



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (^{- 5 3 0 2 7}
 2 8 AGO 2015) DE 2015

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial, las previstas en el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, y en los numerales 15 y 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, mediante comunicación radicada con el No. 15-127795-00 del 3 de junio de 2015¹, el **GRUPO ARGOS S.A.** (en adelante **ARGOS**) informó a la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA DE COMERCIO** (en adelante **SIC**), su intención de efectuar una operación de concentración empresarial, consistente en la adquisición por parte de **ARGOS** de un porcentaje de acciones que le otorgará una posición de control en la **ORGANIZACIÓN DE INGENIERÍA INTERNACIONAL S.A. - GRUPO ODINSA S.A.** (en adelante **ODINSA**), equivalente a más del 50% del capital accionario de dicha sociedad.

SEGUNDO: Que mediante comunicación radicada con el No. 15-127795-10 del 6 de junio de 2015², la **SIC** informó a **ARGOS** que se daría continuación en segunda etapa, al trámite de autorización de la proyectada operación de concentración empresarial.

TERCERO: Que una vez adelantadas las etapas del procedimiento en mención, este Despacho expidió la Resolución No. 36075 del 14 de julio de 2015, mediante la cual se autorizó con condicionamientos la operación de concentración empresarial entre **ARGOS** y **ODINSA**, según lo descrito en el numeral **11.1.1. "Descripción del condicionamiento"** del acto en administrativo en cita, el cual establece lo siguiente:

"11.1.1. Descripción del condicionamiento

La integración que se decide queda sujeta al cumplimiento del condicionamiento que a continuación se describe:

11.1.1.1. Definiciones

Para efectos del presente condicionamiento, los términos que a continuación se enuncian tendrán el significado que se especifica:

¹ Folios 1 al 89 del Cuaderno Público No. 1 y del Cuaderno Reservado de Intervinientes No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 15-127795.

² Folios 117 y 118 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

a) **INTERVINIENTES:** son las empresas participantes de manera directa o indirecta en la operación proyectada, correspondientes a **GRUPO ARGOS S.A., CEMENTOS ARGOS S.A., CONCRETOS ARGOS S.A. y GRUPO ODINSA S.A.**

En caso de presentarse alguna modificación en la situación de control de estas sociedades, sus sociedades matrices o sociedades subordinadas, éstos deberán informarse a esta Entidad. Con independencia de la naturaleza de los cambios de control al interior de estas empresas, estos cambios no modificarán los condicionamientos previstos en esta Resolución.

11.1.1.2. Obligaciones de comportamiento tendientes a mitigar el riesgo de posibles restricciones en el suministro de cemento y concreto en los eslabones inferiores de la cadena

A partir de la ejecutoria de esta Resolución y por un plazo de cinco (5) años, las **INTERVINIENTES** estarán obligadas a:

- Abstenerse de negar la venta de cemento y concreto a los clientes competidores de **ODINSA** en el mercado de construcción de obra civil que lo requieran, salvo incumplimiento de los pagos o causales de caso fortuito o fuerza mayor.
- Otorgar a los agentes que no tengan vínculo contractual o económico con las **INTERVINIENTES**, condiciones de igualdad y no discriminación en relación con sus empresas vinculadas en aspectos como calidades, cantidades, condiciones de entrega, precios y descuentos, crédito y demás condiciones comerciales aplicables a la venta de cemento y concreto, en transacciones que sean comparables.
- Establecer e implementar un Programa de Cumplimiento de las Normas de Competencia, de tal forma que la compañía promueva la reducción del riesgo de posibles infracciones a la Ley. Para su elaboración se deben considerar los siguientes lineamientos:
 - a) Evaluación, priorización y reducción de los riesgos de infracciones al Régimen de Competencia en Colombia.
 - b) Compromiso - apoyo visible de la administración de la empresa; dotación de los medios necesarios.
 - c) Control y monitoreo.
 - d) Registro y documentación de las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento del Régimen de Competencia.
 - e) Actualización periódica del programa para su adaptación a la actividad de la empresa y la evolución del mercado.

Dentro de los seis (6) meses siguientes a este condicionamiento las **INTERVINIENTES** deberán allegar informe de la implementación de su programa, describiendo las acciones concretas, los procedimientos internos y materiales utilizados para su implementación, mantenimiento y actividad.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

11.1.1.3. VIGENCIA

El condicionamiento a que se refiere ese considerando tendrá una vigencia de cinco (5) años contados a partir del momento de la ejecutoria de la presente Resolución, el cual podrá prorrogarse a criterio de esta Entidad cuando las condiciones materiales que dieron lugar a la misma se mantengan.

11.1.1.4. PUBLICIDAD DEL CONDICIONAMIENTO

Las INTERVINIENTES se obligan a informar a través de un diario de amplia circulación nacional, por una sola vez y dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la presente Resolución, los condicionamientos impuestos mediante el presente acto administrativo.

Asimismo las INTERVINIENTES deberán publicar los condicionamientos en las páginas de inicio de los sitios web de las empresas ubicadas en Colombia, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que quede en firme la presente Resolución, manteniéndolos publicados durante un (1) mes calendario.³

CUARTO: Que el 3 de agosto de 2015, una vez notificada la Resolución No. 36075 de 2015⁴, ARGOS presentó recurso de reposición⁵ en contra del acto administrativo en referencia, en el cual solicita como peticiones⁶ principal y subsidiaria las siguientes:

"3.1. PETICIÓN PRINCIPAL

"(...) que se revoque parcialmente la Resolución 36075 de 2015 y, en su lugar, se apruebe la operación proyectada entre ARGOS y Odinsa sin la imposición de condicionamiento alguno, debido a que la transacción propuesta no presenta ningún riesgo sustancial, no tendrá por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la competencia en los mercados de referencia afectados por la operación mencionada.

3.2. PETICIÓN SUBSIDIARIA

Que en subsidio de lo anterior, se modifique la Resolución 36075 de 2015, en el sentido de imponer condicionamientos cuyo cumplimiento sea viable y que se circunscriban estrictamente al ámbito del mercado que supuestamente resultaría afectado por la Operación Proyectada y se limiten a subsanar al presunto efecto anticompetitivo que identifique ese Despacho".

En el memorial de recurso se reseñaron los siguientes argumentos:

4.1. En cuanto a las restricciones verticales "hacia abajo" de la cadena de valor, que de acuerdo con la SIC, se generarían en el mercado de construcción de obras civiles

³ Páginas 33 y 34 de la Resolución No. 36075 de 2015.

⁴ Notificada personalmente el 17 de julio de 2015, según obra a folio 228 reverso del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Escrito radicado con el No. 15-127795-00040-0000.

⁶ Folios 14 y 15 del escrito de recurso.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Sostiene el impugnante que las dos circunstancias expuestas por la **SIC**, no son motivación suficiente para condicionar la operación, comoquiera que se trate de *"conjeturas injustificadas que contrarían el principio de la buena fe comercial y que, adicionalmente, desconocen la verdadera dinámica de los mercados (sic) colombianos del cemento y del concreto"*⁷. Lo anterior en alusión a (i) la supuesta alta participación de las empresas subordinadas de **ARGOS**, **CEMENTOS ARGOS S.A.** y **CONCRETOS ARGOS S.A.** (en adelante **CEMENTOS ARGOS** y **CONCRETOS ARGOS**) en los mercados de producción y comercialización de cemento y de concreto; y, (ii) la ventaja que tendría **ARGOS** como productor local, en razón a las barreras de entrada que impedirían la entrada de nuevos competidores.

En cuanto a la participación de mercado de **ARGOS**, para lo cual se trae a colación lo expuesto por la **SIC**, en el sentido que, *"(...) debido a la fuerte posición de ARGOS en el mercado aguas arriba (un mercado en el que cuenta con alrededor del 50% de participación y que presenta altas barreras de entrada), (...)"*⁸, sostiene el recurrente que la **SIC** so pena de nulidad de su actuación, no puede condicionar una operación de concentración empresarial con base en *"suposiciones o especulaciones infundadas"*⁹, puesto que no se observa que la **SIC** hubiere realizado un estudio de mercado u otros análisis de cifras, para llegar a la conclusión de la incidencia negativa de la participación de **ARGOS** en el mercado de construcción de obras civiles, de tal suerte que habría ausencia de motivación, con base en una idea especulativa de la **SIC**, contrariándose el principio de la buena fe establecido en el artículo 83 constitucional.

Manifiesta el recurrente que **ARGOS**, al no ser el único productor y proveedor de cemento y concreto en el país, toda vez que hay suficientes proveedores, no está en la posibilidad de controlar la oferta ni los precios de éstos, al tiempo que la operación de concentración con **ODINSA** no tiene como efecto incrementar su participación en dichos mercados.

Por otra parte, sostiene el recurrente que la participación de **ARGOS** en el mercado del cemento y del concreto no se deriva de la proyectada operación de concentración, *"(...) pues se trata de una situación de hecho pretérita que nada tiene que ver con la operación en cuestión y que atiende a la estructura del mercado existente desde hace varios años"*¹⁰, por lo que la imposición de los condicionamientos recurridos, es contraria a lo previsto en el parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, disposición que prevé que los condicionamientos que se determinen para una operación de concentración deben aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración.

En este sentido, se concluye que los condicionamientos impuestos se fundamentan en situaciones de mercado ajenas a la operación de concentración en estudio, por lo

⁷ Folio 2 *ibidem*.

⁸ Folio 3 *ibidem*.

⁹ Folio 3 *ibidem*.

¹⁰ Folio 4 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

que se contravienen los requisitos previstos en el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para su imposición, pues tal normativa posibilita concluir que *“de ninguna manera los condicionamientos tiene como finalidad contrarrestar las eventuales o hipotéticas infracciones a las normas de competencia en las que puedan incurrir los intervinientes, como implícitamente sugiere la SIC en las consideraciones contenidas en la Resolución 36075 de 2015”*¹¹.

En la misma cuerda argumental, agrega el recurrente que la **SIC** no puede entrar a presumir que **ARGOS** incurrirá en una conducta “abusiva” infringiendo la ley, menos aun cuando ni siquiera se ha demostrado que **ARGOS** tenga posición de dominio y que en todo caso, las intervinientes de una operación de concentración, como cualquier otro agente del mercado, siempre estarán sujetas al régimen legal de competencia, por lo que no es necesario establecer como condicionamiento, el cumplimiento de la ley, puesto que si este fuese el objetivo, todas las operaciones de concentración deberían condicionarse.

4.2. En cuanto a la ventaja presunta de **ARGOS** como productor local

Señala el recurrente que la **SIC** considera que **ARGOS**, al ser un productor local, tiene una ventaja competitiva, toda vez que existen barreras que obstaculizan la entrada de nuevos agentes en el mercado colombiano. Con esto se hace alusión al aparte de la Resolución¹² recurrida que dice:

“En efecto, en la Resolución No. 13544 de 2006, esta Entidad identificó como una barrera a la entrada la baja penetración de importaciones y las limitaciones en materia de comercio exterior. Lo anterior, teniendo en cuenta la existencia de sobrecostos que se deben asumir al importar este tipo de productos, aun en el caso de que el producto llegara a un precio competitivo a los puertos del territorio nacional (costos de distribución y comercialización)”.

“De acuerdo con lo anterior, si bien una empresa que esté interesada en ingresar al mercado de cemento o al de concreto no necesariamente debe incurrir en los altos costos de inversión relacionados con la construcción y puesta en marcha de una planta de producción, se debe tener presente que un importador tiene una seria desventaja competitiva frente a un productor local”.

Dice el recurrente que lo anterior no puede ser motivación suficiente para condicionar la operación de concentración en estudio, donde **ODINSA** tiene una participación escasa del 1,44% en el mercado de construcción de obra civil, además de que la conclusión de la **SIC** está basada en premisas *“erradas y carentes de fundamento”*,¹³ como detalla a continuación.

En primer término, sostiene que la **SIC** se fundamenta en apreciaciones del mercado del cemento que datan del año 2006, por lo que *“las características del mercado hace 10 años carecen de toda vigencia para analizar las condiciones del mercado actual”*.

¹¹ Folio 4 *ibidem*.

¹² Folio 5 *ibidem*.

¹³ Folio 6 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Al efecto, cita como ejemplo que en el año 2006 las importaciones de cemento gris estaban gravadas con un arancel del 10%, que en la actualidad no se encuentra vigente ya que el actual es del 0%. Agrega además, que las cifras oficiales de las importaciones de cemento gris son contrarias a los fundamentos de la Resolución objeto de recurso, *"pues las importaciones de este tipo de cemento a Colombia tuvieron un incremento de más del 400% entre el año 2012 y el año 2014"*.¹⁴ Todo lo anterior, a juicio del recurrente lleva a que exista error de hecho y falsa motivación en el acto administrativo objeto de recurso.

Sumado a lo anterior, sostiene que la **SIC** no tiene en cuenta la presión competitiva que ejercen los demás productores locales de cemento y concreto en el país, respecto de quienes **ARGOS** no tiene ventajas competitivas asociadas a las supuestas barreras de entrada que observó la **SIC**. Al efecto, cita a **CEMEX** y **HOLCIM** como filiales de grandes multinacionales que tienen presencia directa en el país en el mercado de producción del cemento y del concreto, y que estarían en capacidad para atender la demanda de estos productos para el mercado de construcción de obra civil y cualquier *"hipotético desabastecimiento"*¹⁵ por parte de **ARGOS**.

A su vez, sostiene el recurrente en gracia de discusión, que en el hipotético caso de que **ARGOS** tuviese una ventaja frente a los importadores y que por lo tanto, éstos no le representarían una ventaja competitiva, señala que la producción local es por sí misma una presión competitiva suficiente para *"disciplinar cualquier conducta restrictiva que pudiere desarrollarse frente a los agentes del mercado de construcción de obra civil, pues los productores locales tienen capacidad de sobra para absorber la demanda que ARGOS deje de abastecer"*.¹⁶

De todo lo anterior, concluye el impugnante que no existe una motivación real y objetiva en el acto recurrido, por lo que los condicionamientos impuestos exceden la finalidad de las normas de competencia.

4.3. En cuanto a que **ARGOS** no tiene la capacidad o los incentivos para bloquear el suministro de insumos a los participantes del mercado de construcción de obra civil.

Manifiesta el recurrente que para **CEMENTOS ARGOS** y **CONCRETOS ARGOS**, sería irracional, *"discriminar a los consumidores naturales en el segmento de construcción de obra civil, pues ello conduciría a desplazar la demanda hacia otras fuentes de estos insumos y, por lo tanto, a una reducción de las ventas (...)"*¹⁷, afectándose en forma directa el negocio principal de las **INTERVINIENTES**.

Reitera que existen otros agentes de mercado que pueden suplir la oferta de cemento y de concreto, además de que los participantes del mercado de construcción de obras civiles están en posición de adquirir los productos de otros proveedores.

¹⁴ Folio 6 *ibidem*.

¹⁵ Folio 7 *ibidem*.

¹⁶ Folio 7 *ibidem*.

¹⁷ Folio 8 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Por otro lado, señala que **ODINSA** tiene una participación marginal en el segmento de construcción de obras civiles, que su actividad principal es la de operar, administrar y explotar las diferentes clases de infraestructura de transporte; y que **ODINSA** no presta sus servicios de construcción de obra a civil en el mercado en general, como tampoco a terceros, puesto que tales servicios solamente se ofrecen dentro del contexto de la ejecución de un contrato de concesión.

Explica el recurrente que acudir a estrategias tendientes a desabastecer el suministro de cemento o del concreto a los participantes del mercado de construcción de obras civiles sería irracional en términos económicos, dado que esto no reportaría beneficios para **ODINSA** o para **ARGOS**, y contrariamente, lo que se generaría sería una reducción en la participación de los mercados en referencia. De igual manera, precisa que **ODINSA** sólo tiene el 1,44% del mercado de construcción de obras civiles en el que participan aproximadamente 500 agentes; y en razón a que las actividades de construcción para **ODINSA** son actividades secundarias, ésta no estaría en capacidad de atender los volúmenes de cemento y de concreto que **ARGOS** dejara de comercializar en el mercado de las construcción de obras civiles, lo cual llevaría a que **ARGOS** perdiera volumen de ventas sin recibir compensación alguna.

Así las cosas, estrategias en el sentido de desabastecer a los agentes del mercado de los productos de cemento y concreto resultarían desafortunadas en términos económicos pues de un lado, no se vería incrementada la participación de **ODINSA** en el mercado "aguas abajo", y de otro lado, se reduciría la participación de **ARGOS** en los mercados "aguas arriba", por lo que los condicionamientos impuestos resultan "superfluos y completamente innecesarios", además de que los mismos son contrarios a la previsión del artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, dado que la proyectada operación de concentración no tiende a restringir la competencia.

4.4. En cuanto a las obligaciones impuestas en los condicionamientos que determinó la **SIC**

Retoma el recurrente el contenido del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, para sostener que la circunstancia de condicionar una operación de concentración, obedece a los casos en que se dé una afectación del mercado, la cual solamente podrá ser prevenida a través de los condicionamientos que se impongan.

Invoca el recurrente en lo que concierne expresamente a los condicionamientos, lo siguiente:

4.4.1. Condicionamiento primero

Indica que con el fin de evitar un posible bloqueo en la oferta de cemento y concreto a los competidores de **ODINSA** en el segmento de construcción de obras civiles, la **SIC** determinó el siguiente condicionamiento:

*"Abstenerse de negar la venta de cemento y concreto a los clientes competidores de **ODINSA** en el mercado de construcción de obra civil que lo requieran, salvo incumplimiento de los pagos o causales de caso fortuito o fuerza mayor".*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Sobre el particular, alega que se trata de un condicionamiento "*vago e impreciso*"¹⁸, ya que no es claro el concepto de competidores de **ODINSA**, puesto que de un lado puede referirse a las 499 empresas que participan en el mercado de construcción de obras civiles, o de otro lado, puede hacerse referencia a los proponentes dentro de un proceso licitatorio en el que **ODINSA** sea oferente.

Señala que en la Resolución cuestionada, se indica que **ODINSA** participa en la actividad de construcción de obra civil a través de contratos de concesión, motivo por el cual esa actividad no se ofrece a terceros o al mercado en general. De lo anterior, concluye el recurrente que la participación de **ODINSA** en el mercado referenciado dependerá de que se le adjudique el contrato de concesión y no tendrá competidores para el desarrollo del contrato. Durante la licitación, habrá competidores-proponentes para la adjudicación del contrato de concesión; sin embargo, en esta fase no hay lugar aún a la compra de cemento y concreto por los proponentes en la licitación para la adjudicación del contrato.

De lo anterior, colige que de mantenerse así el condicionamiento se vería afectado el derecho de libertad de empresa para **ARGOS**, ya que estaría obligada a vender a compradores que en la práctica no pueden catalogarse como competidores. En esta línea, agrega el recurrente que la **SIC** no tuvo en cuenta que **ARGOS** cuenta con unas políticas comerciales para negarse a vender un producto a un cliente determinado, las cuales van más allá de las tres opciones previstas en la Resolución, es decir, (i) falta de pago, (ii) fuerza mayor y (iii) caso fortuito. Además de lo anterior, **ARGOS** no puede verse obligado a vender cemento o concreto a pérdida o en situaciones que puedan afectar la rentabilidad o la reputación del negocio.

Por último, sostiene que el régimen general de competencia prohíbe la negativa a contratar cuando la finalidad de esta sea anticompetitiva u obedezca a un acto discriminatorio, y que **ARGOS** tiene pleno derecho a negarse a contratar cuando existan razones legítimas para ello, pues de lo contrario se estaría quebrantando el principio de la buena fe.

4.4.2. Condicionamiento segundo

El recurrente retoma otro de los condicionamientos a la operación proyectada de concentración empresarial, para lo cual trae su contenido:

*"Otorgar a los agentes que no tengan vínculo contractual o económico con las **INTERVINIENTES**, condiciones de igualdad y no discriminación en relación con sus empresas vinculadas, en aspectos como calidades, cantidades, condiciones de entrega, precios y descuentos, crédito y demás condiciones comerciales aplicables a la venta de cemento y concreto, en transacciones que sean comparables".*

Precisa el recurrente que este condicionamiento es "*vago e infundado*", ya que no se limita a aquellos que participen en el mercado de construcción de obras civiles. En este sentido, sostiene que dicho condicionamiento excede los requisitos de la Ley 1340 de 2009, "*específicamente aquél según el cual éstas deben tener como finalidad*

¹⁸ Folio 10 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

*contrarrestar o prevenir los efectos anticompetitivos producidos con la integración*¹⁹.

Así, se indica que es un condicionamiento excesivo, que no guarda relación con la proyectada operación de concentración, y que lo que hace es reiterar disposiciones del Decreto 2153 de 1992, como lo son el numeral 2 del artículo 47, el numeral 3 del artículo 48, y los numerales 2 y 4 del artículo 50.

Sostiene además que las condiciones de igualdad y de no discriminación se predicán de sujetos que se encuentran en situaciones idénticas o equivalentes, toda vez que dar el mismo trato a sujetos que se encuentren en situaciones diferentes lleva a *“un tratamiento desigual y discriminatorio que es lo que la ley de competencia busca evitar y restringir”*²⁰.

Agrega que la **SIC** le está imponiendo a **ARGOS** la obligación de dar el mismo trato en las ventas de cemento y concreto a sujetos no vinculados, cuando se trate de *“transacciones que sean comparables”* lo cual no corresponde y difiere del relativo a *“operaciones equivalentes”*, al que hace referencia el numeral 2 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992²¹.

Hace énfasis en que la situación de **ODINSA** puede ser para un negocio determinado, diferente de la de otro participante del mercado de construcción de obras civiles, a pesar de que ambas transacciones puedan ser pasibles de comparación. De tal suerte, de mantenerse este condicionamiento se le estaría exigiendo *“conferir el mismo trato en aspectos como precios, descuentos, crédito, condiciones de entrega, entre otras, respecto de transacciones de venta de cemento y/o concreto que pueden llegar a ser completamente diferentes”*²². A su vez, manifiesta que las condiciones de venta de los productos de **ARGOS**, tienen relación con sus políticas comerciales y atienden a criterios y variables objetivas que se predicán de los clientes, como por ejemplo los volúmenes de venta, tiempos de pago, historia crediticia etc., por lo que la **SIC** no puede exigir el mismo trato con base en el referente único de la *“comparabilidad de la transacción”*, pues esto llevaría a un tratamiento discriminatorio entre los clientes de **ARGOS**.

4.4.3. Condicionamiento tercero

El recurrente califica el tercer condicionamiento impuesto en la Resolución recurrida, como vago e impreciso, para lo cual se cita su contenido:

“Establecer e implementar un Programa de Cumplimiento de las Normas de Competencia, de tal forma que la compañía promueva la reducción del riesgo de posibles infracciones a la Ley”.

¹⁹ Folio 12 *ibidem*.

²⁰ Folio 13 *ibidem*.

²¹ Folio 13 *ibidem*.

²² Folio 13 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Señala en primer término que la **SIC** no identifica cuáles empresas de **ARGOS** tendrían la obligación de realizar tal implementación, y manifiesta que las empresas de dicho Grupo tienen políticas de competencia y realizan en forma permanente capacitaciones sobre el tema.

En conclusión alega el recurrente, que *“los condicionamientos que se recurren parten de la presunción infundada de que Cementos Argos va (sic) incurrir en actividades restrictivas, ilegales y abusivas, y no de datos objetivos y verificables a partir de los cuales pueda colegirse que la integración producirá efectos nocivos o una restricción indebida de la competencia”*²³.

QUINTO: Que el recurso de reposición presentado cumple con los requisitos previstos en los artículos 76 y 77 de la Ley 1437 de 2011, por lo que se dará trámite a su resolución de fondo, tal como a continuación se realiza.

Al efecto, se concentrará el análisis de los argumentos invocados en los aspectos medulares y centrales de los mismos

5.1. Afectación del principio de buena fe e indebida motivación del condicionamiento impuesto

Sostiene el recurrente que los condicionamientos impuestos afectan el principio constitucional de la buena fe, ya que no están basados en cifras o datos objetivos, sino en hipótesis de la **SIC** de que las integradas actuarán de forma anticompetitiva. Para **ARGOS**, la determinación de los condicionamientos está soportada en suposiciones, sin que se esté identificando o aislando en el efecto anticompetitivo que produciría la integración, tal como se dispone en el parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009. Señalan además que con la integración propuesta no se producen los efectos anticompetitivos alegados, y que la operación no deriva en una concentración del mercado.

Para este Despacho, el argumento de las intervinientes no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

A diferencia de las integraciones verticales, las integraciones horizontales –como la propuesta- tienen menos probabilidad de causar efectos anticompetitivos, en la medida en que no implican la eliminación de un competidor. No obstante, existen escenarios en los que una integración vertical puede tener efectos restrictivos de la competencia: (i) cuando la integración permite a las empresas intervinientes excluir o marginalizar a sus rivales del acceso competitivo a materias primas; (ii) cuando la integración cree o refuerce una estructura de mercado que facilite la interacción coordinada entre los participantes en cualquiera de los mercados involucrados.

En el presente caso la SIC encontró que, dada la importante posición de ARGOS en los mercados de cemento y concreto en Colombia –un insumo que se utiliza en las concesiones que implican construcción de obra-, podía tener incentivos para favorecer a ODINSA en los términos de acceso a cemento y concreto, de tal forma que esta última tuviese ventaja competitiva en las licitaciones en las que participara

²³ Folio 14 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

frente a otros competidores. Con ello, ARGOS utilizaría la importante posición de mercado que tiene en cemento y concreto para trasladarla a procesos de contratación pública que impliquen la construcción de obra. ARGOS señala que presumir tal favorecimiento o discriminación desconoce el principio de buena fe.

Para el Despacho este argumento desconoce la naturaleza preventiva y no sancionatoria del control de integraciones empresariales, tal y como lo ha establecido esta Entidad de tiempo atrás:

"Dentro del deber que le ha sido conferido al Estado de salvaguardar el "derecho de todos" que está implícito en la libre competencia económica, el control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva, a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de analizar las operaciones que se pretendan llevar a cabo, con el propósito de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado.

*Ciertamente el control de integraciones no corresponde al ejercicio de una potestad sancionadora, pues el espectro con que funciona no es represivo sino preventivo, y dentro de esta perspectiva, tratarán de evitarse aquellas operaciones en que por las condiciones particulares de quienes intervienen o por las condiciones generales del mercado en que se suscitan, tienden a restringir en forma indebida la competencia."*²⁴

El carácter preventivo de las integraciones empresariales implica la represión de transacciones que, a pesar de no ser restrictivas de la competencia por sí mismas, son potenciales detonantes de comportamientos que pueden afectar la competencia y el consumidor. Esto no implica que la objeción o condicionamiento de una operación constituya una presunción de mala fe por parte de las empresas que pretenden integrarse, en la medida en que es la propia Ley la que ha "definido parámetros objetivos bajo los cuales se estructura el deber de información previa"²⁵ de una integración y las causales para la objeción de este tipo de operaciones. Es la propia legislación al que considera que la prevención de situaciones que aún no han producido sus efectos en el mercado, pero que pueden producirlos, es un mecanismo necesario para proteger el interés de los consumidores y la competencia.

Es por ello que la SIC no está obligada a demostrar el perjuicio real e inmediato sobre el mercado como supuesto para objetar o condicionar una integración, ya que la naturaleza del control ex ante es precisamente prevenir la ocurrencia de conductas anticompetitivas en el futuro, y no sancionar comportamientos que ya se han materializado. Pretender que la Autoridad demuestre un perjuicio cierto en el mercado como consecuencia de la operación haría nugatorio el ejercicio mismo del control ex ante, ya que en este escenario se evalúan operaciones que ni siquiera se han concretado.

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 29807 de 2004, caso Procter & Gamble – Colgate, Pág. 17.

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 29191 del 29 de Noviembre de 2004, caso Icasa – Haceb, Pág. 10.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Dijo la SIC en su momento:

"Creemos, como afirma el apoderado, que "[p]ara el caso concreto que nos ocupa, resulta claro que no hay una conducta concreta que juzgar. No hay un acto lesivo. La SIC ha considerado que el acto constituye una amenaza, un peligro. Pero no ha encontrado violación alguna al régimen de competencia", pues esa es precisamente la diferencia entre el control ex ante y el control ex post. De ahí precisamente que el trámite que se revisa haya culminado con una decisión de "objeción" y no una multa.

Y aunque la constitución reconoce y garantiza la libre iniciativa privada, y más concretamente la libertad económica, no puede pasarse por alto que existe una prelación del interés colectivo sobre el meramente individual, como lo ha ratificado la Corte Constitucional en repetidas ocasiones, lo que justifica que el deseo de las empresas de agruparse pueda ser limitado por el Estado".²⁶

Es claro entonces que el ejercicio del control *ex ante* es una facultad preventiva del Estado que no implica la demostración de una conducta anticompetitiva concreta, sino solamente la posibilidad de que, con la nueva estructura de mercado, se pueda afectar la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.

En el presente caso, la SIC encontró que al tener ARGOS un poder de mercado importante en los mercados de cemento y concreto en Colombia, puede tener incentivos para favorecer a ODINSA en la adquisición de este insumo, lo cual implicaría una ventaja para esta última al momento de participar en licitaciones en las que la actividad a desarrollar por el concesionario implique la adquisición de cemento, lo cual afectaría la competencia en el proceso de contratación pública. Por esta razón, la SIC impuso un condicionamiento encaminado a aislar ese incentivo que tendría ARGOS a favorecer a ODINSA en los términos de negociación de cemento para una licitación pública, obligando a que a los competidores se les trate en condiciones de igualdad y no discriminación en dichas transacciones.

Así, existe plena correspondencia entre el riesgo identificado y el condicionamiento impuesto, por lo cual el mismo es absolutamente legal y proporcionado. Y si bien es cierto que los condicionamientos estructurales son preferibles a los de comportamiento, como el impuesto en este caso, la preocupación identificada por la SIC podía ser solventada de mejor manera imponiendo una limitación al actuar de las integradas en procesos de contratación pública.

Por otra parte, la decisión adoptada por la SIC de ninguna forma carece de sustento, sino que fue tomada con base en la información disponible dentro del expediente que es suficiente para concluir la probabilidad de que ARGOS otorgue a ODINSA mejores condiciones de negociación de un insumo al momento en que esta última decida presentarse en un proceso de contratación pública que incluya la construcción de obra o el uso de cemento. En el análisis de ésta operación, como en las demás que se presentan para la autorización del Estado a través de esta Superintendencia, la Entidad utiliza, de un lado, la información que allegan las intervinientes de la operación y de otro lado, recaba información de los agentes participantes del mercado

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 29807 del 29 de noviembre de 2004, caso Procter & Gamble -Colgate, Págs. 17-18.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

relevante de que se trate y de las autoridades de supervisión, control y regulación, con el fin de obtener suficientes elementos de juicio para emitir la decisión que esté más acorde al régimen de competencia.

Así, el análisis de la operación de concentración analizada en este caso, se soportó en los hechos objetivos que sobre el funcionamiento del mercado relevante que constan en el expediente, (antecedentes históricos del desenvolvimiento del mercado-producto, circunstancias actuales, etcétera), como también en las proyecciones razonables en términos económicos del escenario de mercado, para cuando se materialice la operación proyectada.

Debe recordarse que el análisis se realiza sobre una operación que aún no se ha materializado y que, por ende, es hipotética, en tanto no se ha concretado en el ámbito jurídico-económico, pues éste es un presupuesto obligado del régimen de concentraciones empresariales: la presentación previa para el control *ex ante* por parte del Estado de las operaciones que así lo requieran según la Ley.

Así las cosas, esta Superintendencia realizó verificaciones que llevaron a concluir que **ARGOS**, a través de su filial y subsidiaria en el mercado relevante identificado (el de la producción y la comercialización del cemento y el concreto), tienen una alta participación de alrededor de un 46% para el caso del cemento y del 44% para el de concreto, cifras que permiten concluir razonablemente en términos económicos, que **ARGOS** ostenta un poder de mercado importante, en el mercado del cemento y del concreto, que la convierten en líder a nivel nacional en los mercados en referencia.

Sumado a lo anterior, la identificación del otro componente del mercado relevante en estudio, el de la construcción de obras civiles, en el cual necesariamente se requiere el uso del cemento o del concreto para su desarrollo, no puede afirmarse válidamente como lo hace el recurrente que este Despacho se basó para emitir su decisión en suposiciones sin fundamento, pues se comprobó que **ARGOS** ha tenido y tiene un rol importante, dada su alta cuota de participación, en el mercado producto antes señalado, y la tendrá con relación al desarrollo de las obras civiles que resulten adjudicadas en procesos licitatorios a **ODINSA**, comoquiera que en ellas necesariamente se requerirá de tales insumos (cemento y/o concreto) para la construcción de las obras civiles de que se trate.

En este sentido, le asiste razón al recurrente cuando afirma que la participación de **ARGOS** en el mercado del cemento y del concreto no se deriva de la proyectada operación de concentración, "(...) pues se trata de una situación de hecho pretérita (...)"²⁷. Empero, tampoco es menos cierto que su alta participación es una situación real y objetiva que no puede ser desconocida válidamente en un análisis de mercado y en el estudio de los efectos competitivos de una operación en que intervenga un agente con una participación como la que se observa en la operación de concentración que se analiza. Dar la razón al recurrente frente a este aspecto implicaría eliminar, de plano, la posibilidad de objetar o condicionar integraciones verticales, ya que en ellas la alta participación de un agente nunca es producto de la transacción misma.

²⁷ Folio 4 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

El actuar de la **SIC** se ciñe a la filosofía del régimen de concentraciones empresariales (artículos 9 y siguientes de la Ley 1340 de 2009), y más específicamente a los requisitos establecidos en el párrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009: “(...) *identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración*”.

Así las cosas, no son acertadas las conclusiones a que llega el recurrente cuando sostiene que los condicionamientos impuestos se fundamentan en situaciones de mercado ajenas a la operación de concentración en estudio, y que el párrafo 2 del artículo 9 de la ley 1340 de 2009 resultó quebrantado con la decisión de la **SIC**, pues esta normativa lo que permite precisamente es contrarrestar, precaver y prevenir el (o los) efecto(s) anticompetitivo, “(...) *que produciría la integración (...)*”, como lo dice la norma en cita (subrayas aparte del texto).

La función de la Entidad, en tanto autoridad nacional de competencia, y dentro del ámbito del régimen de autorización de concentraciones empresariales, es también la de precaver esos riesgos anticompetitivos objetivos y potenciales que se soportan en las proyecciones econométricas del mercado en estudio.

Por consiguiente, estos motivos de réplica no están llamados a prosperar.

5.2. Ventaja competitiva de ARGOS y barreras a la entrada

Sostiene el recurrente que las barreras de entrada identificadas por la **SIC** en el acto recurrido, (específicamente las relacionadas con la baja penetración de importaciones en los mercados del cemento y del concreto y las limitaciones en materia de comercio exterior), son erradas (porque se basan en una situación de mercado de hace 10 años), y en cualquier caso no son suficientes para imponer un condicionamiento a la operación. Más aún, señala que **ODINSA** tiene una participación del 1,44% en el mercado de la construcción de obra civil, con lo cual no existe una ventaja competitiva o incentivo para que ARGOS traslade su poder en el mercado del cemento al de la obra civil.

Sea lo primero advertir que no es cierto que la **SIC**, como lo afirma el recurrente, haya soportado sus conclusiones en las características del mercado de hace 10 años, puesto que las barreras de entrada que se identificaron fueron el producto del análisis detallado de las condiciones actuales del mercado, sumado al análisis histórico del comportamiento económico y de sus variables del mercado del cemento y del concreto en el país. Por consiguiente, no se puede endilgar la existencia del llamado “error de hecho o falsa motivación” que invoca el recurrente.

En cuanto a las barreras de entrada a las que alude el recurrente, este Despacho se reafirma en el alcance descrito en la Resolución recurrida, habida cuenta que la importación del cemento y del concreto, tal como quedó reflejado en el acto recurrido, tiene limitantes importantes, traducidas en tiempo y costos que hacen que este mecanismo no se constituya efectivamente en un posible sustituto, en un momento determinado, de la producción nacional. El hecho de que las importaciones de este producto hayan crecido no quiere decir que tal segmento del mercado constituya un “competidor efectivo” o una presión competitiva suficiente para ARGOS. Para ser un

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

competidor efectivo en este mercado se requiera contar con una planta en el país, lo que no cumple ningún importador.

No debe olvidarse que el hecho de que existan importaciones o un arancel de 0% para el ingreso del producto al mercado colombiano no implica la ausencia de barreras de entrada. Esto en la medida en que lo que importa no es que existan otros competidores (entre ellos los importadores), sino que esos competidores sean efectivos y tengan una escala suficiente para responder a una situación de aumento de precios o de discriminación de algún competidor, lo que claramente excluye a los importadores.

La SIC no ha sido la única en concluir que los mercados de cemento y concreto son de difícil entrada. Internacionalmente se ha reconocido que estos mercados tienen altas barreras debido a que existen altos requerimientos de calidad, economías de escala, dificultades en el abastecimiento de materias primas, patentes y licencias, entre otros. También se ha dicho que son mercados que requieren de inversiones sustanciales de dinero, principalmente si se desea construir una nueva planta de producción, además de los significativos costos de transporte²⁸.

Así, por ejemplo, en el caso del mercado de producción de cemento en Gran Bretaña, un estudio de la Comisión de Competencia concluyó que existen barreras de entrada significativas en este mercado, ya sea construyendo una nueva planta o estableciendo un nuevo molino²⁹. Esto mismo ha sido reconocido en la India, donde el mercado de cemento encuentra barreras de entrada tales como las economías de escala y el abastecimiento de materias primas. Una barrera innata al tipo de producto, que se reconoció en dicho país, es la necesidad de realizar grandes inversiones para lograr economías de escala, considerando además que las firmas más antiguas tienen el control de las minas de caliza -materia prima principal del cemento-, razón por la cual el acceso a la misma se convierte en una barrera de entrada³⁰. Así, para ser un competidor efectivo -y no simplemente un competidor- normalmente se debe contar con una planta en el país donde se pretende participar en el mercado del cemento, y por supuesto en el de concreto, que adicionalmente tiene unas propiedades que no permiten su transporte por largo tiempo.

²⁸ Ricardo Crescenzi, Marco Percoco. 2012. "Geography, Institutions and Regional Economic Performance". Berlín, Alemania. Springer Science & Business Media. Consultada en: <https://books.google.com.co/books?id=cko3loawweoC&pg=PA357&lpg=PA357&dq=ENTRY+BARRIERS+CEMENT+MARKET+EXAMPLES&source=bl&ots=ik8QB1MegQ&sig=JyXTBogWjtCvVfAmKkErmghxvo&hl=es->

²⁹ Martin Cave, Roger Davis, Phil Evans, Thomas Hoehn, Malcolm Nicholson y David Saunders (Chief Executive and Secretary of the Competition Commission). 2014. "Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation" - Final report. Consultado en: <http://www.cumbria.gov.uk/eiibrary/Content/Internet/538/755/1929/4214592210.pdf>.

³⁰ Samir K Barua, J R Varma, V Raghunathan. 2001. "Portfolio Mgmt 1St Rev". Tata McGraw-Hill Education. Nueva Delhi, India. Consultada en: <https://books.google.com.co/books?id=s-6KfmM5kiYC&pg=PA78&lpg=PA78&dq=ENTRY+BARRIERS+CEMENT+MARKET+EXAMPLES&source=bl&ots=GyLi0nOfPv&sig=NpzA8Ttsj6nZ4QCwoJb7BrDHdE&hl=es-419&sa=X&ved=0CEIQ6AEwBGoVChMIudz11a0xwIVBSQeCh1M1Qy5#v=onepage&q=ENTRY%20BARRIERS%20CEMENT%20MARKET%20EXAMPLES&f=false>.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Por otra parte, si bien es cierto que existen productores de cemento y concreto en el país distintos a **ARGOS**, tampoco es menos cierto que los demás oferentes no tienen la capacidad suficiente para atender la demanda nacional según las características del mercado descritas en la Resolución recurrida, en un periodo de tiempo razonable y de cara a un aumento de precios o a una situación de discriminación permanente.

De esta forma, no es cierto que en el mercado de cemento y concreto no existan barreras de entrada, y que **ARGOS** enfrente presión competitiva real de importadores del producto al mercado colombiano.

Por todo lo anterior, tampoco se observa el reproche atribuido de falsa motivación.

5.3. ARGOS no tiene la capacidad o los incentivos para bloquear el suministro de insumos a los participantes del mercado de construcción de obra civil

Alega el recurrente que **ARGOS** no tendría ninguna motivación para desabastecer a los participantes del mercado de cemento y concreto, pues de un lado, no se vería incrementada la participación de **ODINSA** en el mercado "aguas abajo" y de otro lado, se reduciría la participación de **ARGOS** en los mercados "aguas arriba".

Sobre este particular, este Despacho no entrará a analizar las variadas razones que podría llegar a tener un agente de mercado para reducir la oferta de sus productos, comoquiera que el enfoque esencial de la fijación de un condicionamiento, a la voz del parágrafo 2 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, es el de identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo y, realizado lo anterior, implementar una solución (remedio dice la Ley), para eliminar su existencia o precaver su acaecimiento. Lo cierto es que de la estructura del mercado, tal y como quedará planteada, pueden existir incentivos para que **ARGOS** favorezca a **ODINSA** en los términos de acceso a un insumo que sea necesario en un proceso de contratación pública, y así favorezca la adjudicación de dicho contrato a **ODINSA**; es decir, para que traslade el poder que tiene en un mercado a **ODINSA**, en una o varias licitaciones, cada una de las cuales constituye un mercado relevante que se debe proteger.

Por otra parte, es errado afirmar que **ODINSA** no tiene más del 2% del mercado de obra civil, por lo cual no existiría ningún incentivo de parte de **ARGOS** para trasladar su poder de mercado. Lo anterior debido a que en un proceso de contratación pública particular, que es un mercado relevante en sí mismo, **ODINSA** podría tener hasta el 50%, si únicamente participan dos oferentes por una concesión. Con ello, lo que preocupa a esta Superintendencia es el evento en que el precio o la disponibilidad de un insumo como el cemento o el concreto, dependiendo del proceso de contratación de que se trate, influya en la adjudicación de un contrato en favor de **ODINSA**, todo gracias a que está integrado verticalmente, lo cual tendría sentido económico en la medida en que los competidores en el mercado no son ya todos los constructores de obra, sino solo los participantes en la licitación.

Es por esta razón que la SIC se ratifica en que pueden existir incentivos para otorgar privilegios en la negociación del cemento y el concreto a **ODINSA** para un proceso de contratación pública particular. De ahí que el condicionamiento de comportamiento esté encaminado a reducir el riesgo de favorecimiento a **ODINSA** que se presentaría en un proceso de contratación particular.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Finalmente, los recurrentes afirman que incluso si ARGOS llegase a ejecutar la conducta que esta Entidad pretende evitar, la SIC tendría herramientas para atacar ex post tal comportamiento, sin que se requiera imponer un condicionamiento para evitarlo.

Les asiste razón a los recurrentes cuando señalan que el condicionamiento en una integración empresarial no puede consistir simplemente en cumplir la Ley. No obstante lo anterior, este argumento deja de lado el carácter preventivo que tienen los condicionamientos particulares, los cuales son impuestos por las Autoridades de competencia para generar incentivos comportamentales y facilitar la inspección, vigilancia y represión de una conducta que puede afectar un mercado a raíz de una situación generada por la transacción.

Más aún, aceptar el argumento de las recurrentes implicaría afirmar que una integración vertical nunca podría ser condicionada u objetada, ni en Colombia ni en otras jurisdicciones, ya que el riesgo principal que ellas representan es el uso del poder que se tiene en un mercado para trasladarlo a otro y así marginalizar competidores, lo cual, según las recurrentes, siempre estaría cubierto con la legislación ex post. Esta posición no puede ser aceptada, toda vez que, se repite, eliminaría la naturaleza misma del control de integraciones verticales. Por otra parte, el argumento deja de lado el carácter preventivo de la integración y el beneficio que representa para la protección de los mercados el tener un condicionamiento que facilite la vigilancia de un mercado y el buen comportamiento de sus agentes.

Por consiguiente, estos motivos tampoco están llamados a prosperar.

5.4. Mención directa a los condicionamientos impuestos

5.4.1. En lo relacionado con el primer condicionamiento impuesto en la Resolución No. 36075 de 2015, entre otros motivos, se alega que se trata de un condicionamiento “vago e impreciso”³¹, al no ser claro el concepto de competidores de **ODINSA**, puesto que de un lado puede referirse a las 499 empresas que participan en el mercado de construcción de obras civiles, o de otro lado, puede hacerse referencia a los proponentes dentro de un procedimiento licitatorio en el que **ODINSA** sea oferente. A su vez, entre otros argumentos, se invoca el desconocimiento de la **SIC** en el acto recurrido de las políticas comerciales de venta de las **INTERVINIENTES**.

En lo que concierne a los motivos de réplica a este primer condicionamiento comportamental, la **SIC** accederá parcialmente a las peticiones del recurso, delimitando más el concepto de clientes-competidores de **ODINSA**. Lo anterior, con el fin de hacer más preciso y armónico el alcance del condicionamiento con el mercado producto y geográfico, claramente determinados en el acto recurrido.

Así, se establecerá que este condicionamiento se circunscribe aquellos clientes potenciales de **ARGOS** o cualquier empresa vinculada, que participen como proponentes en procesos de contratación pública para la adjudicación de contratos

³¹ Folio 10 *ibidem*.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

de concesión, cuyo objetivo involucre un componente de construcción de obra, en los cuales también participe **ODINSA**, y en los que expresamente se soliciten cotizaciones de cemento y/o concreto de forma previa a la presentación de la propuesta.

5.4.2. En cuanto al segundo condicionamiento impuesto

Reitera que el condicionamiento es "*vago e infundado*", ya que no se limita a aquellos que participen en el mercado de construcción de obras civiles, a la vez que sostiene que éste no cumple con los requisitos de la Ley 1340 de 2009, que lo que se hace es reiterar algunas disposiciones del Decreto 2153 de 1992 y refiere a la diferencia conceptual entre transacciones comparables y transacciones equivalentes.

En la misma línea argumental presentada en el anterior numeral, este Despacho accederá parcialmente a las peticiones del recurso, para precisar en el resolutivo de este acto administrativo, el alcance subjetivo de dicho condicionamiento (sujetos que abarca), motivo por el cual, no se realizará un mayor análisis a los argumentos esbozados, más cuando ya se han abordado anteriormente.

En este sentido, se dispondrá que en situaciones equivalentes se impone el otorgamiento de condiciones de igualdad y no discriminación, en relación con aquellos clientes potenciales de **ARGOS** o cualquier empresa vinculada, que participen como proponentes en procesos de contratación pública para la adjudicación de contratos de concesión, cuyo objetivo involucre un componente de construcción de obra, en los cuales **ODINSA** sea participante, y que expresamente soliciten cotizaciones de cemento y/o concreto de forma previa a la presentación de la propuesta.

5.4.3. En cuanto al tercer condicionamiento

Hace referencia el recurrente al tercer condicionamiento impuesto en la Resolución recurrida, calificándolo de vago e impreciso, y señala que la **SIC** no identifica cuáles empresas de **ARGOS** tendrán la obligación de realizar tal implementación, al tiempo que hace énfasis en que las empresas de dicho Grupo tienen políticas de competencia, realizando además en forma permanente capacitaciones sobre el tema.

Al respecto, se reitera que al ser la **SIC** la autoridad nacional de competencia y al tiempo tener la condición de un organismo técnico de inspección, vigilancia y control, está también en el deber de asumir una labor preventiva y de difusión de los contenidos definitorios de las funciones misionales atribuidas a la Entidad. Más cuando a través de un proceso de integración empresarial se pueden generar riesgos para la libre competencia. Todo lo anterior, reafirma la idea de que si bien los agentes del mercado cada vez están tomando mayor conciencia de la existencia e importancia del régimen de competencia (dentro del cual se encuentra el régimen de concentraciones empresariales), no es menos cierto que esta es una función que se debe ejercer en forma permanente por la **SIC**, respecto de todo agente del mercado.

Por lo tanto, no es extraño que se obligue, bajo una de las aristas de los condicionamientos impuestos, a que los intervinientes de una proyectada operación de concentración empresarial implementen un "Programa de Cumplimiento de las

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

Normas de Competencia", pues de un lado esto no presupone que el agente incumpla, vaya a incumplir o a abusar de una posición de dominio, (como lo asume en forma de censura el recurrente), y, de otro lado, tampoco presupone una reiteración inoficiosa de lo que dispone el ordenamiento jurídico en la materia. Se reitera que el condicionamiento obedece al desarrollo funcional que tiene la **SIC** de difundir las normas de competencia, y, al ejercicio de una labor preventiva del quebrantamiento al régimen de competencia.

Realizadas las anteriores precisiones conceptuales que atienden los argumentos presentados por el recurrente, este Despacho manifiesta que se accederá parcialmente a la petición del recurrente en la medida que se precisarán las empresas de **ARGOS** que tendrían la obligación de dar cumplimiento a este condicionamiento, para hacer acorde al mismo con el mercado producto identificado en el acto administrativo recurrido. De tal suerte que esta obligación será exigible respecto de las empresas sobre las cuales **ARGOS** tiene control directo: **CEMENTOS ARGOS S.A.** y **CONCRETOS ARGOS S.A.**

En este orden, así se dispondrá en el aparte resolutorio de este acto administrativo, sin que haya necesidad de ahondar más en este aparte.

En mérito de lo expuesto esta Superintendencia,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: REPONER PARCIALMENTE la Resolución No. 36075 del 14 de julio de 2015, "[p]or la cual se condiciona una operación de integración", proferida por este Despacho, tal como se dispondrá en el artículo siguiente de este resolutivo.

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 11.1.1.2 de la Resolución No. 36075 de 2015, el cual quedará así:

"11.1.1.2. Obligaciones de comportamiento tendientes a mitigar el riesgo de posibles restricciones en el suministro de cemento y concreto en los eslabones inferiores de la cadena

*A partir de la ejecutoria de esta Resolución y por un plazo de cinco (5) años, las **INTERVINIENTES** estarán obligadas a:*

- *Abstenerse de negar cotización a los clientes potenciales de **ARGOS** o cualquier empresa vinculada, que participen como proponentes en procesos de contratación pública para la adjudicación de contratos de concesión, cuyo objetivo involucre un componente de construcción de obra, en los cuales también participe **ODINSA**, y que expresamente soliciten cotizaciones de cemento y/o concreto de forma previa a la presentación de la propuesta, salvo incumplimiento de los pagos, causales de caso fortuito o fuerza mayor, o cuando exista la posibilidad de incurrir en riesgo reputacional.*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

- Otorgar a los agentes que no tengan vínculo contractual o económico con las **INTERVINIENTES**, condiciones de igualdad y no discriminación en relación con sus empresas vinculadas, respecto a las cotizaciones solicitadas por dichas compañías, siempre y cuando correspondan a operaciones equivalentes³².

Lo anterior, será predicable en relación con los clientes potenciales de **ARGOS** o cualquier vinculada, que participen como proponentes en procesos de contratación pública para la adjudicación de contratos de concesión, cuyo objetivo involucre un componente de construcción de obra, en los cuales **ODINSA** sea participante, y que expresamente soliciten cotizaciones de cemento y/o concreto de forma previa a la presentación de la propuesta.

- Establecer e implementar un Programa de Cumplimiento de las Normas de Competencia, de tal forma que la compañía promueva la reducción del riesgo de posibles infracciones a la Ley. Para su elaboración se deben considerar los siguientes lineamientos:
 - a) Evaluación, priorización y reducción de los riesgos de infracciones al Régimen de Competencia en Colombia.
 - b) Compromiso - apoyo visible de la administración de la empresa; dotación de los medios necesarios.
 - c) Control y monitoreo.
 - d) Registro y documentación de las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento del Régimen de Competencia.
 - e) Actualización periódica del programa para su adaptación a la actividad de la empresa y la evolución del mercado.

Esta obligación será exigible de las empresas sobre las que el **GRUPO ARGOS S.A.** tiene un control directo y que se encuentran estrechamente vinculadas con el mercado producto relevante identificado en el acto administrativo recurrido: **CEMENTOS ARGOS S.A.** y **CONCRETOS ARGOS S.A.**

Dentro de los seis (6) meses siguientes a este condicionamiento las **INTERVINIENTES** deberán allegar informe de la implementación de su programa, describiendo las acciones concretas, los procedimientos internos y materiales utilizados para su implementación, mantenimiento y actividad”.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución al **GRUPO ARGOS S.A.** entregándole copia de la misma e informándole

³² Entiéndase por operaciones equivalentes, aquellas en las que se comparan variables como tipo y volumen del producto, costo de transporte y demás variables objetivas aplicables.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

que contra el presente acto no procede recurso, por encontrarse agotada la actividad de la administración.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución al **GRUPO ODINSA S.A.**

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Martha Sánchez Sossa
Revisó: Liliana Cruz Pinzón
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

Rad. No. 15-127795

VERSIÓN ÚNICA

NOTIFICACIÓN

ARGOS S.A.

NIT No. 890.900.266-3

APODERADO

DIEGO CARDONA BAQUERO

C.C. No. 79.943.545

T.P. No. 128.060 del C. S. de la J.

Carrera 9 No. 74 - 08 oficina 105

Bogotá D.C.

Diego.cardona@ppulegal.com

Tel: 326-86-10

COMUNICACIÓN

GRUPO ODINSA S.A.

NIT No. 800.169.499-1

Carrera 14 No. 93 A - 30

Bogotá D.C.

contabilidad@odinsa.com