



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 34805 DE 2005
(23 DIC 2005)

Por la cual se aceptan unos ofrecimientos de garantías

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus atribuciones legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 15460 del 30 de junio de 2004, esta Entidad abrió investigación en contra de las empresas: CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., así como en contra sus representantes legales, luego de encontrar elementos en torno a la probable violación de las siguientes normas:

1.1 Por parte de las empresas

1.1.1 Acuerdo de precios. Los denunciados coinciden en señalar que las empresas Paz del Río y Holcim, habrían disminuido los precios de sus productos correspondientes a las marcas de cemento Ganacem y Hércules, en los departamentos de Boyacá y Casanare, dentro del periodo comprendido entre noviembre y diciembre de 2003.

En el mismo sentido, las facturas obtenidas de los distribuidores requeridos, dejan entrever que las marcas de cemento gris Hércules y Ganacem, registraron precios constantes desde septiembre de 2003 hasta noviembre de ese mismo año, mes en el cual ambas marcas registraron disminuciones de precio, en porcentajes cercanos al 30%, con pocos días de diferencia.

1.1.2 Acuerdo para impedir el acceso al mercado. De acuerdo con lo manifestado por Cementos del Oriente, las empresas Paz del Río y Holcim, a través del acuerdo antes mencionado, estarían impidiéndole su acceso *"al mercado y a los canales de comercialización del cemento gris en los departamentos de Boyacá y Casanare, durante el periodo noviembre-diciembre de 2003"*.

Según lo manifestado por el representante legal de Cementos del Oriente, la reducción de precios de las marcas Ganacem y Hércules, lo obligaron a salir del mercado, para posteriormente retornar los precios de dichas marcas a valores similares a los existentes antes de su incursión dentro de éste.

1.2 Por parte de los representantes legales

Como resultado del ejercicio de la representación legal, se infiere que quienes ostentan dicha calidad en las empresas antes mencionadas, probablemente habrían autorizado, ejecutado o cuando menos tolerado, las conductas que se imputan a las respectivas empresas.

Según lo regulado en los numerales 15 y 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, están sujetos a las sanciones allí contempladas, tanto las empresas infractoras como los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas

23 DIC. 2005

naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado bajo el número 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005, los apoderados de las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., y de sus correspondientes representantes legales, en forma conjunta solicitaron la clausura definitiva de la investigación, para lo cual formularon ofrecimiento de garantías, adquiriendo los siguientes:

2.1 Compromisos:

De manera general, el ofrecimiento presentado por las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., (en adelante las obligadas), así como de sus representantes legales, está compuesto por los siguientes compromisos:

"(...)

Las empresas que representamos se comprometen de manera específica a lo siguiente:

1.1 Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros.

Así mismo, abstenerse de realizar conductas con la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización.

Para el efecto, cada una de las empresas investigadas se compromete en forma independiente a lo siguiente:

- a. A establecer los precios de sus productos en forma unilateral y autónoma, de conformidad con los criterios que previamente establezca.*
- b. A informarle a la SIC los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la SIC por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas.*

En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la SIC en cada una de las empresas investigadas.

- c. A mantener a disposición de la SIC información actualizada respecto de la red de distribución de cemento Pórtland Gris TIPO I, incluyendo los municipios o zonas del territorio nacional en los cuales se encuentran tales distribuidores.*

1.2 Abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tenga por objeto eliminar uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos.

Para el efecto, LOS INVESTIGADOS asumen los costos variables de producción como aquellos que aumentan o disminuyen en respuesta directa a un aumento o disminución del nivel de producción de la empresa. Así mismo asumen los costos medios variables de

23 DIC 2005

producción como los costos por unidad de producción que resultan de dividir los costos variables por el número de unidades producidas.

De conformidad con lo anterior, el cálculo de los costos medios variables de producción de cada una de las empresas puede tomar en consideración factores como los siguientes:

- *Combustible y energía*
- *Materias primas*
- *Empaques (no aplica para el cemento a granel)*
- *Desgaste de piezas*

La información inicial sobre los items que se incluyen dentro de los costos variables medios de producción y la forma en que cada una de las empresas los calcula, será comunicada a la SIC por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas.

En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la SIC en cada una de las empresas investigadas. Adicionalmente, la información sobre gastos de transporte, también se mantendrá a disposición de la SIC.

1.3 Las obligaciones contenidas en este punto a cargo de LOS INVESTIGADOS estarán vigentes durante tres (3) años contados a partir de la fecha en que quede en firme la decisión que apruebe las garantías, sin perjuicio de la obligación permanente sobre el cumplimiento de la ley, y de la posibilidad y obligación que en todo tiempo mantiene la SIC, de ejercer las facultades que le otorga la ley.

(...)"

2.2 Colateral

Las empresas investigadas se comprometen a constituir dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, "Una póliza de seguros o garantía bancaria que cubrirá el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por medio de este memorial, así como en el ofrecimiento de garantías propuesto a la SIC dentro del expediente identificado con la radicación No. 04115964."

TERCERO: Que para decidir lo solicitado, este Despacho tendrá en cuenta que el ofrecimiento cumpla con los requisitos establecidos por el Decreto 2153 de 1992, de la siguiente manera:

3.1 Numeral 12 del artículo 4 y artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

En ejercicio de la facultad contemplada en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, al Superintendente de Industria y Comercio le corresponde decidir sobre la terminación de las investigaciones por posibles infracciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor ofrezca garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

23 DIC. 2005

La anterior atribución implica el uso de una potestad discrecional, pero como es apenas entendible, la discrecionalidad no puede traducirse en arbitrariedad, sino en la realización por parte de la administración de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones con el fin de permitir el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general.¹

Hecha la anterior aproximación, corresponderá ahora señalar que el Superintendente debe efectuar dos revisiones respecto al ofrecimiento presentado. En una primera instancia, debe asegurarse que el cumplimiento de lo ofrecido permita vislumbrar que el comportamiento que ha sido cuestionado será efectivamente suspendido y, posteriormente, que las garantías puestas a su consideración son suficientes de que ello sucederá y perdurará. Veamos si lo anterior se cumple en el caso que se analiza.

3.2 La obligación que se garantiza

De acuerdo con el procedimiento establecido para las investigaciones por violación a las normas sobre libre competencia en el Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrirá investigación cuando los resultados de la averiguación preliminar permitan concluir que existe mérito para ello.² En esta medida, al abrirse la investigación se delimitarán los aspectos normativos y fácticos que serán objeto de instrucción, señalándose tanto las normas que podrían haberse contravenido, como las conductas particulares que se estima violarían la ley.³

Ahora bien, la suspensión o modificación de la conducta constituye el compromiso principal que debe realizar quien tiene interés en acogerse a este mecanismo procesal. Por ello, el análisis que realizará el Superintendente consiste en establecer si lo ofrecido asegura o no, que de cumplirse, el mercado se verá liberado de las circunstancias que motivaron el inicio de la investigación.

Para tal propósito, el ofrecimiento debe hacerse en los mismos términos de la resolución de apertura, pues el compromiso del infractor debe versar íntegramente sobre los hechos investigados e implicar que éstos serán suspendidos o modificados.

En el caso concreto, las obligadas se comprometen a suspender las conductas que constituyen el sustento de la investigación, garantizando que se abstendrán de realizar acuerdos consistentes en la fijación directa o indirecta de precios, y de conductas que tengan la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización.

¹ Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Ver también Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, página 73. Universidad Externado de Colombia. 1998.

² "Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y práctica comerciales restrictivas a que se refiere ese decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación". Inciso 1 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

³ En el procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 se prevé que "Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer". La disposición sólo hace sentido si para ese momento el destinatario de la notificación puede conocer los hechos que se le investigarán y las normas contra las cuales se hará el análisis.

23 DIC 2005

3.3 Garantía

Una garantía representa una obligación adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos del deber a que accede. Aplicado al caso que nos ocupa, debemos señalar que la obligación principal es la que ha quedado descrita en el punto anterior, y lo que se busca es garantizar su efectivo y correcto cumplimiento.

Dado que la aceptación de garantías y la consecuente clausura de investigación han quedado supeditadas al juicio del Superintendente,⁴ resulta imperativo definir los parámetros bajo los cuales ha de establecerse la suficiencia en el ofrecimiento formulado.⁵ Para tal propósito, esta Entidad considera que la suficiencia debe predicarse respecto a un parámetro general y a uno particular.

Respecto al parámetro particular, habrá suficiencia en cuanto pueda concluirse que la implementación de los compromisos propuestos incentiva los fines de la aplicación de las normas sobre competencia, contemplados en el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992. Analizado el ofrecimiento sometido al estudio de este Despacho se advierte que este parámetro se cumple, toda vez que es posible considerar que las obligadas concurrirán al mercado no en forma conjunta sino independiente, permitiendo que los consumidores tengan libre escogencia respecto de sus productos, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades.

En relación al parámetro particular, habrá suficiencia cuando quiera que exista un elemento que brinde tranquilidad a esta Entidad, respecto a que los compromisos asumidos serán materializados en hechos concretos y que en caso de incumplirse, podrá la Superintendencia hacer efectiva la correspondiente garantía.

Bajo este parámetro se entenderá que el elemento es idóneo, en la medida en que las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., constituyan cada una, por separado, póliza de seguros o garantía bancaria por valor de setecientos sesenta y tres millones de pesos m/cte (\$763.000.000), con vigencia de un (1) año, prorrogable por dos (2) años más a criterio de esta Entidad, y que los señores KARL ANDREAS HEUSLER y ERIC FLESH SANTORO, representantes legales de las referidas empresas, constituyan cada uno, por separado, póliza de seguros o garantía bancaria por valor de ciento catorce millones cuatrocientos cincuenta mil pesos m/cte (\$114.450.000), con vigencia de un año, prorrogable por dos (2) años más a criterio de esta Entidad, que equivalen, en su orden, al 100% de la sanción máxima que esta Entidad puede imponer a las empresas y a los representantes legales, por la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.⁶

⁴ En la redacción del inciso 4 del artículo 52 y del numeral 12 del artículo 4, ambos del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio ordenará la clausura de la investigación "...cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga". (Subrayado nuestro)

⁵ A este respecto, es importante precisar que, la expresión suficiencia entraña un calificativo de referencia, relativo a que lo que se propone es bastante para lo que se necesita, que es apto e idóneo para el fin propuesto. (Tomado del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima primera edición, página 1223).

⁶ Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numerales 15 y 16.

23 DIC. 2005

De esta manera, este Despacho considera que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de las sociedades investigadas y sus representantes legales, quedaría suficientemente respaldado con las referidas pólizas o garantías bancarias, lo que le otorga a esta Entidad un grado razonable de confianza en cuanto a que lo ofrecido será efectivamente cumplido.

3.4 Esquema de seguimiento

Como complemento a las indicaciones que hemos dado, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende que su deber de verificación del correcto funcionamiento de los mercados, previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, no se verá satisfecho en el presente caso, sin un esquema de seguimiento que permita corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación.

Para los anteriores efectos, las obligadas deberán:

3.4.1. Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.

3.4.2. Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados bajo los números 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005; 03104506-10094 del 18 de noviembre de 2005; 04115964-10197 del 24 de noviembre de 2005; 03104506-10097 del 9 de diciembre de 2005 y 03104506-10098 del 22 de diciembre de 2005.

3.4.3. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, cada una de las obligadas deberá contratar un auditor independiente, quien presentará a esta Superintendencia informes detallados y pormenorizados sobre la manera en que las obligadas vienen dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos en el considerando segundo del presente acto. Para los anteriores efectos, el auditor deberá presentar los correspondientes informes en forma semestral, con corte a 30 de junio y 31 de diciembre, durante el tiempo que se mantengan las pólizas de cumplimiento o las garantías bancarias.

Lo anterior, claro está, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que la ley le confiere a esta Superintendencia, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento, sin necesidad de previo aviso.⁷

⁷ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

"10. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones;

"11. Practicar visitas de inspección con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan, conforme a la ley;

23 DIC. 2005

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente resolución, así como el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento o garantía bancaria que se detallan.

En consecuencia, las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., constituirán cada una de ellas, por separado, póliza de seguros o garantía bancaria a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por valor de setecientos sesenta y tres millones de pesos m/cte (\$763.000.000), con vigencia de un (1) año, prorrogable por otros dos (2) años más a criterio de esta Entidad.

En el mismo sentido, los señores KARL ANDREAS HEUSLER y ERIC FLESH SANTORO deberán constituir, por separado, una póliza o garantía bancaria a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de ciento catorce millones cuatrocientos cincuenta mil pesos m/cte (\$114.450.000), con vigencia de un (1) año, prorrogable por otros dos (2) años más a criterio de esta Entidad.

Las pólizas o garantías bancarias respectivas deberán remitirse a la División para la Promoción de la Competencia, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

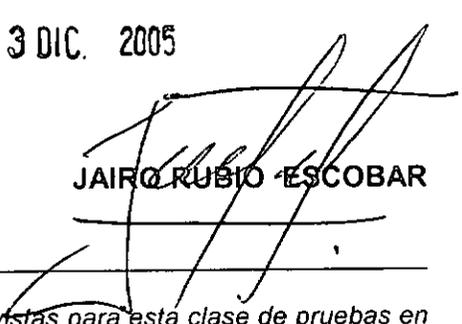
ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la clausura de la investigación abierta mediante Resolución 15460 del 30 de junio de 2004, en contra de las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., y de sus representantes legales.

ARTICULO TERCERO: Notificar personalmente del contenido de la presente resolución al doctor GABRIEL IBARRA PARDO, en su calidad de apoderado de la empresa CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A. y del señor ERIC FLESH SANTORO, y al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su calidad de apoderado de la empresa CEMENTOS HOLCIM (COLOMBIA) S.A. y del señor KARL ANDREAS HEUSLER, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 23 DIC. 2005

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

"12. Interrogar bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

23 DIC 2005

NOTIFICAR:

Doctor:

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO ✓
APODERADO DE HOLCIM COLOMBIA S.A.
KARL ANDREAS HEUSLER
Calle 72 No. 6-30 piso 12
Bogotá D.C.

Demian Cionini

Doctor:

GABRIEL IBARRA PARDO ✓
APODERADO DE CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A.
ERIC FLESH SANTORO
Calle 100 No. 8A-55 Torre C, Oficina 1103
Bogotá D.C.