objetivamente los argumentos planteados por cada uno de los investigados y les dio respuesta tal y como lo exige el artículo 35 del C.C.A. y si en ocasiones se refirió de manera general a los argumentos planteados por *"los investigados"* o *"las investigadas"*, lo hizo porque los mismos fueron esgrimidos por más de uno de ellos y en consecuencia, gramaticalmente se impone el uso del plural.

Tampoco se omitió el análisis de las pruebas ni se supuso su existencia ni se tergiversó o distorsionó su contenido y fue mediante el análisis conjunto la evidencia que obra en el expediente que se llegó a la decisión que se reprocha.

Así mismo debe tenerse en cuenta que no obstante la individualización de la responsabilidad y de la participación de cada empresa en el presente caso las conductas investigadas requerían necesariamente para su tipificación la participación de más de una de ellas.

Posteriormente el apoderado de CEMEX afirmó:

"Es que, como lo ha expuesto la Corte Constitucional, los procesados deben contar con una real y efectiva oportunidad de hacer valer sus razones durante la investigación y el

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

juicio, lo cual no se da cuando, como en este caso, la administración omite analizar y resolver los asuntos que fueron planteados por el investigado en la oportunidad prevista en la ley para el efecto, pues en tal caso la etapa de pruebas y la respuesta al Informe Motivado, dejan de tener sentido y se convierten en una mera ritualidad que no cumple su finalidad real y efectiva.

[...]

Por lo demás, las pruebas en que se apoyó la SIC, resultan pruebas impertinentes e inconducentes, por las razones señaladas.

En efecto, la Resolución ahora recurrida, tiene bases erradas de tal magnitud que se encuentra soportada sobre pruebas que no fueron consideradas y evaluadas en su conjunto, lo cual llevó erradamente al Despacho a conclusiones contrarias a lo dispuesto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil".

No puede pronunciarse este Despacho frente a esta imputación genérica del apoderado de CEMEX sobre aquello que no se tuvo en cuenta, pues no se especifica de manera particular a qué argumentos o pruebas se refiere y apenas se limita a exponer un criterio personal y genérico sobre la apreciación de los mismos. Tampoco, indicó de manera precisa el apoderado cuáles fueron las pruebas que no se apreciaron en conjunto y habrían llevado a esta entidad a un "error de derecho".

4.2. SOBRE EL MERCADO RELEVANTE

4.2.1. En cuanto al mercado relevante geográfico

Manifiestan los apoderados de ARGOS y HOLCIM que la SIC obró contra sus propios actos con lo cual quebrantó una vez más el principio de confianza legítima, por cuanto en la Resolución 13544 de 2006, mediante la cual se aprobó la integración entre ARGOS y ANDINO, se definió de manera expresa el mercado relevante del cemento como un mercado regional y en la resolución recurrida se afirma que el ámbito de este mismo mercado es nacional, razón por la cual se alega falta de coherencia de esta Entidad en la definición de mercado relevante.

Inicialmente debe señalarse que la definición del mercado relevante contenida en la resolución recurrida, está soportada en la evidencia que obra en el expediente, de acuerdo con la cual se logró establecer que el ámbito geográfico del mismo corresponde al territorio nacional.

En el presente caso está acreditado que a pesar del impacto de los costos de transporte, las plantas abastecen este producto a todo el territorio nacional y que empresas con una sola planta, como es el caso de HOLCIM, realiza despachos a todo el país.

En efecto, como se presentó en la tabla 7 de la resolución recurrida, durante el año 2005, se observó alta frecuencia de colocación de cemento gris Portland tipo 1 en regiones distantes a la zona en la que se encuentra ubicada cada una de las plantas de cemento y al menos una de las plantas de las empresas investigadas abasteció a departamentos diferentes al de su ubicación durante al menos 9 de 12 meses, indicando de esta manera, la interrelación existente entre los segmentos de mercado en el territorio nacional a la hora de establecer el ámbito geográfico del mercado. Lo anterior, a su vez es ratificado, cuando se mira la proporción de producción total que

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

cada empresa cementera aportó a cada departamento durante el período de investigación. El siguiente cuadro ilustra esta situación.

CUADRO 3
DISTRIBUCIÓN DEL DESTINO DE LA PRODUCCIÓN GENERADA POR CADA
UNA DE LAS EMPRESAS CEMENTERAS INVESTIGADAS AÑO 2005²³

DEPTO DE DESTINO	ANDINO	ARGOS	CEMEX	HOLCIM
Norte de Santander	1,6%	1,7%	3,7%	2,2%
Santander	14,1%	2,2%	10,5%	7,3%
Cesar	0,7%	3,1%	1,5%	0,8%
Bolívar	1,0%	6,5%	1,2%	0,8%
Atlántico	0,5%	6,6%	0,8%	0,5%
Guajira	0,0%	1,8%	0,4%	0,0%
Magdalena	0,4%	3,1%	0,7%	0,2%
Córdoba	0,7%	5,6%	1,2%	0,1%
Sucre	0,7%	2,1%	0,3%	0,0%
San Andrés	0,0%	0,3%	0,0%	0,0%
Bogotá	17,5%	5,6%	19,6%	27,1%
Cundinamarca	15,4%	3,1%	7,2%	7,5%
Meta	3,1%	2,2%	3,1%	7,2%
Tolima	3,0%	1,5%	5,7%	3,3%
Boyacá	5,8%	2,8%	1,0%	14,0%
Casanare	0,0%	1,6%	0,6%	8,0%
Huila	8,3%	1,3%	6,4%	1,6%
Caquetá	0,4%	0,0%	2,0%	0,0%
Arauca	0,2%	0,0%	1,0%	1,5%
Guaviare	0,0%	0,0%	0,0%	0,1%
Antioquia	6,9%	19,5%	10,5%	8,2%
Chocó	0,0%	0,9%	0,3%	0,0%
Caldas	0,7%	3,2%	1,3%	0,9%
Valle	10,7%	15,5%	8,8%	3,2%
Risaralda	4,0%	1,3%	4,4%	3,3%
Quindío	0,6%	1,0%	2,1%	1,7%
Cauca	1,3%	3,3%	1,3%	0,3%
Nariño	1,0%	4,1%	3,3%	0,0%
Putumayo	1,4%	0,0%	0,9%	0,1%
TOTAL	100%	100%	100%	100%

Como se muestra en el cuadro anterior, las empresas investigadas vendieron volúmenes importantes de su producción en las diferentes zonas del país, llevando así a tomar necesariamente un marco de referencia nacional a la hora de tipificar la práctica restrictiva de la competencia que fue reprochada en la Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008.

Lo anterior, desvirtúa los argumentos planteados por los apoderados de ARGOS y HOLCIM en los que justifican la adopción de un mercado regional dada la supuesta baja frecuencia y representatividad de los envíos que se realizan entre territorios distantes, los altos costos de transporte de Cemento Gris Portland Tipo 1 y las diferencias de precios entre regiones.

Por último, debe señalarse que no puede considerarse vulnerado por esta Entidad el principio de confianza legítima por desconocimiento de sus propios actos, cuando dentro de una actuación administrativa de carácter sancionatorio y con base en la evidencia legalmente recaudada se establece que el ámbito del mercado relevante del cemento Gris Portland tipo 1 es nacional y no regional como se había señalado al estudiar una operación de integración, toda vez que esta última actuación se surte bajo un procedimiento distinto que comporta análisis y decisiones sustancialmente

²³ Fuente: información suministrada por ANDINO y el ICPC (Cuadernos 10, folio 397 y 21 folio306). Cálculos SIC.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

diferentes. Adicionalmente, en el caso particular citado en el recurso, el pronunciamiento sobre la integración fue posterior a la realización de las conductas sancionadas, por lo cual mal podría hablarse de que durante el período investigado se había generado confianza en una decisión que para esa época aún no se había expedido.

Al respecto, debe resaltarse que la finalidad buscada al evaluarse una integración es establecer los efectos potenciales que a futuro la operación notificada podría generar en la competencia. Ahora bien, el caso en comento se refirió al pronunciamiento de esta Entidad efectuado en el año 2006 sobre la integración entre ARGOS y ANDINO, decisión cuyo análisis hizo énfasis en las regiones en las que tales empresas participaban y suministraban cemento y concreto. En este sentido, las conclusiones sobre el alcance geográfico del mercado relevante a las que se llegó en la resolución recurrida, en ningún momento afectan o desconocen la decisión adoptada en relación con la operación de integración.

En la presente actuación con base en el análisis conjunto del acervo probatorio, esta Superintendencia encontró evidencia suficiente para establecer que el mercado de cemento Gris Portland tipo I es de carácter nacional y no regional, tal como quedó expuesto en la resolución recurrida y se confirma en esta providencia.

4.2.1.1. Sobre el Test de Elzinga y Hogarty

Manifiesta esta Superintendencia en la Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008 que el test de Elzinga – Hogarty constituye tan solo un punto de partida para realizar un análisis de determinación de mercado relevante geográfico, pero no es concluyente por limitaciones en su especificación misma, ya que no toma en cuenta ninguna variable diferente a las participaciones de colocación de las empresas analizadas. Teóricamente el test considera que se encuentra correctamente definido el mercado geográfico, si máximo una proporción del 10% del producto elaborado en una zona es exportado "Little out from Inside" (LOFI), y si una proporción inferior al 10% del producto elaborado fuera de la zona es importado "Little in from outside" (LIFO)²⁴.

Este Despacho revisó el argumento presentado por el apoderado de HOLCIM según el cual el mercado relevante geográfico es regional. Para tal efecto, se tuvo en cuenta la reconsideración efectuada por Kenneth G. Elzinga and Thomas F. Hogarty, en 1978 a su artículo "The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits" publicado en 1973. En el análisis efectuado en la resolución recurrida se precisan umbrales no del 75 y 25% como los apoderados de ARGOS y HOLCIM proponen al hacer su análisis LIFO y LOFI, sino valores del 90% y 10% siendo consistentes con la reconsideración de Elzinga y Hogarty mencionada, en la cual se afirma que: "Nuestro artículo original enfatizó el uso del 75 por ciento como el punto de corte al aplicar el test LOFI-LIFO por cuanto en su momento estábamos preocupados que nuestro procedimiento no estuviese sesgado hacia la existencia de grandes mercados geográficos. No obstante, experiencia reciente indica que 90 por ciento puede ser un punto de corte más apropiado"²⁵.

²⁴ Elzinga y Hogarty, 1978. The problem of Geographic market delineation revisited: the case of coal. Antitrust Bulletin Vol. 23 No. 1 pg.2

²⁵ Elzinga y Hogarty, 1978. The problem of Geographic market delineation revisited: the case of coal. Antitrust Bulletin Vol. 23 No. 1 pg.2.

"Our original article emphasized use of 75 percent as the cutoff criterion in applying the LOFI-LIFO tests because at the time we were concerned that our procedure not be biased toward implying the existence of large geographic markets. However, recent experience indicates that 90 percent may be the more appropriate cutoff".

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

De acuerdo con la información que obra en el expediente, se observa que durante los años 2004 y 2005 se presentaron frecuentemente despachos superiores al 10% a sitios fuera de la región de ubicación de las plantas. En cuanto a las diferencias de precios entre regiones, proponen los apoderados de HOLCIM y ARGOS que dichas diferencias determinan un mercado regional del cemento Gris Portland tipo 1. En esta dirección, el apoderado de ARGOS afirma que esta Superintendencia ignora *"que una de las variables más importantes para identificar un mercado, es la dinámica propia del comportamiento de los precios a nivel geográfico."*²⁶ Frente al tema, en ningún momento se ignora la importancia del precio en la definición del mercado de cemento Gris Portland tipo 1, más aún, este Despacho hace un estudio en el cual relaciona tanto los precios de las diferentes áreas como los volúmenes de producción y colocación de cemento gris dentro y fuera de dichas áreas. A partir de este análisis concluye, que circunscribir el estudio a un análisis regional, implicaría perder información valiosa acerca de la interacción presente entre cada una de las zonas a la hora de analizar los determinantes de competencia en la industria de cemento gris en Colombia.

En relación con este mismo argumento, el apoderado de ARGOS es enfático en sostener que las conclusiones a las cuales llega esta entidad son incongruentes con sus anteriores pronunciamientos, en los que ha definido el mercado relevante como *"... [E]l área geográfica en la cual las partes involucradas ofrecen y demandan sus productos o servicios, y en la cual las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas y pueden distinguirse de áreas vecinas porque las condiciones de competencia son apreciablemente distintas en esas áreas"*.

De esta afirmación el apoderado de ARGOS concluye que dado que un factor determinante en las condiciones de competencia es precisamente el precio y este no es homogéneo entre zonas, entonces no puede realizarse el análisis basado en la existencia de un mercado nacional.

Al respecto, el Despacho aclara que si bien de manera general la definición de mercado relevante corresponde al concepto citado por el recurrente, no existe evidencia en el expediente que permita inferir cuáles serían las heterogeneidades de mercado que abriesen paso a establecer mercados regionales a lo largo del territorio nacional. Que el precio resulte ser diferente entre regiones no es condición ni suficiente ni necesaria para pensar en que deba realizarse un análisis de ellas de forma independiente, desconociendo la naturaleza del mercado nacional definido a partir de las pruebas que obran en el expediente de la presente investigación.

Por tal razón, no es posible deducir que el mercado relevante es regional por el sólo hecho de tener precios diferentes en las regiones, sino que en la definición del mismo deben considerarse los demás elementos que obran en la investigación, como lo es la evidencia de despachos desde una misma planta a regiones de todo el territorio nacional.

4.2.1.2. Los costos de transporte

Frente a los costos de transporte, el apoderado de ARGOS propone que para la Superintendencia los mismos no son un factor que determina el área de influencia de cada empresa cementera. De la lectura de la Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008, se desprende que por el contrario, la Superintendencia reconoce que estos

²⁶ Recurso de reposición de ARGOS en contra de la Resolución 51694 de 2008 pág. 24.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

costos y otros como los asociados a cada planta de producción diferencian el proceso productivo en cada una de las plantas, tal como se señala en el fragmento citado a continuación:

"La aparición de precios diferentes por departamento o por regiones es el resultado de la necesidad de asumir diferentes costos, no solo de transporte sino los asociados a cada planta de producción, lo cual no significa que el mercado sea regional. En el caso de HOLCIM, la empresa solo tiene una planta de producción y sus costos de transporte varían en la medida en que abastece en forma permanente departamentos ubicados a considerable distancia de dicha planta."²⁷

Es más, en una decisión de la Comisión de la Unión Europea citada por el apoderado reconoce que "...ha de tenerse presente que una desventaja desde el punto de vista del transporte puede compensarse con una ventaja comparativa en otros costes (costes laborales o de materias primas)". Este es precisamente el caso de HOLCIM, empresa que pudo de manera permanente abastecer el mercado nacional, incluido el de regiones alejadas de su supuesta área de influencia debido a una mejor estructura de costos totales de producción, en relación con sus competidores, dentro de los cuales se incluyen los costos laborales y los de materias primas.

En segundo lugar, el apoderado de HOLCIM insiste en que uno de los principales argumentos para afirmar que el mercado analizado es de índole regional es la aplicación que éste realiza del test de Elzinga y Hogarty para el tema específico de HOLCIM en la industria de cemento en Colombia. En su análisis el apoderado concluye que una vez considerados los departamentos de Santander, Cundinamarca, Meta, Tolima, Boyacá, Casanare, Arauca, Risaralda y Quindío como mercado relevante, el 90% de lo que se demanda en la región es provisto por empresas cuyas plantas están ubicadas en la misma región y que el 76% de lo que se produce en ella es consumido justamente en dicha zona.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, un 24% de lo que se produce en la región no es consumido allí, lo cual contradice la metodología revisada hace ya años por Elzinga y Hogarty en la medida en que se supera el umbral límite admisible del 10%, contemplado por los autores, si se quisiera especificar un mercado regional.

Adicionalmente, es importante señalar que el apoderado de HOLCIM en la información utilizada para calcular los indicadores LIFO y LOFI no incluyó departamentos con importantes volúmenes de producción de cemento, como por ejemplo Antioquia y Valle, cuya información es indispensable para la adecuada caracterización del mercado. En efecto, para el caso de Antioquia, cerca del 12,3% de la producción total de HOLCIM fue despachada a ese departamento durante los meses investigados y a su vez de esta región ARGOS abasteció una proporción importante del cemento consumido en los departamentos del norte de Colombia. Al incorporar en el análisis a este departamento, la utilización de esta metodología calificaría al mercado de cemento como de orden nacional y no regional como lo sugiere el apoderado.

4.2.2. Sobre la ausencia de barreras a la entrada en la comercialización de cemento Gris Portland tipo 1 de los mayoristas propuesta por ARGOS

El apoderado de ARGOS comparte la apreciación de esta Entidad sobre la existencia de economías de escala y grandes requerimientos de capital como barreras de entrada

²⁷ Página 61 de la Resolución 51694 de 2008.

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

en el mercado de cemento Portland Gris tipo I. Sin embargo considera que la Superintendencia en el análisis realizado valoró erróneamente la información relacionada con la dificultad para establecer redes de distribución y con la capacidad ociosa de ARGOS y argumenta que no es cierto que existan barreras de entrada en razón a restricciones para la distribución mayorista y a la existencia de exceso de capacidad instalada

Con respecto a la supuesta ausencia de restricciones para acceder a redes de distribución mayorista de la industria cementera en Colombia, es importante señalar que no es cierto que esta Entidad a partir de evidencia que obra en el expediente haya deducido o afirmado que ARGOS exige exclusividad a sus distribuidores. Lo que se encuentra acreditado y así se expresó en la Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008, fue la dificultad que representa para las nuevas firmas el establecer o acceder a una red de distribución, toda vez que en Colombia las empresas cementeras comercializan la mayoría de su producción a través de esquemas de distribución que gozan de especiales características, entre ellas la fidelidad de marca y para integrarla deben cumplirse particulares requisitos.

Como se señaló en la decisión recurrida esta circunstancia es reconocida en el estudio de Fedesarrollo, en los documentos que obran en el expediente, así como en declaraciones de funcionarios de las mismas empresas investigadas²⁸.

En relación con la capacidad ociosa, ARGOS manifiesta que *"De acuerdo con la tabla N° 9 de la Resolución, se establece que Argos registró un promedio de 9% de capacidad disponible para 2005, índice bastante bajo para los estándares de operación de una empresa manufacturera"*, y agrega que *"La información utilizada por la SIC muestra que, en lo que se refiere a utilización de capacidad instalada, se presentan drásticas diferencias con las otras cementeras. Así por ejemplo, Cemex cuenta con una capacidad remanente promedio de 43%, mientras la de Holcim es de 30%, lo que sumado a la existencia de economías de escala puede traducirse en estructuras de costos y rentabilidad muy disímiles"*²⁹.

De otro lado, es importante aclarar que si bien ARGOS no tiene altos niveles de capacidad instalada ociosa, el análisis efectuado en la resolución se refirió a la alta capacidad instalada ociosa de la industria evidenciada en la investigación. Por tanto, la existencia de un bajo porcentaje en las plantas de Argos no desvirtúa el exceso de capacidad que se presenta en las otras empresas, incluida ANDINO. En todo caso ello no constituyó más que un análisis de las condiciones generales de la industria y no fue un elemento considerado como un indicio de un acuerdo de precios entre los productores, como erróneamente lo señaló ARGOS en la respuesta al Informe Motivado y ahora lo reitera en el presente recurso.

En el numeral 7.1.2.5 de la Resolución 051694 de 2008, esta Superintendencia expresó: *"Adicionalmente, el Despacho no encontró que las empresas cementeras hubieran llegado al tope de su capacidad productiva, toda vez que la capacidad total de producción de todos los tipos de cemento en el país en el año 2004 era aproximadamente de 12.300.000 toneladas y la producción fue de aproximadamente 7.670.000 toneladas. Por lo tanto, la capacidad ociosa fue de 4.630.000 toneladas, es decir, del 37,6% del total de la capacidad de*

²⁸ Política comercial de ARGOS. Folios 287 a 290 del cuaderno No. 25 del expediente. Política Comercial de HOLCIM. Anexo 15 y Anexo 23. Respuesta al requerimiento de información. Folio 909 del cuaderno No. 13 del expediente. Declaración del Director Comercial de HOLCIM (respuesta a pregunta No.15) folio 815 del cuaderno No. 15.

²⁹ Recurso de reposición de ARGOS contra de la Resolución 051694 de 2008, página 28.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

producción. En relación con el año 2005 la producción de todos los tipos de cemento aumentó en un 15,8%, esto es, a 8.885.000 toneladas, reduciéndose al 27,8% la capacidad ociosa.

4.3. SOBRE EL ACUERDO DE PRECIOS EN LA MODALIDAD DE PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA

4.3.1. Sobre la falta de coincidencia entre la información presentada por la Superintendencia y la aportada por ARGOS

El apoderado de ARGOS afirma que la información presentada por la Superintendencia no coincide con las cifras aportadas por ARGOS. Dice el apoderado de ARGOS: *"Es preciso advertir que la información presentada por la SIC no coincide con los datos de mercado y con las cifras que aportó ARGOS a la investigación, y por consiguiente las conclusiones de la autoridad, en relación con este punto no son correctas".*

Al respecto es importante precisar que los datos a partir de los cuales esta entidad elaboró todo su análisis han sido extraídos de las pruebas que obran en el expediente. Para el caso de ARGOS, el precio utilizado en el análisis para determinar el paralelismo de precios, fue tomado de la información suministrada directamente por dicha empresa y que obra a folio 467 del cuaderno 18 como se indicó en los pies de página 43 a 45 de la resolución recurrida y correspondió al denominado *"precio base"* o *"PVP"* (precio de venta al público).

Al respecto se reitera que del análisis conjunto del acervo probatorio se pudo constatar que en el mercado nacional las empresas investigadas determinan unos *"precios base"* a partir de los cuales se construyen los precios de los diferentes eslabones de la cadena de producción y comercialización y precisamente esta información permitió identificar más claramente el paralelismo de precios.

Ahora bien, está acreditado que todas las empresas transmitían este precio base y los parámetros de descuentos a su fuerza de ventas y que era a partir de esta información que se definían los precios a toda su red de distribución.

4.3.2. El concepto de paralelismo consciente aplicado en el presente caso

El apoderado de HOLCIM cuestiona la definición de paralelismo expuesta en la resolución recurrida, considera que *"constituye una significativa variación respecto del concepto contenido en las decisiones previas de la entidad. Adicionalmente, como se explicará en este acápite, el concepto de "paralelismo" expuesto en la Resolución No. 51694 de 2008 es equívoco y se aparta de toda racionalidad económica."*

Así indica el apoderado que en la Resolución 7951 de 2002 la definición de paralelismo está expresada en los siguientes términos:

*"El paralelismo implica de por sí, que las conductas desplegadas por varios agentes presenten identidad o un nivel de aproximación sorprendente e inexplicable en condiciones de mercado. Siendo más gráficos, podríamos decir que esta situación tiene lugar, cuando quiera que el obrar de varios actores económicos se presente en líneas, cuya superposición se revela casi perfecta."*³⁰

³⁰ Página 6, Resolución 7951 de 2002.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

En cuanto al acto consciente, la resolución plantea que:

"Se entiende por consciente, que se siente, piensa, quiere obra con cabal conocimiento y plena posición de sí mismo."³¹

Esta definición está basada en un concepto previo de la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 36903 de 2001, donde se afirma que:

"El paralelismo implica de por sí que las conductas desplegadas por varios agentes presentan similitud o identidad; para ser más gráficos, que se mantienen en una misma línea cuya superposición resulta casi perfecta, lo que permite colegir una sincronización de comportamientos.

De esta forma es preciso tener en cuenta que para que se dé una práctica conscientemente paralela se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por los otros competidores y, en segundo lugar que se decidan a seguirlas o a hacer que se imiten o se sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía de actuar. Por tanto para que la modalidad de acuerdo que se analiza tenga ocurrencia, es necesario que concurren en forma simultánea los elementos antes descritos, de tal suerte que la ausencia de cualquiera de ellos impide la configuración de la práctica conscientemente paralela."³²

En todos los casos se observa que la definición de paralelismo consignada en la Resolución 51694 de 2008 no se aparta del marco de referencia que inicialmente la misma Superintendencia de Industria y Comercio había utilizado para referirse a ese término. En la Resolución 07951 de 2002 citada por el apoderado de HOLCIM³³ y en la Resolución 36903 de 2001 que es fuente citada en la Resolución anterior, a lo que se hace referencia es al concepto de identidad y aproximación sorprendente en las conductas de las firmas para esos casos en concreto, lo cual no implica que los valores de las variables observadas siempre tiendan a ser iguales entre sí³⁴. Por el contrario, el concepto referido sobre las conductas de los agentes implica precisamente que tal similitud en el comportamiento logre reflejarse en la evolución de las variables analizadas, en donde se puedan apreciar tendencias y variaciones coordinadas y armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos tal como se presentó en el periodo investigado en los precios base del cemento Gris Portland tipo I y se observa en las gráficas incluidas en la Resolución 51694 de 2008.

4.3.3. Los precios de venta de cemento Gris Portland tipo 1 de HOLCIM no son idénticos a los de los demás investigados y su movimientos tampoco coinciden"

HOLCIM llama de nuevo la atención sobre el acceso a la información reservada para el caso específico de los precios de ARGOS, CEMEX y ANDINO. Como ya se indicó en el numeral 4.1.3 y como el mismo apoderado lo acepta, y está acreditado en el

³¹ Página 6, Resolución 7951 de 2002.

³² Página. 15 Resolución 36903 de 2001.

³³ Recurso de reposición contra la Resolución 51694 de 2008 apoderado de HOLCIM. Pág. 65.

³⁴ El análisis de tales resoluciones hace referencia no sólo al paralelismo sino a la identidad, en la medida que los valores observados en los dos casos concretos son iguales. Sin embargo, se hace énfasis en dos elementos adicionales; la necesidad de la tendencia en el paralelismo y el elemento consciente, ampliamente probados en la resolución recurrida.

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

expediente, desde el término de traslado del informe motivado HOLCIM, a través de su apoderado y los dependientes del mismo han tenido acceso a la totalidad del expediente y al suministro de copia de dicha información. De hecho con el fin de garantizar su derecho de defensa y contradicción el término de traslado del informe inicialmente concedido fue prorrogado en dos oportunidades.

De otro lado, el apoderado de HOLCIM resalta la inexistencia de identidad perfecta entre los precios de cemento Gris Portland tipo 1 de HOLCIM y los precios que sobre el mismo producto fijan el resto de empresas investigadas.

De acuerdo con la Resolución 51694 de 2008, la noción de paralelismo es definida de la siguiente forma:

"El paralelismo hace alusión a situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en los cuales se compete (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos."³⁵

Claramente para esta Superintendencia no es una condición necesaria para hablar de paralelismo de precios contar con una estructura de igualdad de precios. Como tampoco se ha imputado el cargo basado en la existencia de identidad en el nivel de precios de venta de cemento Gris Portland tipo 1.

Por el contrario, de acuerdo con esta definición, contar con precios disímiles no niega la presencia de un paralelismo, si existe una coincidencia en las tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo, lo cual *"puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman"*³⁶. Tal es el caso de lo observado con los precios de referencia fijados para cada una de las regiones del país por parte de las empresas investigadas, tal como se documenta claramente en la Resolución.

La Superintendencia no limita el concepto de paralelismo consciente a la identidad en los niveles de las variables analizadas, sino a la identidad del comportamiento de dichas variables reflejadas en términos de crecimientos y tendencias, lo que, junto con el elemento consciente, configura la conducta reprochada.

A su vez, luego de una extensa exposición del comportamiento de los precios de venta del cemento Gris Portland Tipo 1 de HOLCIM y las demás empresas investigadas para Bogotá y algunos departamentos, el apoderado insiste en que *"la Resolución No. 51694 de 2008 guarda silencio o hace caso omiso a dicha medición."*

Resulta importante señalar que el análisis propuesto por el recurrente se fundamenta y refiere a la información utilizada en el informe motivado la cual consideró precios distintos a los base o de venta al público utilizados en la resolución recurrida. En efecto, el precio que utiliza el apoderado de HOLCIM en su análisis, corresponde al precio de venta a los distribuidores mayoristas y no al precio base o de referencia que se presentó en resolución. Es importante reiterar que, en la resolución recurrida se

³⁵ Resolución 51694 de 2008, pág. 70.

³⁶ Resolución 51694 de 2008, pág. 70

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

consideraron los precios base o de referencia, toda vez que de la evidencia recaudada se estableció que a partir de los mismos las empresas realmente determinaban los precios del mercado y, que era sobre ellos sobre los cuales se aplicaban los descuentos a sus diferentes canales de distribución, y las políticas y decisión de las empresas en esta materia. Como se indicó en la resolución recurrida, a partir de las comunicaciones enviadas a sus áreas comerciales, se pudo establecer cómo todas las empresas sancionadas determinan los precios finales de cada transacción a partir de dichos precios base.

Así la conclusión a la que llega HOLCIM entorno a la ausencia de paralelismo no resulta de recibo.

4.3.4. La exclusión de paralelismo por la variación del precio de los productores de cemento a través del tiempo.

Para rebatir la postura de la Superintendencia el apoderado de HOLCIM construye una serie de coeficientes de variación desde al año 2000 al año 2006, los cuales son crecientes con lo que pretende medir el grado de dispersión de los precios determinados por las empresas y con ello desvirtuar el paralelismo de precios.

Para esta Superintendencia el cálculo del "índice" sugerido por el apoderado de HOLCIM para refutar el cargo de paralelismo consciente de precios, no es considerado admisible puesto que no se especifica cuál es la metodología utilizada para llegar a los resultados aportados en las páginas 100 a 111 del recurso mencionado.

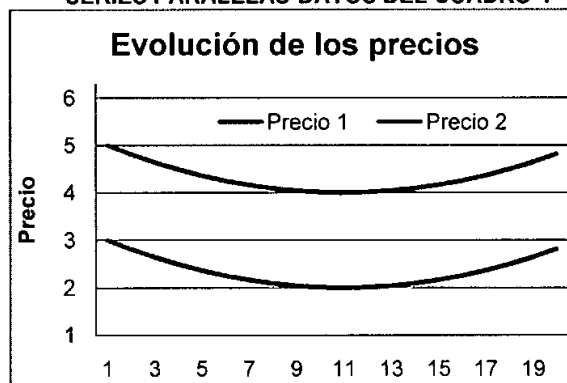
En relación con la definición de un coeficiente de variación no existe por parte de esta Superintendencia ningún reproche; sin embargo, partiendo de que la información disponible es un panel (información longitudinal y transversal simultáneamente), calcular un índice de dispersión entre empresas y a través del tiempo de forma simultánea con base en esta clase de información, genera lecturas incorrectas acerca del indicador obtenido. Así el apoderado como resultado obtendrá una medición de la volatilidad y no del paralelismo en los precios.

En gracia discusión y con el ánimo de aclarar la confusión del apoderado, procedemos a explicar por qué es incorrecto concluir que todo comportamiento paralelo entre variables implica coeficientes de variación nulos. Para ilustrar el punto se presenta el siguiente ejemplo: Suponga que existen dos empresas las cuales reportan los siguientes precios de mercado:

CUADRO 4

Tiempo	Precio 1	Precio 2
1	5	3
2	4,81	2,81
3	4,64	2,64
4	4,49	2,49
5	4,36	2,36
6	4,25	2,25
7	4,16	2,16
8	4,09	2,09
9	4,04	2,04
10	4,01	2,01
11	4	2
12	4,01	2,01
13	4,04	2,04
14	4,09	2,09
15	4,16	2,16
16	4,25	2,25
17	4,36	2,36
18	4,49	2,49
19	4,64	2,64
20	4,81	2,81

GRAFICO 1
SERIES PARALELAS-DATOS DEL CUADRO 4



2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

De estos datos, siguiendo lo propuesto por el apoderado de ARGOS, se construyó el coeficiente de variación en cada período, definido de la siguiente forma:

$$CV = \text{Desviación Estándar período } i / \text{Promedio período } i$$

CUADRO 5
ESTIMACIÓN DEL COEFICIENTE DE VARIACIÓN
DE DOS SERIES PARALELAS

Tiempo	Precio 1
1	35,4%
2	37,1%
3	38,9%
4	40,5%
5	42,1%
6	43,5%
7	44,8%
8	45,8%
9	46,5%
10	47,0%
11	47,1%
12	47,0%
13	46,5%
14	45,8%
15	44,8%
16	43,5%
17	42,1%
18	40,5%
19	38,9%
20	37,1%

De esta forma se demuestra que aún cuando el gráfico es contundente en ilustrar un comportamiento paralelo, el coeficiente de variación es significativamente distinto de cero para todos los períodos y en tal virtud resulta inapropiado el método utilizado por el apoderado de HOLCIM para mostrar la ausencia de paralelismo.

Adicionalmente se realiza el siguiente ejercicio. Para el efecto se construyeron dos escenarios de simulación. En el primero, las series resultan tener movimientos coordinados y armónicos propios a la definición de paralelismo invocada en la Resolución 51694 de 2008, mientras que en el segundo escenario las series siguen comportamientos muy distintos entre sí. Los siguientes gráficos permiten ilustrar tales comportamientos:

GRAFICO 2
SERIES CON TENDENCIAS PARALELAS

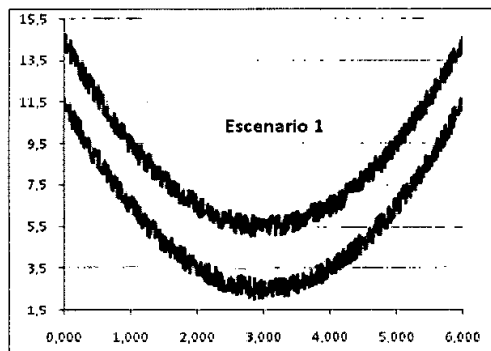
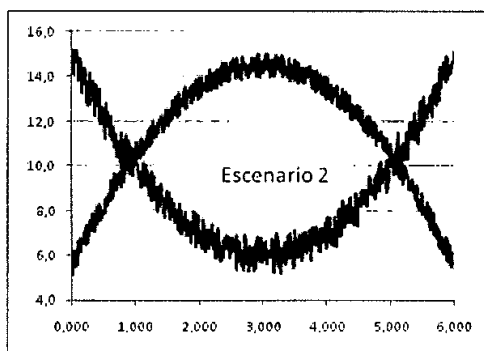


GRAFICO 3
SERIES CON TENDENCIAS NO PARALELAS



Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Como es evidente a partir de los gráficos, las tendencias de cada una de las series observadas en el gráfico 2 obedecen a comportamientos armónicos a través del tiempo, mientras que en el gráfico 3 tal afirmación no puede ser soportada. De esta manera, y de acuerdo a los argumentos presentados por ambos apoderados, sería natural identificar coeficientes de variación menores asociados a los datos generadores del gráfico izquierdo frente al mismo coeficiente asociado a los datos del gráfico derecho.

Sin embargo, los resultados resultan ser completamente contrarios, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO 6
RESULTADOS TENDENCIAS PARALELAS Y NO PARALELAS

Escenario 1: Tendencias Paralelas			
	Serie 1	Serie 2	Agregada
Promedio	8,514	5,488	7,001
Desv. Est	2,690	2,701	3,090
Coef. Var.	0,316	0,492	0,441

Escenario 2: Tendencias No Paralelas			
	Serie 1	Serie 2	Agregada
Promedio	9,015	11,482	10,248
Desv. Est	2,711	2,707	2,976
Coef. Var.	0,301	0,236	0,290

Como se puede observar, los coeficientes de variación asociados a series que se comportan de forma paralela (GRÁFICO 2) presentan más altos coeficientes de variación frente a series que no tienen tal comportamiento paralelo (GRÁFICO 3). De esta forma, las afirmaciones que realiza el apoderado de HOLCIM basadas en el supuesto de que coeficientes de variación mayores son indicio de ausencia de paralelismo son totalmente desestimadas por esta Superintendencia.

Finalmente, el apoderado de HOLCIM cuestiona *“En un mercado con información transparente sobre los precios de venta que están aplicando los distribuidores minoristas, ¿cuántos días de diferencia deben presentarse entre las variaciones de precios de cada empresa, qué diferencias de valor deben registrarse y en qué proporción, para que se pueda sostener que no se actúa de manera paralela a las demás?”*

Sugiere el apoderado de manera errónea que la única razón que motiva a la Superintendencia para afirmar la existencia de un paralelismo consciente en el mercado de cemento gris en el periodo analizado fue la observación del comportamiento de los precios y el aumento en los precios en el mes de diciembre. Al respecto esta Superintendencia señala que en la resolución recurrida, no sólo se demostró que las tendencias presentan a lo largo del periodo de investigación un comportamiento armónico y coordinado (paralelismo), sino que adicionalmente se encontraron otros elementos probatorios que acreditan la existencia del elemento consciente requerido para la tipificación de la práctica restrictiva.

4.3.5. Sobre la existencia de una guerra de precios

ARGOS manifiesta que *“La SIC pretende desconocer la guerra de precios que ocurrió en el mercado del cemento y cuya etapa final tuvo lugar durante el segundo semestre de 2005”*.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Y continúa su argumentación expresando que:

“No es de recibo que ese despacho, en contra de todas las evidencias, pretenda desconocer hechos que quedaron debidamente acreditados en la actuación administrativa (y que por lo demás son hechos notorios), para desestimar la racionalidad económica de la conducta de ARGOS.

[...] Más aún, cuando precisamente la etapa final de la guerra de desgaste, constituye una de las condiciones más destacadas del mercado durante el segundo semestre de 2005 y fue ella precisamente la que motivó, desde el punto de vista económico, el movimiento de los precios que adoptó mi poderdante y que tanto llamó la atención de la SIC, en la presente investigación”³⁷.

En relación con el argumento de la guerra de precios, basta recordar que en la Resolución 051694 de 2008, se efectuó un análisis de los argumentos que en relación con este tema presentaron ARGOS y HOLCIM en las observaciones al informe motivado y de la evidencia recaudada en la investigación.

Ahora bien un argumento adicional que desvirtúa la supuesta guerra de precios entre los productores de cemento, es la lógica que subyace detrás de las compras que se realizan entre las empresas investigadas como se comprobó en la Resolución 051694 de 2008 en el numeral 7.2.3. En efecto, ARGOS y HOLCIM vendieron productos a CEMEX durante el período investigado, con lo cual renunciaron de manera implícita a competir con CEMEX por el mercado en donde esta última empresa no logró realizar un suministro adecuado. La evidencia de estas operaciones son pruebas adicionales que demuestran la inexistencia de la guerra alegada.

En efecto, bajo el análisis racional que determina la sana crítica en la apreciación de la evidencia, no resulta explicable que empresas en competencia cuyo objetivo general, es la maximización de beneficios individuales y además en un alegado escenario de guerra de precios, realicen ventas y “abastezcan” precisamente a empresas con las que rivaliza en dicha guerra, toda vez que este suministro permite que tales empresas mantengan su participación en el mercado. Es por esto y por los demás elementos probatorios señalados en la resolución recurrida, que el argumento expresado por los apoderados de HOLCIM, CEMEX y ARGOS en torno a la existencia de una guerra de precios en el mercado de cemento Gris Portland tipo 1, no se considera acreditado, pues resulta contradictorio con la evidencia que obra en la investigación.

4.3.6. “ARGOS no ha sostenido que los precios antes y después de una guerra de desgaste deban ser los mismos”

El apoderado de ARGOS advierte que si bien es coherente que los precios tiendan a incrementarse, ***“en ningún momento, arguyó que los precios, antes y después, de la guerra debieran ser iguales”*** y al respecto cita la siguiente afirmación de la Superintendencia de Industria y Comercio:

[...] la representación esquemática no corresponde a lo manifestado por Tirole, toda vez que éste no concluye –como lo sugiere la referida gráfica- que una vez uno de los participantes pierda participación o se retire, el comportamiento natural de la empresa sea adoptar un precio igual al que se presentaba antes de la “guerra” (Subraya y Negrilla dentro del texto).

³⁷ Recurso de reposición de ARGOS. Página 47.

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Frente a lo anterior, es importante anotar que esta Superintendencia simplemente se refirió al argumento presentado por ARGOS en la respuesta al informe motivado³⁸ que incluyó el gráfico 1 en el que se muestra que los precios luego de una fase denominada como "guerra de precios" regresan exactamente al nivel que tenían antes de dicha guerra. Por lo anterior, este Despacho sostuvo y lo reitera en la resolución recurrida que Tirole, en su libro de Organización Industrial, no afirma que el comportamiento natural de una empresa sea adoptar un precio igual al que se presentaba antes de la "guerra", como se sugirió con el gráfico mencionado. Por el contrario, el autor al abordar el tema de guerras de precios expone las particularidades que permiten caracterizar distintos escenarios de este tipo de mecanismo de competencia sin referirse directamente a los efectos posteriores a dichas guerras, más aún teniendo en cuenta que el final de la guerra de precios no necesariamente implica la salida de un competidor del mercado³⁹.

4.3.7. "La Superintendencia argumenta erróneamente que no existen curvas de oferta en mercados oligopólicos"

Dice el apoderado de HOLCIM: *"no es cierto, como menciona con pasmosa seguridad la SIC, que no existen las curvas de oferta agregadas en los mercados oligopólicos (en todos existen). El único mercado en que no existen curvas de oferta es en el mercado monopólico (allí lo que hay es una curva de costo marginal)."*⁴⁰

Al respecto, es importante recordar que en la Resolución 051694 de Diciembre de 2008, se manifestó lo siguiente:

*"En primera instancia es claro en la discusión que el análisis del mercado del cemento Portland Gris Tipo I, debe realizarse teniendo en cuenta que corresponde a una estructura oligopólica. En este sentido sería incorrecto afirmar que exista una función de oferta de mercado tal como se presenta en el gráfico citado. Esto por cuanto no es posible hablar de una relación unívoca entre la cantidad ofrecida y el precio de mercado; son ambas variables determinadas endógenamente como resultado de las decisiones de las empresas participantes en el mercado las cuales consideran como referentes básicos la demanda que percibe cada una y las características de sus competidores. Caso muy distinto si este mercado fuera de competencia perfecta, en el que el análisis propuesto en el escrito de observaciones basado en el examen de las dos funciones clásicas (oferta y demanda) sería apropiado."*⁴¹

Como se observa, en ningún momento la SIC cuestiona la existencia de decisiones de oferta en el mercado oligopólico. Lo que señala es que resulta inapropiado hacer cualquier análisis al interior de un mercado como el señalado basado en la existencia de una función de oferta o de una función inversa de oferta. En cualquiera de los dos casos se estaría asumiendo la presencia de una variable exógena para la firma, bien sea el precio, cuando se habla de una función de oferta, o la cantidad, cuando se habla de una función inversa de oferta. Solamente en un mercado en el que se garantice que los agentes son tomadores de alguna de las dos variables señaladas, tiene sentido pensar que existe alguna de estas dos relaciones. Paul Krugman, por ejemplo define la curva de oferta como un gráfico en el que "se muestra qué cantidad de un bien o servicio

³⁸ Ver página 54 del escrito de observaciones al informe motivado.

³⁹ Ver Tirole 1990. Organización Industrial. Capítulo 6. Editorial Ariel. Barcelona.

⁴⁰ Recurso de HOLCIM. Página 133.

⁴¹ Resolución 51694 de 2008. Pág. 82.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

están dispuestas a vender las personas para cada nivel de precios⁴². Claramente de esta afirmación se desprende la necesidad de establecer una relación causal entre cantidades y precios en la cual, una de las dos variables sea dada por el mercado para cada una de las empresas.

En un oligopolio la relación causal entre cantidades y precios pierde validez, ya que tanto el precio como las cantidades son afectados estratégicamente por las mismas empresas desvirtuando de esta forma, la existencia de una variable predeterminada que permita tipificar la curva de oferta del mercado. Así como en el recurso se sostiene de manera enfática que en un monopolio es impensable la caracterización de una curva de oferta, en el caso de un oligopolio se tiene igualmente tal imposibilidad. Ahora bien, Pindyck y Rubinfeld en su libro Microeconomía, que cita el apoderado de HOLCIM, son muy cuidadosos en hacer una descripción de la estructura de costos de una empresa y de la estructura de costos agregada de una industria, sin embargo jamás concluyen, como lo sugiere el apoderado, la existencia de una función de oferta que se desprenda de un mercado oligopólico.

4.3.8. Sobre los costos de organizar el cartel

ARGOS manifiesta: *“Como ya se mencionó, las diferencias de costos entre empresas dificultan la definición de un precio focal, y sobre todo, la concertación relativa a la manera como se van a repartir las utilidades generadas por el acuerdo.*

[...] Mientras los participantes registren preferencias divergentes acerca de los precios a fijar, en razón a que tienen diferentes costos marginales o atienden segmentos diferenciados por precio, será más difícil mantener un cartel, toda vez que bajo estas circunstancias, no existe un precio determinado que permita la coordinación⁴³.

En relación con lo anterior, si bien es cierto que la existencia de costos diferenciados dificulta la determinación de un precio focal, esta circunstancia no basta por sí misma para desvirtuar la existencia de un cartel, sobre todo cuando la evidencia que reposa en el expediente acredita que además del acuerdo de precios existió un acuerdo de reparto de mercado. La realización conjunta de estas prácticas configura un escenario que compensa las dificultades asociadas a la existencia de costos diferenciados entre las empresas que participan del acuerdo.

Vale recordar que este tema fue tratado en la Resolución 051694 de 2008 en el numeral 7.1.2.4 en donde expresó: *“Al respecto vale simplemente anotar que es bastante improbable que se puedan encontrar empresas dentro de la misma industria que tengan costos de producción iguales o similares. Aceptarlo como premisa necesaria para que exista colusión conduciría a que las probabilidades de iniciar investigaciones por acuerdos de precios se vieran sustancialmente reducidas en cualquier régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Precisamente, lo que los carteles crean es un sistema de seguimiento para percibir estas desviaciones, por intermedio, por ejemplo, de agremiaciones o empresas dedicadas al recaudo de la información sectorial”.*

De lo anteriormente expuesto se concluye que este Despacho trató el tema específico de las diferencias de costos entre las empresas investigadas y la viabilidad de formación de un cartel e identificó suficientes elementos facilitadores que superan el

⁴² Krugman P. Introducción a la Economía: Microeconomía cap 3. Pág. 59. Editorial Reverté S.A.

⁴³ Recurso de Reposición de ARGOS. Página 53.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

efecto que la existencia de heterogeneidades entre firmas tiene en la conformación de una estructura colusoria.

4.3.9. En cuanto al trabajo de Rotemberg y Saloner

Dice el apoderado de ARGOS *"La teoría económica sostiene que los períodos de expansión de la demanda, son ideales para que los agentes de mercado con estructuras oligopólicas incrementen la competencia, con el propósito de obtener una mayor participación en el mercado"*. El sustento de esta afirmación está basado en la propuesta de Rotemberg y Saloner en uno de sus trabajos de 1986 publicado en el American Economic Review denominado *"A Super Game Theoretic Model of Price Wars During Booms"*. En este trabajo se consideran los siguientes supuestos: a). los desplazamientos de la demanda son aleatorios idéntica e independientemente distribuidos. b). Las empresas exhiben rendimientos constantes a escala, en particular, costos marginales constantes. c). No existen restricciones de capacidad por parte de las empresas. Bajo estos supuestos los autores muestran que los incentivos para desviarse de un cartel en un superjuego de determinación de precios son mayores durante las etapas de expansión que de contracción.

No obstante, observa esta Superintendencia que tal argumentación no puede considerarse de recibo para explicar el funcionamiento de la industria de cemento en Colombia, toda vez que está acreditado en el expediente que los supuestos señalados en los numerales a), b) y c), no se presentaron en el periodo investigado y no está acreditada la existencia de componentes aleatorios, idéntica e independientemente distribuidos que inducen a cambios en la demanda.

A continuación se explican detalladamente las razones que llevan a esta afirmación:

1. Los desplazamientos de la demanda son aleatorios, idéntica e independientemente distribuidos: Si bien es cierto que el PIB del sector de la construcción durante el año 2005 creció en un 12,8%, no existe en el expediente alusión alguna que permita intuir que este crecimiento es el resultado de un mecanismo aleatorio e idéntico entre períodos que garantice la simetría en los desplazamientos de la demanda que se asumen en el trabajo de Rotemberg y Saloner.
2. Las empresas exhiben rendimientos constantes a escala: Contrario a los supuestos definidos en el trabajo de Rotemberg y Saloner el mercado del cemento se caracteriza por exhibir economías de escala, circunstancia que fue expresamente reconocida por el apoderado de Argos en el recurso presentado⁴⁴ y en el estudio de Fedesarrollo, en el cual de manera categórica se afirma que:

*"[...] una de las características más relevantes de la mayoría de industrias (entre ellas la cementera) es la existencia de costos fijos. Precisamente por ello, los costos unitarios disminuyen a medida que aumenta la escala de producción, lo que da origen a economías de escala, también conocidas como rendimientos crecientes a escala [...]"*⁴⁵.

3. No existen restricciones de capacidad por parte de las empresas:

⁴⁴ Ver numeral 5.1.2 del recurso de Argos, páginas 27 y 28.

⁴⁵ Ver folio 80 del Cuaderno No. 19 del expediente.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Tampoco se encuentra acreditado en el expediente el cumplimiento del tercer supuesto planteado por Rotemberg y Saloner, toda vez que si bien es cierto que en algunos meses del periodo investigado CEMEX (octubre 2005) y HOLCIM (noviembre 2005) tuvieron daños en sus equipos, la afectación de su producción fue temporal y de corta duración. Por el contrario, lo que se encuentra probado es la existencia de capacidad ociosa en las empresas productoras de cemento, como se presentó en la Tabla No. 9 de la resolución recurrida.

De lo anterior, se desprende entonces la inaplicabilidad de los resultados obtenidos por Rotemberg y Saloner a este mercado, toda vez que los supuestos por ellos asumidos, no responden a las condiciones observadas en el mercado de cemento en Colombia durante el periodo investigado. Por lo tanto, no puede afirmarse que en este caso incrementos en la demanda estimulen la competencia y reduzcan los incentivos a mantener un cartel.

Al margen de lo anterior, vale la pena mencionar que no solamente los estudios de Staiger y Wolak, citados en la resolución recurrida, señalan que los resultados del modelo de Rotemberg y Saloner son muy sensibles a cualquier variación en los supuestos por ellos definidos, sino que esta circunstancia ha sido ratificada en los últimos años por otros análisis de organización industrial, lo que se observa en trabajos como los de Haltiwanger y Harrington (1991)⁴⁶, quienes contrario al trabajo de Rotemberg y Saloner, muestran que el prever una caída en la demanda es lo que debilita la estabilidad de un cartel.

Así mismo en el trabajo de Compte, Jenny y Rey (2002)⁴⁷ se ratifica que los hallazgos de Rotemberg y Saloner están totalmente condicionados a la ausencia de restricciones de capacidad que dichos autores asumen sobre las firmas de la industria analizada. En la misma dirección Fabra (2006)⁴⁸ presenta una gama de resultados que divergen de los hallazgos sugeridos por Rotemberg y Saloner ante debilitamiento de ciertas condiciones por ellos sugeridas. Finalmente Knittel y Lepore (2009)⁴⁹, muestran la multiplicidad de resultados a los que podría llegarse por cuanto el uso de capacidad instalada es una variable endógena, esto es una variable de decisión por parte de cada firma, nuevamente contravirtiéndose los alcances del trabajo de Rotemberg y Saloner. En conclusión, esta Superintendencia enfatiza que, si bien es cierto que el trabajo de Rotemberg y Saloner representa un punto de referencia para la discusión de los efectos que cambios en la demanda generan sobre la estabilidad de un cartel, sus resultados no son aplicables al mercado de cemento durante el periodo analizado al no satisfacer éste los supuestos bajo los cuales Rotemberg y Saloner alcanzan sus conclusiones.

4.3.10. “El incremento del precio del 8% que Holcim realiza el 9 de diciembre refleja una intención de tantear el mercado y dista de ser el resultado de un acuerdo”

⁴⁶ Haltiwanger y Harrington (1991). The Impact of cyclical demand movements on collusive behavior. Rand Journal of Economics 22, 89-106.

⁴⁷ Compte, Jenny y Rey (2002). Capacity constraints, mergers and collusion. European Economic Review. 46, 1-29.

⁴⁸ Fabra (2006). Collusion with capacity constraints over the business cycle. International Journal of Industrial Organization. 24, 69-81.

⁴⁹ Knittel y Lepore. 2009. Tacit collusion in the presence of cyclical demand and endogenous capacity levels. International Journal of Industrial Organization, doi:10.1016/j.ijindorg.2009.07.009.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

De acuerdo con lo manifestado por el recurrente, “[...] Holcim realizó un primer incremento de precios pequeño, del 8%, y solamente cuando percibió que el mercado se movía en esa misma dirección y que en la calle los precios habían subido aún más, realizó una segunda alza de precios, más significativa, todo lo cual demuestra su comportamiento independiente y razonable, factores que no son consistentes con la participación de la empresa en un acuerdo de precios como lo supone la SIC”⁵⁰.

Al respecto nos remitimos a lo manifestado por este Despacho en el numeral 7.1.2.7 de la resolución recurrida titulado “La supuesta especulación con el precio del cemento en otros eslabones de la cadena como explicación del aumento de los productores en el mes de diciembre”, donde se examinaron los hechos que supuestamente mostraban una reacción de los precios de los investigados ante el comportamiento de la demanda en lo que HOLCIM denomina “calle” y ante lo cual este Despacho concluyó:

“Ahora bien, la evidencia dirigida a demostrar que los precios de venta del cemento a distribuidores dependieron del ajuste hecho previamente por los minoristas, en el caso de HOLCIM sugeriría que el incremento en un 8% hecho por esta empresa el 9 diciembre de 2005 habría tomado en cuenta lo ocurrido en el periodo inmediatamente anterior con el precio al público. Analizada la prueba, dicha lógica pierde toda consistencia si se tiene en cuenta que precisamente en el periodo anterior al ajuste hecho por la empresa, los precios al público disminuyeron en proporción aproximada del 8%, lo cual resulta ser una señal contraria a la supuestamente observada para justificar el ajuste de sus precios”⁵¹.

A su vez, también debe tenerse en cuenta que el incremento en el precio realizado por HOLCIM el 9 de diciembre de 2005 ocurrió justamente dos días después de la fecha prevista para la reunión de la cual se encontró en HOLCIM fax dirigido al Club el Nogal, efectuando reserva para los representantes legales y los funcionarios encargados del área comercial de la citada empresa y de las compañías CEMEX y ARGOS, lo cual, reiteramos, no es *per se* ilegal, pero constituye un indicio que sumado a la demás evidencia obrante en el proceso permitió a esta Superintendencia concluir la existencia de las conductas sancionadas.

4.3.11. Acerca del alza en el precio de venta de cemento Gris Portland tipo 1 observada en Diciembre de 2005

Sugiere el apoderado de HOLCIM que el alza observada desde diciembre de 2005 en el precio de venta de cemento Gris Portland tipo 1 responde a la finalización de una guerra de precios explicada por presiones de demanda de mercado y por la corrección atribuida a las fuerzas intrínsecas al mismo. Al respecto, vale la pena recalcar que esta Superintendencia mediante la Resolución 51694 de 2008 fue enfática en afirmar que no encuentra argumentos suficientes para tipificar el período junio a noviembre de 2005 como una situación de guerra de precios.

Nuevamente esta Superintendencia manifiesta que el equilibrio ligado a una guerra de precios es precisamente una situación en la cual no existe ningún incentivo para desviarse unilateralmente del precio al que se ha llegado fruto de la conducta de fuerte competencia entre las firmas por cuanto se prevé un comportamiento agresivo como respuesta a cualquier cambio en precios por alguno de los competidores. Sin embargo, llama la atención que dentro del período investigado los niveles de precios hayan permanecido constantes ante el fuerte incremento de la demanda evidenciado en el

⁵⁰ HOLCIM (Colombia S.A.) Recurso de Reposición Pág. 138.

⁵¹ Resolución 051694 de 2008. Numeral 7.1.2.7. Hoja 91.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

periodo de investigación. Si bien es cierto que la ausencia de variación de precios a través del tiempo en un escenario de guerra de precios es factible a la luz de la teoría de organización industrial, este resultado se justifica solamente ante la ausencia de cualquier tipo de perturbación o variación en las condiciones del mercado.

En consecuencia, que un incremento de la demanda de cerca del 50% permita, en un supuesto escenario de fuerte competencia (guerra de precios), que los precios permanezcan constantes durante 5 meses y solo al sexto mes exista un cambio significativo en los precios base de cemento Gris Portland tipo 1 ofrecidos por todas las empresas investigadas es un hecho no sustentable a la luz del comportamiento estratégico de las empresas en un escenario de competencia.

Por ende, pensar que el alza del precio del cemento Gris Portland tipo 1 observada en diciembre de 2005 sea explicada por el fin de dicha guerra no tiene ningún fundamento. Por el contrario, dicha alza del precio por parte de todas las empresas investigadas muestra la presencia de un mecanismo de comunicación a partir del cual las citadas compañías establecieron en forma concertada un precio de venta del cemento Gris Portland tipo I, lo que, junto con los diferentes elementos recaudados durante la investigación, que dan cuenta de los canales de información y acuerdo entre quienes en el mercado de cemento estaban llamados a competir, se considera una práctica antijurídica de conformidad con la ley colombiana.

4.3.12. De los comentarios especulativos realizados en los medios y en el Congreso

El apoderado de ARGOS afirma que el despacho no valoró, las pruebas aportadas en relación con las expectativas del consumidor las cuales serían una de las causas del incremento de diciembre de 2005 y señala que: *“Como primera medida, se advierte una confusión por parte del despacho, acerca de cual (sic.) fueron los precios directamente afectados por los fenómenos antes descritos.*

Mis poderdantes siempre sostuvieron, con base en las pruebas que aportaron, que la intervención del congreso y las declaraciones de los medios de comunicación, había tenido una incidencia directa en las expectativas del consumidor y en el precio de venta al público y no tanto, en el precio de venta del productor al mayorista, que es el que parece considerar, de manera equivocada el despacho.

El punto aquí era determinar si estos factores tuvieron, o no, una influencia determinante en el comportamiento de los precios.

En este sentido, la Superintendencia paso por alto todas las pruebas recaudadas y allegadas en el expediente, tendientes a demostrar que los comentarios especulativos de los medios de comunicación y la intervención del Congreso tuvieron el efecto antes anotado”.

Posteriormente y en la misma dirección, ARGOS presenta una relación de pruebas que en su concepto no fueron apreciadas por esta Entidad, las cuales a su juicio demuestran que los comentarios especulativos de los medios de comunicación y la intervención del Congreso tuvieron una influencia determinante en el comportamiento de los precios.

Al respecto, cabe señalar que las pruebas indicadas por el recurrente acreditan la existencia de publicaciones de noticias y declaraciones que curiosamente se relacionan con la presencia de un presunto “cartel del cemento” a raíz del comportamiento del

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

precio del mismo, pero no prueban que el incremento verificado en el mes de diciembre sea consecuencia de esos hechos.

Es importante señalar que como obra en el expediente dichas publicaciones se presentaron durante todo el periodo investigado (junio-diciembre de 2005) y no solamente cuando se efectuó el incremento de precios, razón por la cual no puede considerarse como una explicación del particular comportamiento de éstos en el mes de diciembre.

No es cierto que esta Superintendencia haya omitido la evaluación de las pruebas sobre el impacto de los medios de comunicación en la formación de los precios del cemento y en el comportamiento del mismo en el periodo investigado. De hecho en la Resolución recurrida se evaluó el modelo econométrico denominado "*Volatilidad en el mercado colombiano de cemento Portland tipo 1 durante el periodo de enero de 2005 a junio de 2006*", por lo cual nos remitimos a lo dicho al respecto en la decisión que se revisa donde a partir del análisis y verificación de la información contenida en el estudio econométrico citado que obra en el expediente, pudo establecerse el bajo efecto que los medios de comunicación tuvieron sobre el precio del cemento Gris Portland tipo 1 en el periodo investigado, y especialmente frente al drástico cambio observado de noviembre a diciembre de 2005.

Por todo lo anterior, queda claro que esta Superintendencia en ningún momento excluyó o pasó por alto *a priori* las pruebas aportadas durante la investigación.

Finalmente, en lo relacionado con el desistimiento de la prueba pericial es importante aclarar que esta Superintendencia no ha considerado esta circunstancia como indicativa de la existencia de los acuerdos sancionados. Lo que para este Despacho generó extrañeza y así lo manifestó en la Resolución 51694 de 2008, fue que HOLCIM desistiera de una prueba tendiente a acreditar uno de los argumentos esgrimidos en su defensa, como era el impacto de los medios de comunicación en el comportamiento de los precios del cemento, sobre todo cuando la misma fue decretada en virtud del recurso interpuesto por esta empresa a la decisión en la que tal prueba inicialmente había sido negada.

4.3.13. Acerca del incremento en el precio de venta de cemento Gris Portland tipo I en diciembre de 2005 para realizar inversiones tendientes a incrementar la capacidad instalada

Sugiere el apoderado de HOLCIM que una de las razones que motiva el alza el precio de venta de cemento Gris Portland tipo 1 es el proyecto de HOLCIM de incrementar su capacidad instalada en los siguientes períodos.

Tal como se lee en el siguiente fragmento del recurso propuesto por el apoderado de HOLCIM: "Contrario a lo mencionado por la resolución acusada el Grupo Financiero y la Junta Directiva de Holcim estaba trabajando desde esa época en el análisis de las inversiones en capacidad instalada, dos meses antes del incremento en precios, lo cual indica, sin lugar a dudas, que este elemento tuvo impacto en la decisión de subir precios. Más claro no puede ser."⁵²

⁵² Pág. 147. Recurso de reposición de HOLCIM contra la Resolución 51694 de 2008.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

No resulta razonable que en un escenario de supuesta competencia entre empresas productoras de cemento, la decisión de realizar inversiones para ampliar capacidad instalada se realice vía incrementos de precio, más aún cuando, de acuerdo con lo expresado por los apoderados de ARGOS y HOLCIM, venían de experimentar los efectos de una guerra de precios. Si efectivamente una empresa racional en un mercado en competencia opta por un incremento en el tamaño de planta, tal decisión no podría ser subsidiada a través de incrementos en el precio, salvo que se encuentre en un escenario de no competencia. Por lo tanto justificar el incremento en precios como una estrategia para financiar el proyecto de inversión ratificaría lo expuesto en la Resolución 51694 de 2008 en lo que se refiere a la ausencia de competencia de las empresas de cemento investigadas.

4.3.14. Acerca del argumento según el cual una de las razones del incremento de precios fue la restricción futura de oferta.

Propone el apoderado de HOLCIM que una de las principales razones por las cuales fue esta la empresa líder en el alza en el precio de cemento Gris Portland Tipo 1 observado en diciembre de 2005, fue la expectativa que ésta tenía sobre la restricción de oferta futura asociada al daño de su rodillo. Sin embargo, para esta Superintendencia resulta contradictorio este argumento, en la medida en que si se va a financiar la inversión nueva con incremento de precios, debería preocupar proyectar la financiación de tal proyecto de inversión en un momento en el que se prevén fuertes restricciones a la producción.

Tal como lo afirma el apoderado de HOLCIM al referirse al daño del rodillo: *“ lo cierto es que este incidente generó incertidumbre debido a la disminución de la capacidad de producción de la empresa, lo cual unido a los altos niveles de demanda, al incremento en la utilización de la capacidad instalada y a las señales percibidas en el mercado confluyeron en diciembre de 2005 para que Holcim considerara que era necesario incrementar los precios que era un objetivo de mediano y largo plazo de la compañía como ya se ha visto y también con la finalidad coyuntural de desincentivar los pedidos y evitar el riesgo de no poder atender de manera adecuada a sus clientes.”*⁵³

No resulta razonable para esta Superintendencia que una de las causas señaladas por el apoderado de HOLCIM para justificar el alto aumento del precio de venta de Cemento Gris Portland Tipo 1 en diciembre de 2005, haya sido precisamente una estrategia para desincentivar a sus clientes de adquirir el producto, dadas las expectativas generadas por el daño del rodillo, toda vez que en un escenario en competencia adoptar de manera unilateral la decisión de elevar el precio conlleva como respuesta una pérdida de participación en el mercado.

Los objetivos de esta estrategia resultan contradictorios con los fines de participar en una guerra de precios como en la que supuestamente se involucró HOLCIM en el periodo investigado, toda vez que en un escenario de guerra de precios se busca capturar una porción de mercado, por lo tanto no es lógico que ante una eventual posibilidad de daño de una de sus máquinas se optara inmediatamente por desestimular a aquellos clientes capturados como resultado de la guerra.

Lo anterior coincide con los principios básicos de marketing relativos al mantenimiento del precio frente a la competencia, en donde se afirma que: *“Resulta ventajoso seguir manteniendo los precios cuando, aún siendo deseable un aumento, se pueden provocar*

⁵³ Pág. 148. Recurso de reposición de HOLCIM contra la resolución 51694 de 2008.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

*cambios imprevisibles por desconocerse las reacciones de los consumidores y de la competencia*⁵⁴. Así, en un escenario de guerra de precios resultaría inconveniente adelantar un proceso de incremento de éstos, aun existiendo restricciones coyunturales de producción como la derivada del daño del rodillo.

De igual manera, esta Superintendencia no considera de recibo el argumento expresado por el apoderado de HOLCIM de acuerdo con el cual Diciembre de 2005 fue un mes particularmente atípico en materia de señales de mercado que permitieron por una parte, determinar el fin de la supuesta guerra de precios y por la otra que las empresas justo en el mismo momento actuaran de manera coincidente iniciando incrementos sucesivos de precios. No es posible deducir de los argumentos presentados por el apoderado de HOLCIM cambios estructurales en aspectos fundamentales del mercado que hubiesen inducido a un súbito cambio en el precio de venta de cemento Gris Portland tipo 1 por parte de todas las firmas investigadas.

Por los argumentos señalados anteriormente resulta particularmente contradictoria la defensa del apoderado de HOLCIM al hablar de una guerra de precios durante 6 de los 7 meses investigados y el fin de la misma durante el último mes. Como se afirmó categóricamente en la Resolución 51694 de 2008, todos los hechos observados no acreditan un comportamiento competitivo de las empresas investigadas sino dan cuenta de la existencia de una práctica concertada para la fijación de los precios de cemento en todo el periodo investigado.

Al margen de lo anterior, resulta aún más contradictorio el argumento planteado por el apoderado de HOLCIM según el cual el incremento en precio pretendía lograr por un lado el desestímulo de la demanda de cemento y simultáneamente aumentar sus ingresos para financiar su plan de inversión.

Dadas las características del mercado en estudio, en el cual un aumento unilateral en los precios de una de las empresas generaría una pérdida en la participación del mercado, es claro que la decisión de HOLCIM, expresada por su apoderado, de desestimular la demanda aumentando los precios, expondría a la compañía a una disminución en las cantidades vendidas, con lo cual pondría en juego los ingresos necesarios para asegurar su plan de inversión. Así, existe una contradicción entre los argumentos propuestos por el apoderado de HOLCIM con relación a las razones que justificaron el alza observada en el precio de cemento gris durante el último mes del periodo investigado.

4.3.15. Sobre la falta de un test de causalidad entre el precio de venta al público y el incremento en el precio de los productores

El apoderado de CEMEX cuestiona que se le exija por parte de la Superintendencia la determinación de una relación de causalidad entre el precio de venta al público y el incremento en el precio de los productores. A su vez, extraña el apoderado de CEMEX una metodología estadística que soporte las afirmaciones consignadas en la resolución recurrida, como se puede constatar en el siguiente fragmento del recurso presentado por CEMEX:

⁵⁴ Agueda Esteban Talaya y otros . Estudios de Marketing. 1999. 2ª Edición. Libros Profesionales de Empresa Cap. 14.

Y

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

"Aquí cabe preguntarse, por qué se radica en cabeza de los investigados, que según la Constitución se presumen inocentes, la exigencia de acreditar relación de causalidad, lo cual supondría un análisis estadístico, [...], y en cambio, la SIC realiza múltiples afirmaciones sin test de causalidad, modelos econométricos, usando a su mejor conveniencia, como mercado relevante, a veces 15 departamentos y a veces todos, para definir las variables del mercado e imponer multas millonarias, según teorías económicas que se basan en supuestos no aplicables a las realidades del mercado, como el del pretendido comportamiento racional de los agentes, basado en teorías psicológicas [...]"

Al respecto debe señalarse que contrario a lo manifestado por el recurrente obran en el expediente distintos elementos probatorios que muestran que el precio de venta al público del cemento Gris Portland Tipo 1 es explicado por la evolución del precio de venta del productor. Por lo tanto, acreditada como está en el expediente esta circunstancia, no es suficiente para las empresas investigadas simplemente afirmar que la relación opera en sentido inverso, es decir que es el precio de venta al público el que explica el comportamiento del precio del productor, sino que deben acreditarla o desvirtuar la evidencia con base en la cual se realiza dicha afirmación.

Es por lo anterior, que este Despacho en la decisión recurrida sostiene que ninguna de las firmas investigadas *"acreditó una relación de causalidad entre el precio de venta al público y el incremento del precio de los productores"*⁵⁵ que permita afirmar que exista alguna justificación al alza en el precio proveniente directamente de la evolución del precio de venta al público. No puede la SIC a partir de un argumento gráfico concluir algo diferente de lo que consta en el expediente.

4.3.16. Sobre la existencia de argumentos relativos al paralelismo incluidos en la resolución recurrida que no fueron presentados en el informe motivado

Adicional al análisis previo sobre la supuesta violación del derecho de defensa que pretende fundarse en que la resolución final se apartó de algunas conclusiones del Informe Motivado; para el caso del paralelismo, en el recurso presentado por el apoderado de CEMEX, se aduce que la Superintendencia: *"realizó un cambio de argumentos para fundamentar el supuesto acuerdo de precios, además de **generar nueva información respecto de los despachos de cemento gris tipo I, para 29 departamentos del país y no 15 que constituyen cambios sustanciales respecto de los elementos principales del informe motivado**"*⁵⁶.

Frente al tema es importante destacar que en la Resolución 51694 de 4 de diciembre de 2008, en ningún momento se generó nueva información tal como lo afirma el apoderado. Simplemente, con base en la información que obra en el expediente, se presentó la evolución del precio base de cemento Gris Portland tipo I a nivel nacional, la que confirma la evidencia del paralelismo en 15 departamentos, que para el período investigado constituían cerca del 82% de la producción nacional. Con la evidencia mostrada por la Delegatura en el informe motivado, este Despacho procedió a analizar la totalidad del mercado en Colombia para tener mayores elementos de juicio y así tomar su decisión con el máximo nivel de información disponible. A continuación se transcribe parte de esta reflexión consignada en la Resolución:

"En el informe motivado se examinó una muestra del 82% de los despachos totales de cemento Portland Gris Tipo I y con fundamento en ello se consideró que este paralelismo

⁵⁵ Resolución 51694 de 2008 pág. 106.

⁵⁶ Ibídem. pág. 104.



Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

se presentó en 15 departamentos y la ciudad de Bogotá de conformidad con las gráficas insertas en el texto del informe y en su anexo No. 1. Es decir, el Delegado confirmó la evidencia encontrada en la apertura de la investigación.

Analizados los diferentes elementos recaudados a lo largo de la actuación administrativa, se ha podido constatar que en el mercado nacional los productores investigados determinan unos precios base a partir de los cuales se construyen los de los diferentes eslabones de la cadena de producción y comercialización. De hecho, cada uno de ellos transmite a su fuerza de ventas la base y los parámetros de descuento que a la postre constituyen los componentes del precio al distribuidor mayorista y al minorista.

Identificado este esquema de determinación de precios en el respectivo mercado, se procedió a analizar el comportamiento mes a mes de dicho precio base en los diferentes departamentos; las gráficas correspondientes se encuentran en el Anexo I de la presente Resolución⁵⁷.

Adicionalmente, como ya se indicó no existe tal violación del derecho a la defensa que aduce el apoderado de CEMEX, toda vez que el procedimiento del Decreto 2153 de 1992 establece varias etapas, es decir el Informe Motivado es un documento de trámite que elabora el Superintendente Delegado pero quien toma la decisión final es el Superintendente de Industria y Comercio, y este último puede apartarse total o parcialmente de la recomendación efectuada por el Delegado.

4.3.17. Sobre la alegada ausencia por parte de la Superintendencia del análisis de otras teorías acerca de la racionalidad que motiva a las empresas a tomar decisiones

El apoderado de CEMEX argumenta que esta Superintendencia basó sus conclusiones únicamente en teorías que si bien pueden llevar a que *"se puede aducir que una estructura oligopólica como la de producción de cemento, con las economías de escala que lo caracteriza, puede generar tendencia a los acuerdos"*, existen otras doctrinas que contradicen tal posición, *"con fundamento en la teoría de la administración de empresas y la economía de empresa"*.

Así, pone de presente fragmentos sobre algunos planteamientos de Lipsey y llama la atención sobre las *"teorías de conducta empresarial alterna a la hipótesis de maximización de beneficios en la forma de una racionalidad económica perfecta, y que pone de presente la actualidad de la corriente de pensamiento reseñada, acogida por economistas de la trascendencia de Michael Porter, y Herbert Simon, premio Nobel de economía en 1978."*

Finalmente afirma que *"La SIC ha argumentado que como los precios del cemento gris no reaccionaron a cambios en los costos de producción y al aumento de demanda, no existía racionalidad económica en tal comportamiento. Tal afirmación nace de un juicio de valor sustentado un una teoría económica de maximización de beneficios y comportamiento racional de los agentes. Sin embargo, se ha ilustrado que existen teorías de reconocido prestigio, con base en amplios estudios empíricos, que han comprobado que las empresas y sus administradores no necesariamente tienen porqué comportarse así; que es también racional y prudente no cambiar precios cada vez que cambia el costo medio de producción, que tampoco están cambiando precios cada mes porque la demanda ha variado."*

Si bien es cierto que desde el plano teórico existen múltiples aproximaciones que intentan explicar el comportamiento de las firmas en un mercado, tales como algunos desarrollos provenientes de la Administración de Empresas y Economía de la Empresa

⁵⁷ Resolución 51694 de 2008 pág. 73.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

como lo señala el apoderado de CEMEX en las observaciones al informe motivado y lo reitera en el recurso contra la Resolución cuando cita interpretaciones del trabajo de Simon (1979)⁵⁸ que se realizan en un libro introductorio de microeconomía de Lipsey y Chrystal⁵⁹, esta Superintendencia ha tomado un marco de análisis que la teoría económica ampliamente ha utilizado en el estudio asociado a temas de competencia. Este supuesto de racionalidad ha sustentado discusiones tan importantes en la literatura económica como las que han dado paso al desarrollo de los modelos de equilibrio general y a su vez ha fundamentado el núcleo de los modelos económicos existentes en macroeconomía, economía internacional y organización industrial, por tan solo citar algunos de los campos de desarrollo. Discusiones tan importantes como las propuestas por Lawrence Boland (1981)⁶⁰ y Ernest Nagel (1963)⁶¹ en defensa de dicha hipótesis y ante la imposibilidad de tener un consenso equiparable frente a un supuesto alterno, llevan a esta Superintendencia a considerar la racionalidad maximizadora en la elección como una herramienta conveniente para entender las decisiones de las empresas investigadas al interior de un mercado.

Adicionalmente, es necesario señalar que el apoderado de CEMEX frente a este argumento ha presentado las "Teorías no maximizadoras" como teorías adicionales, pero tampoco ha probado que estas hayan sido las que motivaron las decisiones de la empresa.

Por lo tanto, en la medida en que el análisis conjunto de la evidencia que obra en el expediente acredita la presencia de elementos facilitadores y determinantes de la realización de un acuerdo entre las empresas sancionadas y que no hay explicación razonable al comportamiento paralelo de precios diferente a la concertación en la decisión recurrida se procedió a sancionar tal conducta.

4.4. SOBRE EL ACUERDO DE REPARTO DE MERCADOS

4.4.1. Sobre la alegada ausencia de los hechos específicos en qué consistiría la infracción hasta el informe motivado

Inicialmente sobre los argumentos planteados en torno a la falta de especificación de los hechos que configuraban el presunto acuerdo de reparto de mercado, este Despacho reitera lo señalado en el numeral 4.1.2. de la presente resolución sobre la alegada ausencia de motivación de cargos en la apertura en lo relacionado con el, en ese momento presunto, acuerdo de repartición de mercados. Es necesario insistir que como se manifestó en la resolución de apertura de la investigación, uno de los aspectos observados que originaron la misma fue la afectación de oferta y comportamiento de las ventas del cemento gris a nivel nacional en el periodo investigado. Ahora bien el objeto mismo de la investigación era precisamente establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que se desarrollaron las conductas.

Sobre las razones adicionales contenidas en la resolución recurrida que no fueron incluidas en el informe motivado, se reitera que ni mantener el sentido y argumentos del Informe Motivado constituye una vulneración del principio de imparcialidad, ni modificar

⁵⁸ Rational Decision Making in Business Organizations, American Economic Review Vol. 69.

⁵⁹ Recurso CEMEX pág. 22.

⁶⁰ On the Futility of Criticizing the Neoclassical Maximization Hypothesis. American Economic Review Vol. 71.

⁶¹ Assumptions in Economic Theory. American Economic Review Vol.53

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

o apartarse del mismo una violación del derecho de defensa, como ya se indicó previamente en el numeral 4.1.9. El universo probatorio es el expediente y no el Informe Motivado por lo cual la decisión que adopte el Superintendente de Industria y Comercio no tiene por que limitarse al análisis probatorio contenido en dicho informe.

Es importante tener en cuenta que el informe del Superintendente Delegado no es una decisión definitiva, sino una actuación prevista en el procedimiento establecido en el Decreto 2153 de 1992 y como se señala en el artículo 52 de dicha normatividad el mismo corresponde a un *"informe motivado respecto de si ha habido una infracción"*, toda vez que la decisión final es competencia del Superintendente de Industria y Comercio, la cual debe ser adoptada con base en toda la evidencia que obra en el expediente, pudiéndose apartar de lo señalado en el informe, sin que esta circunstancia constituya violación del derecho de defensa o del debido proceso.

4.4.2. El mercado relevante en el cargo de acuerdo de repartición de mercados

En lo relacionado con la supuesta contradicción entre la Resolución 13544 de 2006 y la resolución recurrida en cuanto a la definición del ámbito geográfico del mercado relevante, este Despacho se remite a lo ya señalado sobre el particular en el numeral 4.2.1 de esta resolución.

Adicionalmente, sobre la existencia de economías de escala sugiere el apoderado de HOLCIM que la presencia de las mismas a través de estructuras multiplanta en la industria cementera en Colombia implica hablar de mercados regionales. Para ello el apoderado cita cuatro referencias todas ellas alusivas a libros de organización industrial que presentan el tema de economías y deseconomías de escala y escenarios que favorecen la presencia de mecanismos multiplanta, a partir de lo cual, concluye que *"una empresa cementera que quiera competir en todo el país, tendría mayores economías de escala con un esquema de tipo multiplanta"*.

Sobre el particular, son procedentes los siguientes comentarios: En primer lugar, las presentaciones de los profesores William Shepherd, Dennis Carlton, Jeffrey Perloff y demás autores citados en la nota a pie 10 del recurso presentado por HOLCIM, resultan ser muy esclarecedoras al momento de concluir que al interior de la industria cementera en Colombia existen economías de escala. A su vez, podría afirmarse que el punto de mínima escala eficiente resultaría ser menor a medida que en una industria el costo de transporte sea mayor dentro del total de componentes que conforman los costos totales de una empresa.

Siguiendo esta línea de análisis y teniendo en cuenta que HOLCIM tan solo contaba con una planta de producción dentro del período investigado, se concluiría que asumiendo una conducta competitiva y racional en el mercado, existiría la opción de producir para cubrir la venta de cemento Gris Portland tipo I exclusivamente en la región en la que está ubicada su planta, o bien construir un mayor número de plantas para competir en todo el país, circunstancias que no corresponden al comportamiento asumido por HOLCIM.

Adicionalmente, resulta llamativo el argumento esgrimido por esta empresa, según el cual no tendría ninguna lógica asumir costos de transporte a regiones distantes del punto de producción debido a que dichos costos se incrementan en función de la distancia a recorrer para colocar el producto. Sobre todo cuando la evidencia que obra en el expediente acredita que HOLCIM y las demás empresas investigadas decidieron despachar una cantidad importante de su producción a lugares lejanos a la ubicación

7

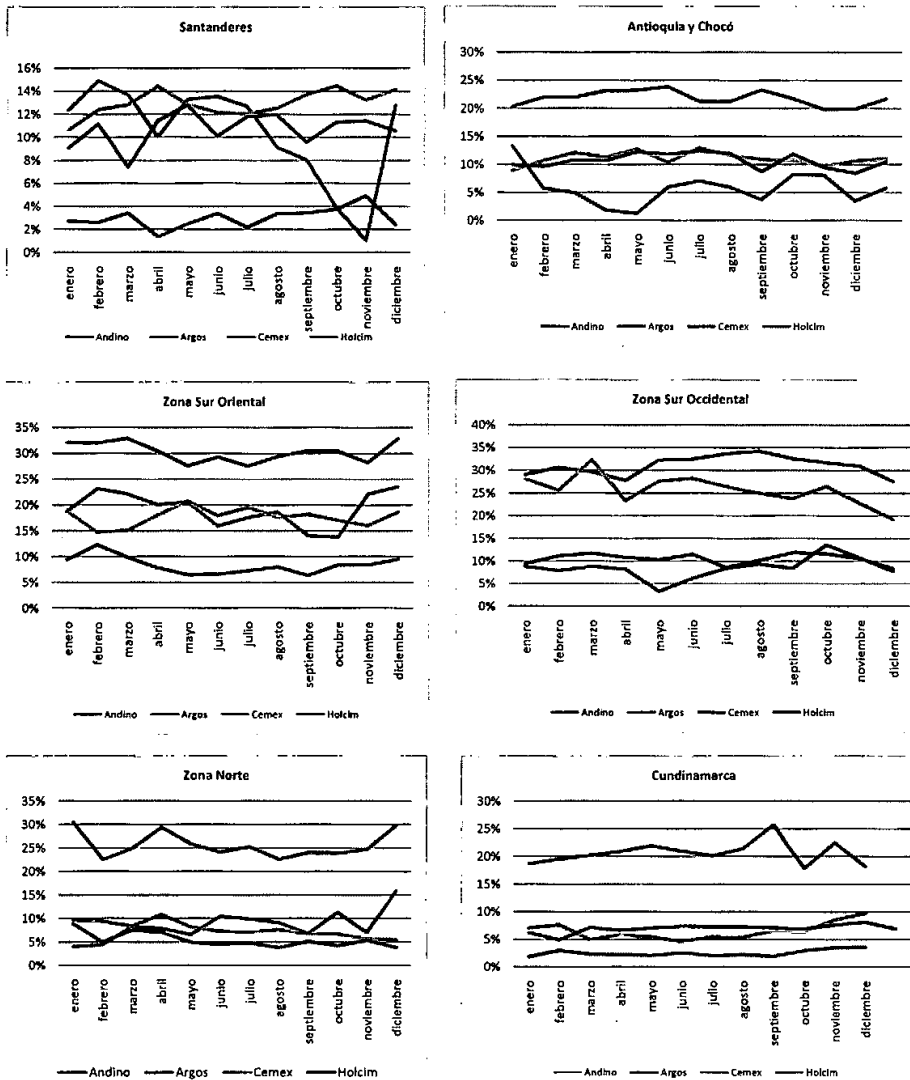
Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

de sus plantas. El siguiente gráfico ilustra la proporción de los despachos que cada una de las empresas cementeras vendió a lo largo del territorio nacional:

GRAFICO 4

EVOLUCIÓN DE LA PROPORCIÓN DE DESPACHOS DE CEMENTO GRIS PORTLAND TIPO 1 ENSACADO COLOCADOS A LO LARGO DEL TERRITORIO NACIONAL POR PARTE DE HOLCIM, ARGOS CEMEX Y ANDINO EN 2004⁶²



Como se observa, HOLCIM dedicó una proporción de su producción para llevarla a cada una de las zonas del territorio nacional mostrando entonces, si la tesis sugerida por el apoderado de HOLCIM es correcta, o que la empresa no actuó competitivamente a la hora de tomar su decisión de colocación en el mercado o que efectivamente existieron incentivos en el mercado para que aún con una sola planta se tuvieron incentivos a llevar cemento a zonas diferente a la vecindad alrededor de la cual se encuentra ubicada la planta de producción o una combinación de ambos elementos.

⁶² DATOS ICPC cálculos SIC.

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

4.4.3. Sobre las participaciones de mercado

En primer lugar, el apoderado de ARGOS afirma que las participaciones de mercado de las empresas sancionadas durante el periodo investigado no presentaron la estabilidad argumentada por la Superintendencia, toda vez que las mismas tuvieron variaciones que oscilaron entre un 1% a 3 % entre el año 2004 a 2005, cambios estos que según los cálculos de ARGOS no pueden considerarse menores, comoquiera que para dicha empresa *"la posible pérdida de un punto porcentual de participación en el mercado nacional, le significa a Argos dejar de percibir ingresos por casi 2.100 millones de pesos entre junio y diciembre de 2005"*.

Al respecto, es importante resaltar que en la Resolución 51694 de 2008 se manifestó que las participaciones de mercado de las empresas sancionadas habían tenido un comportamiento estable, dado que pese a los cambios observados, dichas variaciones resultaron no ser significativas ante el fuerte incremento de la demanda experimentado durante el periodo investigado.

Frente al argumento de ARGOS relacionado con el valor de cada punto de participación porcentual de esta empresa, se debe señalar que en el recurso no se suministró ni se indicó la información con base en la cual se efectuó dicho cálculo. En ninguna parte del documento se encuentran las fuentes, ni los métodos que llevaron al apoderado a llegar a este resultado.

No obstante, debe señalarse que el valor de un punto porcentual no resulta significativo frente al incremento del 43% registrado en el año 2005 en los despachos de cemento gris tipo 1⁶³, razón por la cual no se considera de recibo el argumento planteado por el apoderado de ARGOS según el cual afirma que *"Aunque esos cambios puedan parecer menores, en términos porcentuales, para un observador desprevenido (como parece ser el caso de la SIC), son inmensamente significativos en términos económicos"*⁶⁴.

4.4.4. Sobre que "no es lógico realizar un acuerdo de repartición de mercados sin obtener la posibilidad de fijar precios monopolísticos"

Plantea el apoderado de HOLCIM que no es lógico repartirse geográficamente el mercado y fijar precios bajos en la zona que le correspondió a dicha empresa, pues el precio fijado por esta compañía cementera *"dista mucho de un precio monopolístico lo cual resulta absolutamente inconsistente con la realización de un supuesto acuerdo horizontal de repartición geográfica de mercado"*.

Al respecto es importante señalar que esta Superintendencia en ningún momento ha planteado la hipótesis de que el objeto del acuerdo fuese la determinación de un precio monopolístico, particularmente porque en ningún aparte de la resolución se ha planteado metodología alguna que permita su especificación. Tampoco ha imputado algún cargo relacionado con la repartición geográfica del mercado nacional. Por el contrario, lo que no encuentra explicación lógica es el hecho de que crecimientos anuales de los despachos de cemento Gris Portland tipo I a tasas superiores al 40% generen apenas leves cambios en las participaciones del mercado de las empresas cementeras investigadas, tomando como referencia el consolidado nacional. Es por ello, que el argumento propuesto por HOLCIM en contra del reparto de mercado para

⁶³ Ver página 107 de la resolución recurrida.

⁶⁴ Pág. 71 Recurso de reposición de ARGOS contra la Resolución 51694 de 2008.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

obtener precios monopolísticos en alguna región resulta fuera de contexto dentro del análisis propuesto por esta Superintendencia.

4.5. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS CIRCUNSTANCIALES EN LOS QUE SE BASA LA SUPERINTENDENCIA PARA SUPONER LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Al respecto, como se dijo antes, en materia de valoración probatoria nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado el sistema de la sana crítica también denominado de persuasión racional, de acuerdo con el cual el juzgador debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

En el presente caso la Superintendencia en la resolución recurrida valoró de manera conjunta y con base en las reglas citadas el acervo probatorio que obra en el expediente. En ese sentido estimó que el comportamiento observado en los precios del cemento Gris Portland tipo 1 ensacado y las participaciones de mercado de las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM en el periodo investigado fueron determinados por acuerdos realizados para tal fin por dichas empresas y no como resultado de la libre competencia en el mercado.

Es importante recordar que en el artículo 333 de la Constitución Política se consagra la libertad económica como un derecho radicado en cabeza de todos los ciudadanos y sometido a los límites que establezca la ley. En desarrollo de dicho precepto, la Corte Constitucional ha definido esta libertad como *"la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio"*.⁶⁵

La jurisprudencia también ha señalado que la libertad económica se encuentra íntimamente vinculada con la libertad de empresa y la libre competencia y ha explicado que la libertad de empresa se manifiesta en la *"capacidad que posee toda persona de establecerse y de ejercer la profesión u oficio que libremente elija"*,⁶⁶ mientras que la libre competencia se traduce en *"la contienda de empresarios que emplean diversos medios tendientes a obtener determinados fines económicos y a consolidar y fortalecer sus empresas mediante la atracción y conservación de la clientela"*.⁶⁷

Precisamente esa situación de contienda o rivalidad entre las empresas que supone la libre competencia excluye la realización de ciertas conductas y comportamientos evidenciados en la presente actuación administrativa, los cuales resultan todavía aún más contrarios a la lógica y a la experiencia, si en gracia de discusión se aceptara el argumento de la existencia de una guerra de precios alegado por las empresas sancionadas.

En efecto, no es lógico que en un mercado oligopólico en competencia y en una supuesta guerra de precios, se encuentre evidencia de que las empresas que tienen más del 95% de la participación del mercado, adoptaron los siguientes comportamientos: i) intercambien información reservada y estratégica (cifras y políticas del negocio) de las mismas, ii) definan estrategias de negocio de manera conjunta; iii)

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-624 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁷ Gaceta del Congreso, 9 de septiembre de 1994, exposición de motivos "Proyecto de ley por el cual se dictan normas sobre competencia desleal".

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Como en el caso de ARGOS y HOLCIM sean socios comerciales en empresas cementeras en el extranjero, en las que tienen participaciones 50-50 y tengan negocios y realicen compras y ventas en común de cemento en el extranjero y iv) sus representantes legales y directivos comerciales se reúnan con la frecuencia y periodicidad acreditada en el expediente. Circunstancias que no se presentan en relación con cementos ANDINO.

Compartimos lo manifestado por el apoderado de HOLCIM al señalar que las prácticas sobre intercambio de información no configuran *per se* una práctica restrictiva de la competencia. En el presente caso, tal intercambio constituye una prueba que debe ser analizada en conjunto con las demás que obran en el expediente y las características del mercado y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como efectivamente se hizo.

No resulta admisible que en un escenario de competencia los participantes en un oligopolio intercambien información de la forma como está acreditado en el presente caso, toda vez que de acuerdo con el ejercicio de la actividad mercantil y con la normativa comercial la información, papeles y secretos del comerciante son de carácter de reservado.

Parece aún menos justificado el abastecimiento evidenciado a CEMEX por parte de ARGOS y HOLCIM, pues en un mercado en competencia y en supuesta guerra de precios. Tampoco resulta lógico que se prefiera abastecer a un competidor a vender a su propia clientela. Lo esperado en un escenario de competencia es aprovechar las dificultades del competidor y ganar participación y clientela y en todo caso darle prioridad a sus propios clientes.

Toda la evidencia analizada en conjunto permitió a esta Superintendencia establecer la existencia de los acuerdos sancionados.

4.5.1 Intercambio de información entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM a través del Instituto Colombiano de Productores de Cemento (ICPC)

4.5.1.1. El rol del ICPC

Señalan los apoderados de ARGOS y HOLCIM que aunque la Superintendencia no acusó al ICPC de la realización de conductas anticompetitivas, en la resolución recurrida se lo condena sin haberlo escuchado, se cuestiona el papel del gremio y se considera que su existencia es un indicio gravísimo de que los productores mantienen un esquema anticompetitivo.

También manifiestan que la Superintendencia no puede sancionar a sus representados por las actividades del ICPC y el apoderado de ARGOS señala que no puede concluirse del hecho de que esta empresa remita información confidencial al ICPC que la misma sea objeto de intercambio entre los productores de cemento.

Inicialmente, se debe aclarar que no es cierto que en la resolución recurrida se haya condenado o sancionado al ICPC, ni que las sanciones impuestas a las empresas cementeras y a sus representantes legales sean por las actuaciones de tal gremio.

Basta con revisar la decisión recurrida para establecer que el ICPC no fue objeto de sanción o condena alguna y que el fundamento de las sanciones impuestas es la realización de un acuerdo de precios y de reparto de mercado entre las empresas ARGOS, HOLCIM y CEMEX. Esto no significa que si al ICPC se le hubiese abierto

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

investigación y en ella se hubiera demostrado su participación en la práctica censurada no se le hubiere podido sancionar.

Ahora bien, el hecho que se encuentre acreditado en el expediente que el ICPC fue uno de los medios a través de los cuales ARGOS, CEMEX y HOLCIM intercambiaron la información que facilitó la coordinación de sus políticas y conductas y que dicha evidencia sea valorada por esta Superintendencia como determinante de la existencia de los acuerdos sancionados, no implica la violación del debido proceso al ICPC, ni a las empresas investigadas. Todo lo contrario, es el cabal cumplimiento de la ley, pues la Superintendencia al adoptar sus decisiones debe hacerlo con base en las pruebas debidamente allegadas al proceso.

Sobre el intercambio de información de las empresas cementeras a través del ICPC, debe manifestarse que en la investigación abierta mediante Resolución 318 de 1997 se estableció la existencia de intercambio de información de precios y monto diario de despachos de cemento a las diferentes regiones por parte de los afiliados de dicho instituto y se consideró que dicha conducta *"se enmarcaría en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, ya que compartir información sobre precios y cifras de despachos diarios de cemento configuraría un procedimiento tendiente a limitar la libre competencia, que se agrava en un mercado de estructura oligopólica como lo es la producción y comercialización de cemento gris."*

Posteriormente, en la Resolución 1794 de 1999 mediante la cual se ordenó la clausura de la investigación por aceptación de garantías, se consideró que dicha conducta si bien era bastante sospechosa en sí misma no permitía corroborar ni endilgar una conducta ilícita al ICPC o a sus administradores. No obstante en dicha resolución se admitió como compromiso por parte del ICPC, la obligación de *"No remitir a sus afiliados, ni a las controlantes, matrices o subordinadas de éstas, información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris discriminada por empresas que haya sido obtenida de los mismos productores de cemento de Colombia, sus filiales y sus matrices, salvo la que corresponda a informes que detallen los estados financieros"*.

Debe tenerse en cuenta que si bien en la Resolución 1764 de 1999, se hace un recuento de la investigación y de las pruebas, la misma no constituye un pronunciamiento de fondo sobre la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia, toda vez que en dicha resolución se aceptaron las garantías ofrecidas y se ordenó la clausura de la investigación.

En el presente caso, la valoración del intercambio de información entre los investigados, se realizó en conjunto con la totalidad de la evidencia que obra en el expediente y a partir de tal análisis se determinó la existencia de los acuerdos sancionados.

4.5.1.2. Actuación de las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM y de sus representantes legales respecto de la información del ICPC

El intercambio de información estratégica realizado a través del ICPC, no excluye la participación y responsabilidad que le cabe a las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM, toda vez que son ellas las que entregan y reciben de manera voluntaria dicha información, circunstancia que es conocida y consentida por las empresas y sus respectivos representantes legales, todo lo cual, se reitera, está acreditado en el expediente.

El apoderado de HOLCIM manifiesta en el recurso que *"HOLCIM se ha abstenido de compartir información comercial con sus competidores"*, no obstante en el expediente a folio

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

328 del cuaderno 21 obra copia de uno de los múltiples correos remitidos por el ICPC, cuyo asunto es "Cifras Nacionales de cemento del mes de diciembre de 2005", correos que tienen como destinatarios comunes a los representantes legales de las tres empresas sancionadas, señores Bernard Terver, Cesar Constain Van Reck, José Alberto Vélez, a sus respectivos directores comerciales y a otros funcionarios directivos de las mismas.

En la visita realizada a Cemex también se encontró la evidencia de los correos electrónicos del ICPC, recibidos mensualmente y algunos con periodicidad inferior, en los que se remite información estadística de las empresas cementeras.

Así mismo, en los folios 622 a 700 del cuaderno 12, obra copia de las comunicaciones en las cuales el presidente ejecutivo de HOLCIM, señor Bernard Terver remitió mensualmente al Director Ejecutivo del ICPC la información sobre los despachos nacionales de la empresa que representa durante el año 2005. También se estableció que en los reportes correspondientes al periodo investigado (junio – diciembre de 2005) adicionalmente HOLCIM remitió información detallada de sus costos mensuales de producción. En el folio 676 del mismo cuaderno se observa que en el reporte del mes de junio no sólo se remitió información "real" de ventas de cemento en el país, sino que se incluyeron las cifras planeadas, presentando adicionalmente la desviación en pesos y en porcentaje registrada en dicho periodo.

Se reitera que en la visita practicada a HOLCIM se encontró el boletín estadístico del ICPC en el que se incluye información de los despachos nacionales de cemento gris de en el que a partir de los reportes efectuados por ARGOS, CEMEX y HOLCIM se presenta su participación y en el caso de Argos se discrimina la de cada una de sus plantas, así como el promedio diario de despachos. Es importante aclarar que si bien en el reporte enviado por el ICPC se incluyen las cifras de ANDINO, en el mismo se advierte que las mismas son estimadas. Con el fin de evidenciar la importancia, naturaleza y grado de detalle de la información contenida en el referido archivo "Boletín estadístico del ICPC" encontrado en HOLCIM a continuación se presentan dos de los múltiples cuadros que lo componen.

DESPACHOS NACIONALES DE CEMENTO GRIS DURANTE EL MES DE DICIEMBRE DE 2005								
2003 - 2005								
TONELADAS METRICAS								
FABRICAS	DICIEMBRE			VARIACION(%)		PARTICIPACION NAL.	VARIACION EN TON 2005/2004	PARTICIPACION INDUSTRIA (A H C)
	2003	2004	2005	2005/2003	2005/2004			
CEMENTO GRIS								
CARIBE	37.448	45.759	68.778	83,7%	50,3%	9,33%	23.019	3,28
COLCLINKER	14.371	13.032	23.226	61,6%	78,2%	3,15%	10.194	4,43
TOLCEMENTO	19.630	21.093	31.373	59,8%	48,7%	4,26%	10.280	3,28
CAIRO	18.052	19.434	33.832	87,4%	74,1%	4,59%	14.398	4,77
RIOCLARO	47.261	50.209	71.940	52,2%	43,3%	9,76%	21.731	10,15
VALLE	62.032	60.219	97.806	57,7%	62,4%	13,27%	37.587	13,80
PAZ DEL RIO	39.197	40.852	70.701	80,4%	73,1%	9,59%	29.849	9,97
SUB TOTAL G.A.	237.991	250.598	397.656	67,1%	58,7%	53,95%	147.058	56,09
HOLCIM	58.416	73.951	94.009	60,9%	27,1%	12,75%	20.058	13,26
CEMEX	152.518	175.209	217.262	42,5%	24,0%	29,48%	42.053	30,65
SUB TOTAL	448.925	499.758	708.927	57,9%	41,9%	96,18%	209.169	100,00
ANDINO	23.396	20.867	28.153	20,3%	34,9%	3,82%	7.286	
TOTAL	472.321	520.625	737.080	56,1%	41,6%	100,00%	216.455	
DIAS HABILES DEL MES	23	24	24	VARIACION 2005 VS 2003	VARIACION 2005 VS 2004			
PROM DIA HABIL ARGOS	10.347	10.442	16.569	60,1%	58,7%			
PROM DIA HABIL HOLCIM	2.540	3.081	3.917	54,2%	27,1%			
PROM DIA HABIL CEMEX	6.631	7.300	9.053	36,5%	24,0%			
PROMEDIO DIA HABIL A H C	19.518	20.823	29.539	51,3%	41,9%			
PROMEDIO DIA HABIL ANDINO	1.017	869	1.173	15,3%	34,9%			
PROMEDIO DIA HABIL MDO NA	20.536	21.693	30.712	49,6%	41,6%			

2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

DESPACHOS NACIONALES DE CEMENTO GRIS ACUMULADOS AL MES DE DICIEMBRE								
2003 - 2.005								
TONELADAS METRICAS								
FABRICAS	ENERO - DICIEMBRE			VARIACION(%)		PARTICIPACION NAL.	VARIACION EN TON 2005/2004	PARTICIPACION INDUSTRIA (A H C)
	2.003	2.004	2.005	2005/2003	2005/2004			
CEMENTO GRIS								
CARIBE	414.842	425.713	672.816	62,19%	58,04%	8,55%	247.103	8,90%
COLCLINKER	145.562	139.629	218.969	50,43%	56,82%	2,78%	79.340	2,90%
TOLCEMENTO	206.542	203.519	336.383	62,86%	65,28%	4,27%	132.864	4,45%
CAIRO	216.078	231.164	330.134	52,78%	42,81%	4,19%	98.970	4,37%
RIOCLARO	545.666	561.826	801.350	46,86%	42,63%	10,18%	239.524	10,61%
VALLE	711.094	753.084	1.027.578	44,51%	36,45%	13,05%	274.494	13,60%
PAZ DEL RIO	386.728	425.300	600.631	55,31%	41,23%	7,63%	175.331	7,95%
SUB-TOTAL G.A.	2.626.512	2.740.235	3.987.861	51,83%	45,53%	50,65%	1.247.626	52,78%
HOLCIM	726.159	752.708	1.015.678	39,87%	34,94%	12,90%	262.970	13,44%
CEMEX	1.786.478	1.917.638	2.552.027	42,85%	33,08%	32,41%	634.389	33,78%
SUB TOTAL	5.139.149	5.410.581	7.556.566	47,02%	39,64%	95,96%	2.144.985	100,00%
ANDINO	300.648	304.858	317.981	5,77%	4,30%	4,04%	13.123	
TOTAL	5.439.797	5.715.439	7.873.547	44,74%	37,76%	100,00%	2.158.108	

AÑO	2.003	2.004	2.005	VARIACION 2005 VS 2003	VARIACION 2005 VS 2004
DIAS HABILIS TRANSCURRIDOS	295	295	295		
PROM DIA HABIL ARGOS	8.903	9.289	13.518	51,83	45,53
PROM DIA HABIL HOLCIM	2.462	2.552	3.443	39,87	34,94
PROM DIA HABIL CEMEX	6.056	6.500	8.651	42,85	33,08
PROMEDIO DIA HABIL A H C	17.421	18.341	25.812	47,02	39,64
PROMEDIO DIA HABIL ANDINO	1.019	1.033	1.078	5,77	4,30
PROMEDIO DIA HABIL MDO NAL	18.440	19.374	26.690	44,74	37,76

Como se puede apreciar, lo que ha considerado esta Superintendencia como indicio de la realización de los acuerdos de precios y de reparto de mercado, es precisamente la naturaleza de la información intercambiada, así como el grado de detalle, desagregación y periodicidad de la misma, lo cual permite a ARGOS, CEMEX y HOLCIM no solo conocer la información estratégica de sus competidores (cifras del negocio y políticas), sino consolidar de manera consciente una actuación coordinada en la determinación de precios y en la participación de cada una de ellas en el mercado, y hacer seguimiento y monitorear el desarrollo del mercado y de los acuerdos.

Contrario a lo manifestado por el apoderado de HOLCIM, para esta Superintendencia no resulta lógico ni razonable que dicha empresa tenga información de sus competidores que en el caso de ARGOS está discriminada adicionalmente por cada planta. Se reitera que un intercambio de información como el evidenciado, resulta totalmente inconsistente con la supuesta guerra de precios que según las empresas sancionadas se presentó en el periodo investigado para explicar el comportamiento atípico de los precios del cemento gris. En efecto, no es lógico que por un lado se atribuya el comportamiento de las empresas a una supuesta "guerra de precios" y por el otro las mismas en este mismo periodo estén intercambiando mensualmente información estratégica sobre la evolución de su negocio.

Tampoco resulta explicable que en las propiedades del archivo, en el mismo aparezca como "organización" la empresa DICENTE LTDA, que corresponde a una sociedad distribuidora de cementos controlada por ARGOS.

Finalmente, se reitera que al analizarse el intercambio de información evidenciado debe considerarse que de acuerdo con la práctica y normativa comercial la información, papeles y secretos del comerciante son de carácter de reservado.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Con respecto al principio de buena fe y al derecho de asociación que considera el apoderado se está irrespetando, debemos señalar que la buena fe en las actuaciones de las investigadas no se ha desconocido. Sin embargo, la Superintendencia debe adoptar las decisiones teniendo en cuenta el acervo probatorio que obra en el expediente, de acuerdo con el cual se estableció la participación y responsabilidad de las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM y de sus representantes legales en los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercados.

También es claro que los productores de cemento tienen derecho a asociarse, y pueden enviar a sus gremios la información que consideren pertinente, los cuales a su vez pueden publicarla pero de manera agregada siempre que no se conviertan en el vehículo para transmitir a las diferentes empresas competidoras información desagregada propia de la actividad comercial de cada una, ya que tanto el gremio como ellas mismas, deben observar las normas sobre libre competencia. El derecho de asociación no les otorga patente de corso para actuar en contravención con las normas sobre la libre competencia, en las que de manera expresa, se establece que las conductas que afecten libre competencia se consideran de objeto ilícito.

Sobre el derecho de asociación la Corte Constitucional ha manifestado:

"[...] el derecho de asociación se adjudica para sí una doble esfera de comportamiento, esto es, involucra tanto un aspecto positivo de acción como un aspecto negativo de omisión. Así, "a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse, ya que el Constituyente ha garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro"^{68,69}.

4.5.2. Frecuencia y periodicidad de las reuniones de los representantes legales de ARGOS, CEMEX y HOLCIM. La reserva en el Club El Nogal

Señala el apoderado de ARGOS que la Superintendencia no especificó en qué consiste una periodicidad no propia de empresas competidoras, ya que lo que está en juego es el derecho mismo de agremiación que es una de las expresiones de la libertad de asociación. Adicionalmente, indicó que respecto a la reunión del Club El Nogal, la Superintendencia estaba obligada desde el punto de vista probatorio, a demostrar que la reunión se realizó y que el documento no pudo ser controvertido pues ni en la resolución de apertura ni en el informe motivado se hizo referencia alguna a la reserva del Salón.

Igualmente el apoderado de HOLCIM manifestó, con respecto a la reunión en el Club El Nogal, que la Superintendencia no se preocupó por indagar si la misma se llevó a cabo o no, simplemente concluyó que se realizó y que en la misma se intercambió información confidencial sobre precios de venta a los distribuidores.

Así mismo, el apoderado de CEMEX consideró que la Superintendencia no esgrime ninguna evidencia de la presunta asistencia del representante de CEMEX a la reunión en el club el Nogal y que de una separación de un salón efectuada por HOLCIM no se puede predicar responsabilidad a un tercero.

⁶⁸ Sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Al respecto, el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

"2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".

⁶⁹ Sentencia C-865 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Al respecto se reitera que este Despacho no está infiriendo a partir de las múltiples reuniones sostenidas entre las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM, una conducta contraria a la libre competencia. Estas evidencias constituyen indicios que apreciados en conjunto con las demás pruebas obrantes en el expediente, permitieron llegar a la conclusión de la existencia de los acuerdos de precios y de reparto de mercados entre las empresas ARGOS, CEMEX y HOLCIM.

Como se manifestó en el acápite anterior esta Superintendencia es consciente que en desarrollo del derecho de asociación *"a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos"*⁷⁰.

Ahora bien, en el caso de mercados oligopólicos el manejo de información estratégica y reservada de las empresas que participan en el mismo y su suministro e intercambio a través, entre otros mecanismos, del organismo que las asocia y agremia adquiere una relevancia y connotación especial.

En el presente caso, el 95% de la oferta en Colombia del cemento Gris Portland tipo I en el periodo investigado es explicado por la participación de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, quienes a su vez son los únicos tres miembros del ICPC.

La Superintendencia no desconoce el derecho de asociación de dichas empresas al afirmar, con base en la evidencia que obra en el expediente que ARGOS, CEMEX y HOLCIM a través de dicho instituto intercambian información estratégica de las empresas, información que contrario a lo manifestado por el apoderado facilita la realización y monitoreo de acuerdos restrictivos de la competencia.

Ahora bien, la frecuencia y alta periodicidad de las reuniones fue reconocida en las declaraciones de los representantes legales doctores José Alberto Vélez Cadavid y Bernard Gerard Terver⁷¹.

La evidencia de la reservación para una reunión en el Club El Nogal de la ciudad de Bogotá el día 7 de diciembre de 2005, fue apreciada en conjunto con las demás pruebas que obran en el expediente. Evidentemente dicho documento no acredita que la reunión se haya realizado. La existencia de tal reservación acredita que dos días antes de la primera alza en el mes de diciembre, HOLCIM tenía previsto llevar a cabo una reunión de alto nivel con ARGOS, CEMEX y HOLCIM, reunión en la que según la lista de asistentes iban a participar los representantes legales y directores comerciales de las citadas empresas, reunión que no resulta lógica cuando ARGOS, CEMEX y HOLCIM han alegado la existencia de una supuesta *"guerra de precios"*. Aun más cuando la reserva para tal reunión no se enmarca dentro de ninguna actividad que tenga connotación gremial y por el contrario donde llama especialmente la atención que dicha reserva se haya hecho para los tres comerciales de las empresas sancionadas quienes precisamente determinan junto con los representantes legales las políticas de precios y de producción de tales compañías.

Es importante aclarar que la copia del fax de reserva en el Club, no es un documento nuevo como afirma el apoderado de ARGOS. Esta copia fue allegada al expediente, en desarrollo de la visita administrativa ordenada a la empresa HOLCIM en el acto de

⁷⁰ Sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁷¹ Ver Folios 115 y 1971, cuaderno No. 26 del expediente.

2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

pruebas del 9 de junio de 2006, diligencia a la cual no asistieron las demás empresas investigadas, no obstante haberseles comunicado la fecha para la práctica de la misma.

Finalmente, cabe señalar que esta prueba no se tomó de manera aislada para establecer los acuerdos que se imputaron, toda vez que los mismos están soportados en las diferentes piezas probatorias que obran en el expediente y que se han referido en la resolución recurrida y en la presente resolución.

4.5.3. Calidad de socios de HOLCIM y ARGOS en varias empresas en el exterior

El apoderado de HOLCIM manifiesta que el hecho de que dicha empresa y ARGOS participen de manera conjunta en varias compañías de cemento en Latinoamérica, no es prueba de que en Colombia, en donde no son socios, haya incurrido en prácticas anticompetitivas y que es absurdo que la Superintendencia considere como altamente sospechoso que ambas sean socias de empresas fuera de Colombia y que le parezca indicativo de la existencia de acuerdos anticompetitivos. Así mismo, aclara que cuando se habla de Grupo se refiere al GRUPO ARGOS y no a HOLCIM y ARGOS.

Igualmente, el apoderado de ARGOS manifiesta que INCEM cuenta con su propio equipo, diferente e independiente del de aquel y que el hecho de que HOLCIM y ARGOS tengan representación en la junta directiva de esa empresa, no significa que ellas incurran en acuerdos colusorios.

Al respecto, se reitera que la existencia entre ARGOS y HOLCIM de múltiples vínculos comerciales en el extranjero, en empresas productoras y comercializadoras de cemento, constituye un elemento que facilita la concertación y definición de estrategias conjunta en el mercado colombiano, especialmente, si se tiene en cuenta que estas compañías en el exterior tienen negocios en común.

Es importante resaltar que no se trata de negocios accidentales o insubstanciales, toda vez que los mismos datan de principios de la presente década y abarcan varios países y mercados, lo cual fue reconocido por los representantes legales quienes afirmaron tener conjuntamente y con participaciones equivalentes empresas de cemento en Panamá, Haití y República Dominicana. Además realizan actividades de comercialización conjunta de cemento y clinker. Han comprado cemento en China y lo han llevado a los Estados Unidos, también han comprado clinker en Perú para molerlo en Panamá⁷².

Adicionalmente, esta Superintendencia nunca ha afirmado que la existencia de un grupo empresarial entre ARGOS y HOLCIM y siempre ha entendido que la referencia al "Grupo" que se hace en el acta de la reunión de junta directiva realizada el 28 de junio de 2005, era al Grupo ARGOS. De hecho, como se manifestó anteriormente en el expediente el representante legal de ARGOS manifestó que la participación en las empresas o inversiones en Panamá, Haití y República es 50 - 50, es decir que ni ARGOS ni HOLCIM, tienen mayoría decisora, lo que implica ausencia de subordinación o control y que las decisiones deben adoptarse de común acuerdo con el consentimiento de las dos accionistas.

Precisamente bajo este entendimiento, para esta Entidad no resulta lógico que en una reunión de junta directiva de una empresa en Panamá, en la que ARGOS participa como socia de uno de sus competidores directos en Colombia, como lo es HOLCIM,

⁷² Cuaderno 26, folio 115.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

con el cual supuestamente se encuentra en una "guerra de precios", uno de los temas de la reunión sea explicar "la nueva estructura de las empresas de cemento del grupo en Colombia recientemente consolidadas en Cementos del Caribe y ARGOS que se convierte en una empresa Holding de la actividad del cemento."⁷³

Ahora bien, no resulta de recibo lo afirmado por el apoderado de HOLCIM cuando manifiesta que la información a la que se refiere el acta "corresponde a información de tipo absolutamente general que se puede obtener ingresando a la página Web de la empresa [...]"; toda vez que no obra en el expediente prueba que acredite tal aseveración.

Por el contrario, teniendo en cuenta que se trata de una reunión de junta directiva en la que participan funcionarios del más alto nivel de las empresas accionistas no se esperaría que a los mismos se les presente información general que repose en la página Web.

Se reitera, esta Superintendencia es consciente del ámbito territorial de su competencia pero no puede dejar de valorar la evidencia que obra en el expediente sobre los negocios y relaciones existentes en el extranjero entre ARGOS y HOLCIM, toda vez que se insiste no son ocasionales ni de poco significado y facilitan la definición conjunta de estrategias.

También, resulta extraña la coincidente denominación del documento "Presentación Panamá" encontrado en las instalaciones de HOLCIM, en el cual se expone la evolución histórica de las participaciones de cemento en Colombia y se plantea la forma como ARGOS debe "entregar" los puntos de la participación de ANDINO.

Por otra parte, el apoderado de ARGOS argumenta que el INCEM cuenta con su propio equipo, diferente e independiente de ARGOS, circunstancia que no desvirtúa el hecho de ARGOS y HOLCIM sean quienes designan a los miembros de junta directiva, que después de la asamblea de accionistas es el máximo órgano de la sociedad.

Adicionalmente, contrario a lo manifestado por el apoderado, en la reunión de Junta Directiva del INCEM celebrada el 28 de junio de 2005, cuya copia reposa en el expediente, se deja constancia que estuvieron presentes: Eric Flesh, Gabriel Restrepo y Jorge Mario Velásquez, quienes respectivamente se desempeñan como Vicepresidente Internacional, Gerente de Inversiones de América Latina y Vicepresidente de Logística del Grupo ARGOS, estos dos últimos con sede en Bogotá. También se deja constancia de la asistencia del señor Bernard Terver, representante legal de HOLCIM en Colombia para la época de los hechos investigados.

Finalmente, llama la atención de este Despacho que el apoderado de HOLCIM manifieste que "se entendería que tales inversiones y reuniones generarán sospecha, si la SIC hubiera encontrado que las empresas comparten en Panamá o en alguna otra parte, información confidencial sobre las operaciones en Colombia, pero ello no es así." (resaltado extratextual) esto denota o un desconocimiento del expediente por parte del apoderado o la incomprensible intención de desconocer la evidencia que obra en el mismo, de conformidad con la cual está establecido que las empresas sancionadas compartían información confidencial sobre sus operaciones en Colombia, pruebas que se obtuvieron en las vistas administrativas realizadas a sus instalaciones ubicadas en éste país.

⁷³ Ver folio 672 del cuaderno 18 del expediente.



Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Como lo reconoce el apoderado de HOLCIM resulta sospechoso el intercambio de "información confidencial de sus operaciones en Colombia", sin que el lugar en que éste se verifique afecte tal circunstancia

4.5.4. Definición de estrategias conjuntas

Al revisar las actas de las reuniones de junta directiva del ICPC, en las cuales participan directamente los representantes legales de ARGOS, CEMEX y HOLCIM debemos señalar que esta información evidencia la realización de reuniones periódicas y el manejo conjunto de aspectos del mercado del cemento en Colombia. En efecto en el acta 111⁷⁴ dentro de las recomendaciones efectuadas se señala que: "El ICPC deberá revisar el tema de competitividad interna y externa de las empresas del sector, en especial frente al riesgo de importaciones de terceros países, tema sobre el cual se deberá presentar un informe en la próxima reunión". Por su parte en el acta 116 al referir los objetivos de los comités de trabajo al interior del ICPC se decidió que el foco del Instituto debería ser: "Procurar el fortalecimiento de la normalización y reglamentación referente al sector, buscando tener mejores niveles de competitividad y defensa frente a distintos competidores".

Por su parte en el acta 117 del 24 de mayo de 2006, el Representante Legal de HOLCIM señala claramente como un objetivo la búsqueda de una estrategia común para los agremiados en el ICPC. Este tipo de estrategias indican una coordinación que vinculada a las demás pruebas anotadas en la resolución recurrida y constituyen indicios adicionales de la falta de actuación independiente de las empresas sancionadas.

Vale la pena recordar que este tipo de previsiones referidas al interior del ICPC, también se vislumbran en el documento denominado "Diseño e implementación del Modelo de operación Logística para Argos" que menciona el apoderado de HOLCIM en el recurso de reposición, estrategia que coincide con lo señalado por el señor Bernard Gerard Terver en la reunión del ICPC del 24 de mayo de 2006.

Las actas del ICPC a que se hace referencia en la resolución recurrida fueron suministradas directamente por dicho Instituto en la visita de inspección decretada y practicada en las instalaciones del mismo, por lo tanto son pruebas legales y oportunamente allegadas al expediente que dan cuenta de la actuación conjunta de las empresas.

4.5.5. Documento denominado "Presentación Panamá"

El apoderado de HOLCIM manifiesta que el documento fue elaborado por el señor Jorge Neira y no fue conocido por algunas personas de HOLCIM y que no se refiere a un hipotético acuerdo anticompetitivo. De igual manera el apoderado de ARGOS consideró que se aparta de las conclusiones que con respecto al mismo, llegó el Despacho.

Sobre el valor probatorio de la "Presentación Panamá" debe señalarse lo siguiente:

- Fue recaudada en la visita administrativa ordenada y llevada a cabo por esta Superintendencia en las instalaciones de HOLCIM.
- Fue encontrada en el computador del señor Jorge Neira, funcionario de HOLCIM.

⁷⁴ Ver folios 315 a 317 del cuaderno 21 del expediente.

V

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

- De acuerdo con el testimonio presentado por el señor Neira este documento fue reconocido como de su autoría y fue elaborado para ser presentado a ejecutivos de HOLCIM en una reunión que se llevaría a cabo en Panamá.
- En la presentación se hace una descripción de la evolución de las participaciones de mercado del cemento Gris en Colombia el cual corresponde con las cifras que obran en el expediente.
- En el documento se hace alusión a la adquisición de ANDINO por parte de ARGOS y está demostrado que efectivamente ésta adquirió a la empresa cementos ANDINO. También se plantea la forma como ARGOS debe "entregar" a sus competidores CEMEX y HOLCIM los puntos de la participación de ANDINO.

Como se observa el documento denominado "*Presentación Panamá*" es una prueba válida y legalmente allegada al expediente. Ahora bien, está acreditado que tal documento no corresponde a aspectos de la esfera personal del señor Neira, sino que el mismo fue elaborado para ser presentado en el marco de sus funciones a ejecutivos de la empresa, y que en él se describen las participaciones de las empresas investigadas en el mercado del cemento en Colombia y un panorama de las estrategias desplegadas por las mismas, en el que se incluyó el periodo de investigación. La información de dicho documento coincide con las conductas demostradas durante la investigación y que son objeto de reproche, pues sin la existencia de un acuerdo de reparto de mercado no resulta explicable que ARGOS deba entregar los puntos de la participación de ANDINO a sus competidores, lo cual restablecería el equilibrio observado en las participaciones de mercado de tales empresas.

4.5.6. Documentos "Definición de la estrategia comercial 2006-2009" de HOLCIM y "Estrategia Argos marzo 2005" de ARGOS

Señala el apoderado de HOLCIM que estas son maneras de conducirse de HOLCIM, por un lado y de ARGOS por el otro, que la Superintendencia descontextualizó.

Este Despacho en la resolución recurrida, tuvo en cuenta las consideraciones de tales documentos con el fin de corroborar esas afirmaciones con las conclusiones a las que llega el documento "*Presentación Panamá*" y encontró una reiteración en cuanto a las estrategias encaminadas a mantener un equilibrio y unas participaciones en el periodo de investigación, lapso en el que no se encuentra demostrada la existencia de una "*guerra de precios*" sino de un acuerdo sobre los mismos. De igual manera se encuentra el reconocimiento de ARGOS de la falta de competencia que entra a corroborar lo ya dicho para el periodo de junio a diciembre de 2005, y adicionalmente plantea su táctica para un escenario de competencia hacia el futuro toda vez que el equilibrio existente es inestable. A continuación se transcriben algunas diapositivas que convalidan lo afirmado por esta Superintendencia.

✓

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Conclusiones Analisis de Industria Cemento



- La conducta mitiga la rivalidad de la industria pero bloquea todas las fuentes de crecimiento para Argos. No genera incentivos para los incumbentes para crecer por lo cual deja que nuevos entrantes dinamicen la industria y ellos capturen todo el valor diferencial de las nuevas movidas.
- La configuración regional de la conducta va en contravía a la configuración ideal de oligopolio, es decir, esta en un equilibrio inestable. Argos está perdiendo oportunidades con ese equilibrio que los sostiene a todos a costa de renuncias tácticas de Argos al crecimiento. Sin embargo, Argos es el único jugador que podría ganar en cualquier otra configuración de industria.
- La industria no bloquea los entrantes, los ignora, porque esta atrapada en el paradigma de que este es un negocio de volumen e intensivo en capital
- El competidor del futuro se va a parecer más a Uno A que a Cemex. Es importante entender bien a Uno A o cualquier nuevo entrante y competir.

Page 11

The Breakthrough

Conclusiones de Posición Relativa de Argos



- Argos es el mejor posicionado para un eventual escenario de competencia abierta.
- Argos es el jugador mas costo-efectivo en un radio de sus centros productivos, i.e., el de mejor FCC en los predios del cliente debido a su configuración regional con plantas locales que mitiga el impacto de los costos de transporte.
- Por lo anterior, Argos está llamado a liderar la industria, bajo un modelo de creación de contexto competitivo, no oligopólico, o no bajo los actuales parámetros.
- Algunas de las marcas de Argos tienen latencias regionales que le permiten cobrar primas alrededor de un 5 a 10%

Page 30

The Breakthrough

4.5.7. Información encontrada en ARGOS sobre precios de competencia. Del abastecimiento de ARGOS a CEMEX y de las relaciones comerciales entre HOLCIM y CEMEX

Señala el apoderado de HOLCIM con respecto a los correos electrónicos que obran a folios 631 a 634, que la Superintendencia tergiversa la información que obra en el expediente. Que los mismos se están refiriendo a los precios a los cuales ARGOS le vende cemento a CEMEX y a HOLCIM.

El apoderado de ARGOS a su vez estima que la venta de cemento que esa compañía hizo a sus competidores, no está prohibida y que se realizó sin ningún privilegio o trato preferencial.

Al respecto se aclara que esta Entidad no está tergiversando la información del expediente. Es claro que no es ilegal intercambiar producto entre las empresas cementeras en Colombia y no se está haciendo ningún reproche por ello. Sin embargo,

2

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

este intercambio no es coherente con los argumentos planteados en su defensa por los sancionados ni con las demás pruebas existentes en el expediente.

En efecto, las investigadas presentaron como argumento que justificaba las tendencias del paralelismo de precios durante el período de investigación, la existencia de una supuesta *"guerra de precios"*. En esa medida no es coherente considerar que si había una pugna constante por obtener una mayor cuota participación y los incrementos se realizaron por una fuerte presión competitiva en el mercado, entre las cementeras en discordia, se estuviese comprando "abasteciendo" cemento.

Ahora bien, no es ajeno a esta Superintendencia que el hecho de que entre las empresas se estuviera vendiendo cemento, el factor precio no era una limitante para competir en la medida en que cada uno de los actores estaba en condiciones de conocer directa o indirectamente el precio al que estaban vendiendo sus competidores en el mercado. Como se ve, ese hecho facilita actuar de manera coordinada en este y en los demás canales de comercialización.

Lo que se puede deducir de estas prácticas facilitadoras anotadas es que ese contacto permanente estaba ligado a la forma como debían comportarse en el mercado y es por ello que el paralelismo no fue fruto del azar sino que era consciente y respondía a la estrategia de las empresas, todas ellas monitoreadas a través del intercambio de información confidencial de cada una de ellas, información que le permitía conocer los despachos mensuales de cementos y el promedio diario despachado por cada una.

Ahora, carece de sustento la afirmación de que se deben investigar de inmediato todos los gremios del país y sus afiliados, pues las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia parten de unos supuestos fácticos que llevan a considerar a la Autoridad que aparentemente se están infringiendo las normas de libre competencia. Esta Superintendencia nunca ha considerado que la existencia de agremiaciones sea una conducta ilegal, sin embargo, en el evento en que sus actividades o la de los afiliados denoten la presencia de una violación a las normas de libre competencia esta Entidad está facultada para adelantar una actuación administrativa para verificarlo.

4.6. SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL SEÑOR JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID

Teniendo en cuenta que en el recurso se plantean algunos argumentos complementarios que pretenden desvirtuar la responsabilidad del representante legal de ARGOS, además de lo ya mencionado en la presente resolución, proceden las siguientes consideraciones:

4.6.1. Sobre la falta de imputación de los cargos y el grado de responsabilidad atribuido

El apoderado de ARGOS argumentó que al señor José Alberto Vélez Cadavid nunca se le hizo imputación fáctica o jurídica alguna, y que *"por lo tanto se le ha vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, debemos remitirnos al inicio de ésta investigación, empezando por la misma Resolución de apertura"*, de la cual cita apartes.

En el caso de la imputación fáctica argumenta el apoderado que *"no se dice cuáles son los hechos relevantes que van a ser objeto de investigación"*. De otro lado en el caso de la imputación jurídica señala que *"no se precisó cuál de los tres verbos rectores, contenidos en la norma (autorizar, ejecutar o tolerar) era el que presuntamente se estaba realizando."*

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

Al respecto, cabe señalar que precisamente la imputación fáctica se define claramente en la resolución de apertura, esto es, los cargos de acuerdo para la fijación de precios y repartición de mercados. A su vez, contrario a lo señalado por el apoderado, se realizó la imputación jurídica que consistió en indagar durante la investigación si el señor José Alberto Vélez Cadavid tenía responsabilidad en los términos del artículo 4 numeral 14 del Decreto 2153 de 1992 y establecer cuál habría de ser el grado de colaboración o si esta no se presentó. Esta norma establece diferentes grados de participación pero todos ellos implican una conducta reprochable que da lugar a la responsabilidad y por tanto a una sanción del representante legal. Precisamente, es la resolución final la que concluye cuál es el grado de responsabilidad y no puede hacerlo antes esta Entidad pues en ello consiste la investigación.

Adicionalmente, como ya se indicó también en el punto 4.1.2., esta Superintendencia señaló de manera adecuada los fundamentos y tipificación del acuerdo de repartición de mercados.

La comparación realizada entre el auto de cargos del proceso disciplinario y la resolución de apertura del proceso administrativo de esta Superintendencia realizada por el apoderado de ARGOS, así como la demás jurisprudencia citada en el recurso que hace referencia al proceso disciplinario no es del todo aplicable al caso, ya que a diferencia del acto de apertura de investigación del procedimiento de prácticas comerciales restrictivas, la Ley 734 de 2008 en el artículo 163 impone unos requisitos específicos que debe contener el auto de cargos y sobre los cuales se está pronunciando la jurisprudencia citada por el apoderado.

El apoderado insiste además, en la violación del principio de tipicidad de la conducta imputada al señor José Alberto Vélez Cadavid. Contrario de lo señalado por el apoderado, desde el inicio de la investigación esta Entidad a través del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia señaló que indagaría sobre la posible responsabilidad del señor Vélez Cadavid en la participación de un acuerdo para la fijación de precios, repartición de mercados y asignación de cuotas, por lo que no se violó tal principio.

4.6.2. Sobre la Junta Directiva del INCEM del 28 de junio de 2005

El apoderado de ARGOS se refirió a la reunión de Junta Directiva del INCEM del 28 de noviembre de 2005, y adujo: *"Pues resulta que el señor José Alberto Vélez Cadavid no hace parte de esa junta Directiva, y, aunque a veces está presente en sus reuniones, no estuvo en la que se llevó a cabo el 28 de junio de 2005, como de la misma acta puede constatarse.*

Lo anterior pone en evidencia, la falta de rigor de la SIC, en la valoración de las pruebas que invoca contra el Dr. Vélez."

Dentro del análisis de responsabilidad de los representantes legales en la resolución recurrida que fue presentado en el capítulo 9 y específicamente en el 9.1 que hizo referencia al señor José Alberto Vélez Cadavid, este Despacho no se refirió a la Junta Directiva del INCEM del 28 de junio de 2005, sino a la prueba recaudada y a la declaración del investigado donde él manifestó que existe un comité de precios en el que participan las áreas comercial, logística y técnica y que *"Normalmente cuando llegan a una decisión pues se comenta con la presidencia y allí aparece un precio determinado"*⁷⁵, para

⁷⁵ Cuaderno 26 folio 104.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

llegar a la conclusión de que el señor Vélez Cadavid ejecutó las conductas de acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados.

Adicionalmente, el comité de precios a que alude el testimonio solo se constituyó con posterioridad al 12 de enero de 2006, de manera que no operó durante el período investigado⁷⁶.

4.6.3. Sobre las reuniones gremiales

El apoderado de ARGOS señaló que *“la Resolución impugnada señala que es en el marco del ICPC que los representantes legales de las empresas se reúnen para, según la Superintendencia, acordar precios y repartirse el mercado.*

Desconoce la SIC que reuniones como esta se hacen en el marco de agremiaciones de las que las empresas hacen parte, por lo que prohibir a los representantes legales de las compañías acudir a las reuniones del ICPC, ASOCRETO, CAMACOL, FICEM, ANDI, ACACA, CCI, entre otros, equivale a prohibir el derecho de asociación y/o agremiación que se encuentra protegido constitucionalmente (...).”

Esta Superintendencia ya se refirió a este punto en el numeral 4.5.1. Vale la pena insistir en que en ningún momento en la resolución recurrida afirmó que en el marco de ASOCRETO, CAMACOL, FICEM, ANDI, ACACA o CCI se llevaran a cabo las conductas de acordar precio y/o repartirse el mercado. Específicamente hizo referencia al ICPC, en donde encontró comentarios en las actas de Junta Directiva e información proveniente de este organismo que sí constituyó un medio facilitador para llevar a cabo las conductas investigadas.

Tampoco contiene la resolución recurrida esa afirmación genérica que ahora pretende el apoderado endilgar, como es prohibir a los representantes legales acudir a esas agremiaciones.

Como se dijo en el numeral 4.5.1.2. de esta resolución, esta Superintendencia no desconoce que los productores de cemento tienen derecho a asociarse, pero tanto ellos como el gremio que los cobija, no están facultados para desarrollar prácticas restrictivas de la competencia. El derecho de asociación no implica que puedan actuar en contravención con las normas sobre la libre competencia, en las que de manera expresa, se establece que las conductas que la afecten se consideran de objeto ilícito.

Sobre el derecho de asociación la Corte Constitucional ha manifestado que a nadie se le puede prohibir o impedir que se asocie *“mientras sea para fines lícitos”*⁷⁷ Por ello, no puede el apoderado tomar la protección constitucional del derecho a la asociación como una garantía que impida cuestionar las actuaciones que en el marco del mismo se hagan en contravención de la ley, máxime considerando que la Constitución también protege el derecho a la libre competencia a través de esta Superintendencia.

4.6.4. Las declaraciones del señor José Alberto Vélez Cadavid

El apoderado desestima las conclusiones que sobre las declaraciones del señor José Alberto Vélez Cadavid este Despacho hizo en la resolución recurrida. En especial señala que *“Es una cosa, que el Doctor Vélez Cadavid haya reconocido estar enterado de los*

⁷⁶ Resolución 51694 de 2008.

⁷⁷ Sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

γ

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

precios y cantidades a los que su compañía vendía el cemento, y otra muy distinta, que hubiera autorizado o participado en un acuerdo colusorio con sus competidores.

No se entiende, entonces, a que se refiere la SIC cuando dice que mi poderdante reconoció "haber estado enterado y haberlo consentido" (se resalta) pues en ningún momento mi apoderado mencionó haber consentido ninguna actividad que tuviera que ver con un acuerdo colusorio.

Por consiguiente el despacho pone en Boca de quien represento afirmaciones que nunca hizo." (Negrilla dentro del texto)

En efecto, el señor Vélez Cadavid reconoció que participa de las decisiones de precios y de las cantidades de cemento vendidas. En ningún momento la resolución recurrida cuando hizo referencia a que este se "hubiera enterado y hubiera consentido", lo hizo para decir que el señor Vélez hubiera admitido consentir en un acuerdo colusorio, sino para decir que aceptó su participación en la política de precios y cantidades vendidas de la empresa. Producto de la investigación esta entidad pudo constatar que se acordó fijar unos precios y repartirse el mercado y esto se realizó mediante la determinación de unos precios y unas cantidades en el mercado, de allí que estas afirmaciones necesariamente conducen a que el señor Vélez Cadavid haya participado de la ejecución de las conductas.

A su vez, el apoderado cita apartes de la declaración del señor José Alberto Vélez Cadavid sobre el rechazo que este hace al intercambio de información de las empresas en el marco del ICPC y sobre su convicción acerca de la importancia de la libre competencia.

Sobre las afirmaciones efectuadas en la declaración por parte del señor Vélez para explicar su comportamiento o excluir su responsabilidad cabe anotar que ellas no demuestran *per se* lo aseverado en tanto que deben ser debidamente acreditadas. En el presente caso, esta entidad encontró efectivamente que en el ICPC se intercambiaba valiosa información de carácter reservado sobre las operaciones de sus empresas miembros, como se evidencia en los correos y boletines que obran en el expediente. Por lo tanto, las solas afirmaciones genéricas del investigado sobre el respeto que tiene por la libre competencia, no constituyen prueba para controvertir o desestimar la evidencia que en sentido contrario obra en el expediente.

Llama también la atención que el señor José Alberto Vélez Cadavid haya manifestado que existía entre la empresa que representaba y sus competidores intercambio de productos o materias primas cuando de la prueba que obra en el expediente se deriva que ARGOS vendió cemento a CEMEX y a HOLCIM.

Finalmente, en relación con la información enviada por el ICPC por correo electrónico y la reserva en el Club El Nogal este despacho se remite a lo expuesto en el numeral 4.5. de la presente resolución.

QUINTO: Respecto de las pruebas solicitadas es importante tener en cuenta que el artículo 56 del C.C.A. establece:

"Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio".

En este sentido, de conformidad con la ley el recurso de reposición debe resolverse de plano y por tanto no hay lugar a la petición ni aporte de nuevos documentos en esta

7

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Radicación N° 05130476

etapa procesal por parte del administrado. La norma permite al funcionario que ha de decidir el recurso decretar pruebas de oficio, sin embargo en el presente caso y teniendo en cuenta el acervo que obra en el expediente, no se considera necesario, pertinente ni conducente. Por lo anterior, se rechaza la totalidad de las pruebas solicitadas por HOLCIM.

En mérito de lo expuesto en la presente resolución, este despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008, adicionando el ARTICULO QUINTO de la misma, incluyendo los documentos de identidad de las personas naturales sancionadas, así:

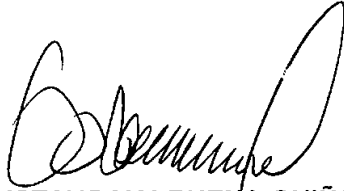
Cesar Constain Van Reck	Cédula de ciudadanía 79.143.326
Jose Alberto Vélez Cadavid	Cédula de ciudadanía 8.345.685
Bernard Gerard Terver	Cédula de Extranjería 297.730

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores XIMENA ZULETA LONDOÑO, apoderada de la sociedad CEMENTOS ANDINO S.A., ANDRES FERNANDEZ DE SOTO, apoderado del señor FEDERICO MOLINA SOTO, ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, apoderado de la sociedad HOLCIM (COLOMBIA) S.A. y del señor BERNARD GERARD TERVER, JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR apoderado de la sociedad CEMEX COLOMBIA S.A. y del señor CESAR CONSTAIN VAN RECK y GABRIEL IBARRA PARDO, apoderado de la sociedad CEMENTOS ARGOS S.A. y del señor JOSE ALBERTO VELEZ CADAVID, entregándoles copia de la misma e informándoles que en contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE 08 ENE 2010

Dado en Bogotá, D.C., a los ocho (8) días del mes de enero de dos mil diez (2010)

El Superintendente de Industria y Comercio,


GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

NOTIFÍQUESE:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Apoderado
Sociedad HOLCIM (Colombia) S.A., y del
Señor Bernard Gerard Terver
Calle 72 No. 6 – 30 Piso 12

Radicación N° 05130476

Bogotá, D.C.

Doctor

JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

Apoderado

Sociedad CEMEX Colombia S.A. y del

Señor Cesar Constain Van Reck

Carrera 14 No. 93B – 32 Oficina 404

Bogotá, D.C.

Doctor

GABRIEL IBARRA PARDO

Apoderado

Sociedad Cementos ARGOS S.A. y del

Señor José Alberto Vélez Cadavid

Carrera 11 No. 82 – 01 Oficina 902

Bogotá, D.C.

Doctor

ANDRES FERNANDEZ DE SOTO

Apoderado

FEDERICO MOLINA SOTO

Carrera 11 No. 82 – 01, oficina 903

Bogotá, D.C.

Doctora

XIMENA ZULETA LONDOÑO

Apoderada

CEMENTOS ANDINO S.A.

Carrera 11 No. 82 – 01, oficina 903

Bogotá, D.C.

Y