



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **23157** DE 2018

(06 ABR 2018)

Radicación No. 11-116942

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adaptan otras disposiciones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017 (en adelante Resolución No. 81391 de 2017 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **CEMENTOS ARGOS S.A.** (en adelante **ARGOS**), **CEMEX COLOMBIA S.A.** (en adelante **CEMEX**) y **HOLCIM (COLOMBIA) S.A.** (en adelante **HOLCIM**), por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios).

Así mismo, impuso sanciones a las siguientes personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas, por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

- Personas naturales sancionadas vinculadas con ARGOS

- **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, Presidente y Representante Legal de **ARGOS**.
- **INGRID RESTREPO LIBREROS** Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**.
- **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, Directora de Información Comercial de **ARGOS**

- Personas naturales sancionadas vinculadas con CEMEX

- **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, Presidente y Representante Legal de **CEMEX**

- Personas naturales sancionadas vinculadas con HOLCIM

- **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, Presidente Ejecutivo y Representante Legal de **HOLCIM** y miembro de su Junta Directiva.
- **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** Director Comercial de **HOLCIM** y miembro de su Junta Directiva³.

En la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio también decidió archivar la actuación administrativa en favor de **CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.**, y **CEMENTOS SAN MARCOS S.A.**, por considerar que no actuaron en contra de lo dispuesto en el

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009 a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Con posterioridad a la expedición de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** fue designado Presidente Ejecutivo de **HOLCIM** mediante Acta No 913 del 20 de febrero de 2012 de la Junta Directiva de **HOLCIM**

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios).

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó archivar la investigación en favor de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, CÉSAR CONSTAIN VAN RECK, MOISÉS PÉREZ YUNES, GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO, FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES, CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO, FERNANDO DE FRANCISCO REYES y MAURICIO VILLALOBOS JULIAQ**, por las razones expuestas en el ya referido acto administrativo.

Adicionalmente, mediante la Resolución Sancionatoria, se ordenó archivar la actuación administrativa en favor de todas las personas jurídicas y naturales investigadas en relación con las conductas señaladas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores).

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, respecto de la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que

"A partir del análisis realizado por este Despacho en los capítulos anteriores, se concluye que para el periodo investigado (2010 - 2012), ARGOS CEMEX y HOLCIM se encontraban cartelizados al haber acordado, bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, la fijación de los precios del cemento gris Portland tipo 1"

Lo anterior, atendiendo a las siguientes consideraciones:

- ✓ *A partir del análisis de los indicadores de Posner se determinó que el mercado afectado en la investigación contiene todas las condiciones económicas que lo convierten en altamente propenso a la cartelización.*
- ✓ *ARGOS, CEMEX y HOLCIM ostentan un extenso historial de investigaciones y antecedentes sancionatorios por violación del régimen de competencia, lo cual es útil como un contexto del análisis de la conducta investigada.*
- ✓ *Se demostró que para el periodo investigado existió un paralelismo de precios en el mercado del cemento gris Portland tipo 1 entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM.*
- ✓ *Se encuentra demostrado a través de evidencia económica (marcadores de Hamington), que el comportamiento de precios paralelo de ARGOS, CEMEX y HOLCIM corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia.*
- ✓ *Todas las explicaciones del paralelismo o coartadas ofrecidas por los investigados se encuentran plenamente desvirtuadas por el Despacho.*
- ✓ *En el Expediente obran numerosas evidencias circunstanciales ('factores plus') que, analizadas en su conjunto, acreditan el elemento consuetudinario de la conducta investigada en cuanto demuestran que ARGOS, CEMEX y HOLCIM desarrollan su actividad y rigen sus relaciones bajo un especial entorno colaborativo y sin presión competitiva, en el que incluso se ven a ellos mismos como un bloque o unidad que podría actuar y ha actuado al unísono en el mercado.*

(i) Principio de no meterse en obras iniciadas. Cadena de correos electrónicos que deja ver que los empleados de ARGOS y HOLCIM se hacen ofrecimientos para subir los precios de común acuerdo, además de regir sus relaciones comerciales bajo un 'principio de no meterse en obras iniciadas'. También evidencia esta cadena de correos que no tenían ningún inconveniente en reprocherse mutuamente el incumplimiento de dicho principio.

(ii) Incumplimiento en subir el precio del concreto. Comunicación dirigida a HOLCIM por un distribuidor en la que, contrario a lo esperado en un escenario de competencia, le reclama porque el precio al alza propuesto por HOLCIM no había sido cumplido por CEMEX y ARGOS, con lo que se demuestra que otros agentes del mercado establecían sus expectativas comerciales en torno del ambiente de no competencia entre los aquí investigados.

"Por la cual se reciben unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

(iii) Escenarios de "competencia" en ARGOS y el "BOOK1" de CEMEX. Documentos internos de ARGOS y CEMEX en los que se observan ejercicios de monitoreo de posibles escenarios de competencia a partir de una exclusión en bloque de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, enfocando su atención en el aumento de participación de terceros, y dando por sentado que no habría presión competitiva entre ellos

(iv) Venta de cemento concreto con "precio especial". Serie de documentos internos de ARGOS que dan cuenta de la venta de cemento concreto de ARGOS a CEMEX por un extenso periodo y por un valor menor al de todos los clientes de ARGOS, incluyendo los de su propia concreto. Este precio se denominaba internamente en ARGOS como "precio especial".

(v) Préstamo a título gratuito del ladrillo refractario. Comunicaciones que dan cuenta de que CEMEX le solicitó a HOLCIM un préstamo a título gratuito de ladrillo refractario requiendo para reparar uno de sus hornos. Con esta prueba se logró acreditar que CEMEX revela ante un supuesto competidor problemas en su planta de producción ante la expectativa de obtener apoyo en una situación de crisis, lo cual no resulta coherente con un escenario de competencia. También se acreditó que HOLCIM habría accedido a cooperar incluso en condiciones más favorables de las que CEMEX había requerido inicialmente.

(vi) Registros de viajes de los investigados que demuestran coincidencias migratorias, donde eventualmente pudieran converger los altos directivos y establecer comunicación entre sí. Esto constituye un factor plus según la OCDE

(vii) ARGOS obstaculizó la investigación administrativa, negándose sistemáticamente a suministrar la información solicitada por la Superintendencia en aspectos tan relevantes como los precios ex fábrica y su capacidad durante el periodo investigado, entre otros. Esta conducta procesal reprochable de ARGOS se constituye, a partir del artículo 241 del Código General del Proceso –que reproduce íntegramente el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil–, como una prueba indiciaria de la conducta investigada."

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a las personas jurídicas investigadas por infringir el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios), así como a las personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así:

PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	ARGOS	\$ 73.771.700.000.00
2	CEMEX	\$ 73.771.700.000.00
3	HOLCIM	\$ 54.074.656.100.00

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO	\$ 342.300.688.00
2	INGRID RESTREPO LIBREROS	\$ 84.099.738.00
3	ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE	\$ 24.344.661.00
4	CARLOS JACKS CHAVARRIA	\$ 272.965.290.00
5	MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ	\$ 109.182.116.00
6	JAIME ANTONIO HILL TIÑOCCO	\$ 364.104.160.00

Por su parte, mediante la referida Resolución No. 81391 de 2017, se resolvió archivar la actuación administrativa adelantada contra las personas jurídicas y naturales investigadas en relación con la presunta infracción al numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores), con fundamento en lo siguiente:

"En relación con esta imputación, este Despacho debe manifestar que no encontró evidencia material probatoria suficiente en el Expediente que permitiera concluir que dicha conducta se encuentra acreditada en la presente actuación administrativa. En efecto, si bien las cuotas de participación de los investigados a nivel nacional no han variado significativamente, el Despacho no cuenta con material probatorio que permita afirmar que

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

las cuotas de participación por departamento de ARGOS, CEMEX y HOLCIM han permanecido estables, motivo por el cual procederá al archivo de la investigación y exoneración de los investigados en relación con la conducta de acuerdo de repartición de mercados prevista en el numeral 2 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.'

Por último, en la citada Resolución No. 81391 de 2017 se decidió archivar la investigación frente a la presunta infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), al considerar que las conductas que fundamentaron su imputación, por sí mismas, no podían constituir una práctica contraria al régimen de libre competencia, sino que a partir de su unidad interpretativa resultaban indiciarias del acuerdo de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente. En relación con haber incurrido presuntamente en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar precios inequitativos, se consideró que no se encontraron elementos de juicio suficientes para concluir que en este caso se hubiese infringido dicha prohibición.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 81391 de 2017 y dentro del término legal, las personas jurídicas y naturales investigadas y sancionadas, con excepción de CEMEX, interpusieron los respectivos recursos de reposición.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

2.1. Argumentos planteados por ARGOS

- El mercado del cemento gris Portland tipo 1 es regional y no nacional porque las ventas fuera de la zona de influencia de cada planta no son representativas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio encontró que los costos de transporte son relevantes al momento de decidir la entrada al mercado, pero no tuvo en cuenta esto para la definición del mercado geográfico.
- La definición del mercado geográfico relevante no varía dependiendo del tipo de actuación administrativa de que se trate, porque las condiciones del producto y de la oferta y demanda son las mismas en ambas situaciones.
- La Resolución Sancionatoria no expresó qué relevancia tuvo la descripción detallada de las barreras de entrada frente al paralelismo consciente de precios que se atribuyó.
- Las barreras de entrada no dependen de la compañía ni de los demás agentes del mercado.
- Las barreras institucionales no son atribuibles a ARGOS, pero tampoco son ciertas porque, por ejemplo, alguien que importe clinker no requiere permisos y licencias para la explotación de canteras y aun así puede participar en el mercado de cemento gris Portland tipo 1.
- La inversión en diferenciación de producto y reconocimiento de marca no puede ser considerada como una barrera estructural porque esta solo es la estrategia de ARGOS pero los demás agentes han podido sobrevivir en el mercado sin este tipo de inversiones.
- La existencia de capacidad ociosa en sí misma no da cuenta de un acuerdo de precios.
- ARGOS no tiene la carga de explicar cuál debería ser el ejercicio adecuado, ni cuáles eran los resultados correctos sobre la capacidad real de sus plantas, pues es la Superintendencia de Industria y Comercio la que tiene la carga de la prueba.
- Afirmar que los marcadores de Posner permiten concluir que tan propenso es un mercado a la formación de un cartel es contrario al principio de presunción de inocencia.
- No es cierto que el marcador 2 de Posner se cumpla, pues la Superintendencia de Industria y Comercio identificó la presencia de firmas más pequeñas que las investigadas durante el periodo de análisis.
- Al margen de que la desconcentración de la demanda es una característica de este mercado, lo cierto es que los clientes sí cuentan con poder de negociación tal y como lo indica el marcador

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

13 de Posner, en donde se observa que las investigadas fijaron niveles de precios distintos en cada transacción

- El hecho de que **ARGOS** haya desarrollado una estrategia que le permitió cobrar una prima de precio al diferenciar su producto da cuenta de que su forma de competir no corresponde únicamente a precios.
- El documento "Presentación de PowerPoint de **ARGOS** Junta Abril v1" se refiere a escenarios de mercado de 2014, por lo que está por fuera del periodo investigado. Además, hace referencia a que **ARGOS** tiene en cuenta estrategias como la de aumentar su percepción de valor y no sólo en precios
- Es inadmisibles que el hecho de que existan altos costos fijos, característica inherente del mercado, constituya una situación que incentive a las empresas a cartelizarse.
- La diferencia entre precios de venta y costos de producción no refleja la utilidad neta y mucho menos el retorno sobre capital invertido
- En una industria tan intensiva en capital como la cementera, es necesario que los márgenes de rentabilidad sean adecuados para remunerar las cuantiosas inversiones.
- No se puede hablar de precios supra competitivos por un simple análisis de diferencia entre éstos y los costos de producción, desconociendo el nivel de intensidad del capital.
- El Retorno en el Capital Empleado (ROCE) de **ARGOS** fue de 10,77% en 2012, de 4,2% en 2010 y 4,84% en 2011.
- La supuesta brecha precio/costo puede presentarse en escenarios de competencia oligopolística
- No se entiende con qué propósito se compararon los precios del cemento en Colombia con los de otros países y por qué esta circunstancia haya resultado llamativa para el Despacho
- El contexto nacional e internacional del mercado y sus jugadores es irrelevante para la determinación de la existencia de la conducta.
- El Consejo de Estado indica que la igualdad o identidad de los precios para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos en los mismos periodos y en la misma proporción representa un elemento probatorio suficiente para identificar un acuerdo de precios por vía de una práctica conscientemente paralela. En este sentido se desconoce cómo esto equivale a que basta que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo, definición acogida por el Despacho en la Resolución Sancionatoria.
- Para la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (en adelante OCDE); que un comportamiento sea paralelo debe ir acompañado de una prueba más allá de la evidencia circunstancial de dicho comportamiento.
- La Superintendencia de Industria y Comercio basó sus conclusiones sobre paralelismo en precios ex fábrica, pero para los precios de **ARGOS** el cálculo realizado correspondió al precio promedio facturado (valor COP/kg) por lo cual, para el caso de **ARGOS**, estos precios sí incluyen el flete
- Obtener conclusiones de un ejercicio realizado con precios ex fábrica es errado, cualquiera que esos precios no se corresponden con los reales de venta en el mercado.
- El análisis del paralelismo de precios del cemento gris Portland tipo 1 debió realizarse de manera regional, de acuerdo con la definición del mercado
- El comportamiento de los precios por regiones no da cuenta de ningún paralelismo, por cuanto no mantienen un comportamiento uniforme ni una variación en las mismas proporciones.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- Incluir en una presentación que dos nuevos competidores ubicados en la Zona Norte del país pueden llevar su producto al interior, en nada afecta el argumento de ARGOS según el cual el mercado es regional, pues ARGOS no ha sostenido que sea regional por no estar en posibilidades de vender el producto fuera de la zona de influencia de sus respectivas plantas.
- El análisis de correlaciones sobre series de tiempo no estacionarias tiene un alto riesgo de ser espurio. Además la Superintendencia de Industria y Comercio no se pronunció sobre el hecho de que, al volver estacionarias las series, las correlaciones cayeran significativamente.
- La correlación no es casi perfecta entre los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, pero aún si lo fuera, ella no sería extraña de un mercado oligopólico.
- El filtro de Hodrick y Prescott ha sido altamente cuestionado por su ambigüedad, y en algunos casos se recomienda no emplearlo porque sus resultados dependen directamente del valor Lambda, sobre el cual no existe consenso para series mensuales.
- ARGOS realizó un ejercicio en donde aplicó el filtro a la serie de precios de ARGOS y al índice de Costos de la Construcción Pasada - ICCP con lambdas de 10 y 14.400, como el utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio, y encontró que las correlaciones entre los mismos cambiaban significativamente según el valor del parámetro usado.
- El Despacho no tuvo en cuenta las razones para no usar el filtro de Hodrick y Prescott expuestas en el documento *"Why you should never use the Hodrick-Prescott filter"* del profesor James Hamilton.
- El componente cíclico de la serie de precios de ARGOS no es estacionario, por lo que no es adecuado realizar análisis descriptivos e inferencias sobre el mismo.
- ARGOS no tiene la carga de explicar que sus precios de venta no obedecen a un cartel.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pretendía que todos y cada uno de los precios facturados fuesen idénticos y se ajustaran milimétricamente a los parámetros determinados por el Comité de Precios.
- El Comité de Precios solo establece precios base, sobre los cuales debe aplicarse una política comercial de descuentos, que depende de las condiciones particulares de negociación con cada cliente.
- No es cierto que ARGOS hubiese tratado de justificar el paralelismo de precios a través de la explicación de la dinámica del Comité de Precios.
- No existen precios ex fábrica efectivamente cobrados por ARGOS, pues todos sus precios son CIF⁴. De hecho, ARGOS estimó los precios ex fábrica teóricos para cumplir con el requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- La Superintendencia de Industria y Comercio al parecer entendió que los precios FOB⁵ indicativos o teóricos calculados para dar cumplimiento al condicionamiento podían ser comparados con precios de venta que incluyen fletes.
- Al presentar los precios reportados por ARGOS, el Despacho cometió un error agregando precios observados en transacciones con mayoristas como con detallistas que tienen estructuras de descuentos diferentes, razón por la cual el resultado presenta precios variables mes a mes.
- Los precios que la Superintendencia de Industria y Comercio presentó como reportados por ARGOS, son cálculos de la Superintendencia que contienen errores metodológicos.

⁴ Cost, Insurance and Freight – CIF por sus siglas en inglés.

⁵ Free on Board – FOB por sus siglas en inglés.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- El precio del acta del Comité de Precios utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio es un precio teórico o indicativo, ya que el flete óptimo está sujeto a variaciones y no incluye los descuentos por pronto pago.
- Las ofertas de precios de ARGOS con fundamento en las directrices del Comité de Precios estaban, en todo caso, sujetas a las leyes de la oferta y la demanda, por lo que los precios efectivamente cobrados dependían de las negociaciones concretas con sus clientes.
- ARGOS presentó un análisis aleatorio de 500 facturas, con el que pretende demostrar que los precios fueron determinados de conformidad con las políticas y parámetros establecidos por el Comité de Precios.
- El hecho de que los precios no cambien en función de los costos o la demanda responde a la lógica económica mediante la cual el objetivo de la empresa es maximizar sus utilidades.
- La existencia de los marcadores de Harrington no es concluyente de la existencia de un cartel. El mismo autor resalta que es muy alta la posibilidad de obtener falsos positivos.
- La afirmación según la cual *"existiría alta probabilidad de existencia de colusión o cartel empresarial en el mismo"* es inadmisibles, pues ningún particular puede ser juzgado con base en probabilidades.
- Respecto de marcador 1 de Harrington, no es cierto que en el periodo 2010-2012 el precio del cemento gris Portland tipo 1 haya aumentado de manera simultánea, sino que el mismo Harrington destaca que el marcador no es suficientemente efectivo porque los precios pueden aumentar por factores distintos a la colusión.
- El coeficiente de variación utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio tiene inconsistencias por cuanto el precio utilizado para el caso de ARGOS es un precio implícito que incluye fletes y descuentos, es decir, no es ex fábrica.
- Si bien el coeficiente calculado a partir de tres (3) datos tiene una tendencia a la baja, ello puede ser explicado por el incremento de la demanda o por la convergencia natural en un mercado oligopólico no colusorio.
- Respecto del marcador 4 de Harrington, ARGOS afirmó que, tal y como lo concluyó en sus observaciones al Informe Motivado, no es cierto que los precios de ARGOS estén altamente correlacionados con los de CEMEX y HOLCIM.
- A nivel regional, las correlaciones de precios son significativamente menores que las nacionales. Lo mismo sucede si se toman las diferencias y las variaciones mensuales de los precios.
- Para el marcador 6 de Harrington, el autor advierte que en cualquier industria puede esperarse cambios estructurales luego no es de recibo que la Superintendencia de Industria y Comercio se valga de la literatura académica para concebir la existencia de un supuesto paralelismo consciente de precios, pasando por alto advertencias de los mismos autores en relación con la aplicación práctica de sus teorías.
- Para realizar la prueba de Lumsdaine y Papell, la Superintendencia de Industria y Comercio agregó los precios de las tres (3) investigadas en una única serie, desconociendo que la serie de cada empresa puede presentar quiebres en diferentes puntos del tiempo.
- La prueba de Lumsdaine y Papell está diseñada para identificar dos (2) cambios estructurales, lo que implica que si existen más de dos (2) cambios en la tendencia, estos no pueden identificarse.
- En el marcador 7 de Harrington, la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que el período investigado no necesariamente coincide con el período durante el cual efectivamente se llevó a cabo la conducta anticompetitiva. Lo anterior indicaría que la conducta por la cual fue sancionada ARGOS no habría tenido lugar en el período investigado.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

- La Superintendencia de Industria y Comercio pretendió esgrimir las investigaciones y sanciones adelantadas a nivel mundial contra la industria cementera como un indicio o evidencia económica de que las empresas que participan en este mercado a nivel global son propensas a infracciones a la competencia y que, por consiguiente, ARGOS y las otras empresas sancionadas se cartelizaron para fijar precios en el periodo 2010 – 2012.
- El mal denominado “contexto” del mercado del cemento y sus jugadores afecta la presunción de inocencia y el principio del *non bis in idem*, porque tiene como presupuesto tácito que si una compañía ha sido investigada y sancionada en el pasado, no es raro que sea responsable en el presente.
- ARGOS afirmó en el traslado del Informe Motivado que la sanción impuesta en Venezuela en 2003 había sido suspendida por la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de ese país en abril de 2005. Agregó que el gobierno venezolano expropió la operación de ARGOS en ese país en marzo de 2006 sin otorgar ninguna compensación. De acuerdo con la sancionada, esto fue ignorado en la Resolución Sancionatoria.
- En lo relativo al contexto nacional, debe mencionarse que las investigaciones de 1997-1999, 2004-2005 y enero-diciembre 2005 culminaron con aceptación de garantías, es decir el archivo de la actuación y tránsito a cosa juzgada administrativa, en las que el Superintendente de Industria y Comercio nunca adoptó una decisión en la que hubiera determinado la configuración de una infracción al régimen de protección de la competencia.
- Frente a la investigación 2006-2008, se reitera que esta decisión fue demandada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que mediante sentencia de primera instancia proferida el 3 de diciembre de 2012, declaró la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se había sancionado a ARGOS. En esta oportunidad, el Tribunal no validó ni emitió ningún juicio de valor sobre la motivación de fondo desplegada por la Superintendencia de Industria y Comercio en los actos cuya nulidad decretó y sobre los contundentes argumentos de fondo y las pruebas practicadas en el proceso.
- No es cierto que la doctrina y la jurisprudencia apoyen la tesis de la Superintendencia de Industria y Comercio según la cual la demostración del paralelismo consciente de precios no requiere prueba directa y que, por tanto, queda relevada de enfocar su actividad probatoria en este esfuerzo, bastándole con esgrimir interpretaciones y posiciones como supuestas evidencias circunstanciales de las que se concluyen hechos que no se demuevan necesariamente de las mismas.
- Frente a la cadena de correos relacionada con el principio de no meterse en obras comenzadas, no es dable concluir del mensaje puntual y aislado intercambiado entre dos funcionarios concretos de ARGOS y HOLCIM, que entre esas dos compañías existía ánimo colaborativo alguno, tanto menos si esa mensaje hace referencia a un producto que no guarda ninguna relación con el que es materia de investigación ni con el supuesto paralelismo.
- Teniendo en cuenta que la referida cadena de correos fue con posterioridad al periodo en el que habría tenido lugar el supuesto paralelismo consciente de precios, la misma no puede revelar conciencia o coordinación respecto de esa conducta, puesto que es posterior a los hechos objeto de investigación.
- La referida cadena de correos a lo sumo daría cuenta de que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ y CARLOS QUIROZ se conocían y, que por razones que se desconocen, aparentemente habrían conversado en alguna ocasión sobre no meterse en las obras comenzadas del otro, lo cual no constituye indicio de la existencia de una práctica conscientemente paralela para la determinación de precios del cemento gris Portland tipo 1.
- Según declaración extrajudicial rendida ante la Notaria Segunda de Floridablanca (Santander), el 18 de diciembre de 2017 de ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ, ella actuó por su propia cuenta de manera contraria a los lineamientos y parámetros que rigen el comportamiento de ARGOS en el mercado.
- ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ se desempeñaba como asesora comercial cargo cuyo nivel jerárquico dentro de la empresa corresponde a un nivel medio, lo que acredita que no se trataba

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

de una empleada con capacidad de formular las directrices comerciales ni corporativas de ARGOS.

- La cadena de correos a la que hace alusión la Resolución Sancionatoria iniciada por el ingeniero JOHN E. CENTENO de la CONSTRUCTORA CONSTRUIR 21 se debió a una equivocación humana en la que nadie tuvo que ver ARGOS, tal y como lo demuestran pruebas practicadas durante la investigación.
- Dos correos electrónicos frente al sinnúmero de mensajes cruzados diariamente entre asesores comerciales de ARGOS y sus clientes en un periodo de tres (3) años, no pueden ser evaluados más que como hechos aislados.
- ARGOS cuenta con políticas y sistemas de monitoreo y control adecuado considerando el tamaño y particularidades de su operación que, como es obvio, no le permite mantener un control instantáneo sobre todos y cada uno de los correos que los empleados de la compañía intercambian con terceros, pues nadie está obligado a lo imposible.
- Las afirmaciones de CARLOS QUIROZ cuando aduce que "(...) la cotización que me copió (sic) por equivocación se la ganó porque para ese tipo de negocios cotizamos con Ebitda del 17% y ella lo hizo con el 12%, eran como 150 m3" no son ciertas, porque ARGOS nunca vendió para ese proyecto y además su EBITDA generado por la Planta de Concreto de Bucaramanga fue, para el mes de enero de 2013 del 18% tal y como lo certificó el Revisor Fiscal.
- En cuanto a la comunicación que el distribuidor VALTA S.A.S. habría enviado a su proveedor HOLCIM el 13 de enero de 2013, ARGOS señaló que desconoce las razones por las cuales el distribuidor escribió ese mensaje y su contexto, y que además debe tenerse en cuenta que tal y como lo certificó su Revisor Fiscal, para el periodo comprendido entre 2010 y 2016, ARGOS no tuvo ningún tipo de relación comercial con VALTA S.A.S.
- La Superintendencia de Industria y Comercio al asegurar que "(...) lo que vale la pena preguntarse es qué es exactamente lo que no cumplieron CEMEX y ARGOS y por qué se presenta el reclamo emitido (...)" demuestra abiertamente que aunque no comprende el alcance y contenido del correo, decide interpretarlo de manera arbitraria en contra de ARGOS.
- ARGOS no pudo acceder a la versión completa del archivo "Hoja_de_cálculo_de_Microsoft_Excel1" porque la ruta de acceso suministrada por la Superintendencia de Industria y Comercio correspondía a la imagen forense tomada del computador de ADRIANA MARIA RODRIGUEZ URIBE, con lo cual se afectó su derecho de contradicción y defensa.
- La apreciación del archivo "Hoja_de_cálculo_de_Microsoft_Excel1" es parcializada, pues lo que refleja es que para la determinación y proyección de sus precios en el mercado, ARGOS sí tiene en consideración variables como costos, PIB, desempleo, tendencia de crecimiento histórico de las ventas del cemento gris, crecimiento del sector infraestructura, importaciones y competencia, de manera que no es cierto que el precio del cemento gris Portland tipo 1 obedezca a un paralelismo consciente sino al cuidadoso análisis de esas variables que se mencionan en el cuadro.
- ARGOS sí incluyó en el referido archivo a CEMEX y HOLCIM, solo que lo hizo en la pestaña "escenarios", circunstancia que impide asumir que la explicación frente a la ausencia de una mención de esas dos cementeras en la pestaña "análisis cualitativo", es la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Además, en los folios 114 y 115 de la Resolución Sancionatoria, se trajeron a colación cuadros de proyección de ventas por productor por año para el cemento gris, y en ellos se incluye una casilla para ARGOS, otra para grandes productores (CEMEX y HOLCIM), otra para pequeños productores (ORIENTE, SAN MARCOS y TEQUENDAMA) y una última para importaciones.
- En la imagen incluida en el folio 114 de la Resolución Sancionatoria simplemente se está midiendo el impacto puntual que las importaciones y los productores pequeños podrían tener en la participación de mercado de ARGOS en el escenario proyectado de 20 años, de manera que esa imagen no da cuenta de que CEMEX y HOLCIM no sean considerados competidores de ARGOS.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

- Las imágenes incluidas en el folio 115 de la Resolución Sancionatoria reflejan cambios en la participación de ARGOS, Otros Grandes Productores y Pequeños Productores, ante un cambio en la participación de importaciones o, en su defecto, el impacto que podría tener de manera estimada un cambio en la participación de mercado de Pequeños Productores, de las importaciones, de Otros Grandes Productores y de ARGOS
- No se ve qué relevancia tienen las proyecciones de participación de mercado de ARGOS y el impacto que sobre estas tienen las importaciones o los pequeños productores, con el elemento consciente del paralelismo de precios del cemento gris Portland tipo 1, mucho menos existe relación entre este y la explicación de teoría de juegos y, en particular de los juegos coalicionales a partir de transferencias de utilidades.
- De acuerdo con el estudio elaborado por Ricardo Mauricio Reina Echeverri y Sandra Paola Oviedo Ariza, ARGOS sí perdió puntos de participación con las demás cementeras sancionadas, hecho cierto y comprobado que en el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio debiera prevalecer sobre un archivo que contiene proyecciones y estimaciones que no obedecen a situaciones reales de mercado
- Respecto de la imagen incluida en el folio 117 de la Resolución Sancionatoria en la que se ilustran varios escenarios de variaciones de precio a 20 años, resaltándose el de una guerra de precios similar a la que tuvo lugar en 2004-2005, se advierte que el uso de la expresión "guerra" está incluida bajo la casilla "observaciones" y para efectos de ejemplificación del escenario de "Dinámica decreciente de precios temporal", el cual se proyecta no porque ARGOS esté pensando en iniciar una guerra de precios para evitar la entrada de terceros competidores al mercado, sino porque una estrategia de entrada al mercado bien de parte de importadores o de otras compañías interesadas en posicionarse en el sector del cemento, puede ser el ofrecimiento de precios más atractivos que los que hay en el mercado, situación que temporalmente puede llevar a una dinámica de caída de precios, escenario que legítimamente puede proyectarse.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pareciera estar estigmatizando una práctica tan competitiva como necesaria en cualquier empresa, como lo es la de hacer proyecciones y simular situaciones estratégicas a largo plazo
- El archivo "Hoja_de_calculo_de_Microsoft_Excel1" no refleja ningún ánimo cooperativo entre CEMEX, HOLCIM y ARGOS ni da cuenta de que esta última carezca de incentivos para competir fuertemente con las otras dos cementeras conclusión a la que arribó la Superintendencia de Industria y Comercio a partir de una lectura sesgada y parcializada de un archivo que (i) contiene estimaciones y no datos reales y (ii) que cuando se contrastan con la realidad del mercado no se cumplen a cabalidad
- En relación con el archivo "BOOK1.xls" (i) ARGOS no suministró a CEMEX información relativa a su volumen de venta de cemento para 2011 a 2013 ni para ningún otro año; (ii) las cifras que aparecen en ese archivo bajo la casilla "A", no corresponden con las reales de ARGOS; (iii) ARGOS no tiene forma de saber cuál era el objeto o propósito de las proyecciones allí plasmadas por CEMEX, ni de los datos contenidos en las casillas 15 a 21; y (iv) no se tuvo en cuenta que CEMEX puede construir esa tabla a partir de información que circula públicamente
- Si el archivo "BOOK1.xls" se elaboró después del periodo investigado, y por más que incluya unas cifras de años anteriores, da cuenta es de comportamiento de CEMEX y del funcionario que lo elaboró en un espacio de tiempo que no está comprendido en el periodo 2010-2012 y, de todos modos, un archivo Excel que no ha sido elaborado por ARGOS mal puede servir de evidencia circunstancial de un comportamiento.
- El archivo "Presentación Panamá" data de varios años antes al "BOOK1.xls" y no puede ser valorado como prueba en esta investigación porque no fue incorporado al Expediente como tal por la Delegatura. Además da cuenta de hechos ocurridos fuera del periodo investigado y es un documento que no proviene de ARGOS y en esa medida nada podría acreditar en su contra.
- En relación con el archivo "Precios cemento concreto - El Norte.xls" se debe tener en cuenta que (i) el precio al que ARGOS vende cemento concreto a su filia es menor que aquel al que le vende a CEMEX; (ii) el precio FOB al que se vende a CEMEX no es comparable con el CIF

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

al que ARGOS vende a su filial; (iii) ARGOS no solo tiene carteras vendidas con CEMEX sino también con otros de sus clientes; y (iv) el cemento concreto en nada tiene que ver con el Portland tipo 1 objeto de la investigación

- La expresión "precios especiales" no da cuenta de ningún tratamiento preferencial a CEMEX o a cualquier otro cliente al que se le otorguen, simplemente obedece a situaciones particulares de negociación, como ocurre en cualquier negocio. De hecho, en una respuesta a un requerimiento se incluyeron precios especiales dentro de la explicación concerniente al proceso de creación del cliente en el sistema.
- Este asunto no fue revelado en ninguna etapa previa de la investigación, lo que limitó el derecho de defensa de ARGOS, pues podría haberse aclarado de forma sencilla antes de valorarse como un elemento que da lugar a una millonaria sanción.
- Mal pudiera pretender la Autoridad de Competencia, que teniendo ARGOS disponibilidad de este producto y necesiándolo CEMEX, se negara a suministrárselo y renunciara a hacer un buen negocio, pues eso sí que hubiera configurado una conducta completamente irracional
- El precio facturado por ARGOS a CEMEX es FOB, mientras que el facturado a su concretera filial es CIF, siendo estos los precios que se registran en el sistema de contabilidad de ARGOS. No obstante, se estimó para la concretera filial un precio FOB equivalente, tomando el CIF facturado y restándole el flete desde la zona franca ARGOS hasta el sitio de entrega del producto que para la fecha era de \$20.614. Esta estimación para un aspecto puntual no implica reconocer que los sistemas contables de ARGOS arrojan información sobre precios sin IVA y sin flete por segmento.
- Aun cuando en su correo electrónico del 21 de enero de 2013 JUAN GONZALO URIBE manifestó a TOMÁS RESTREPO PÉREZ que "(...) el precio está fijo desde enero de 2012 (...)", refiriéndose al precio de venta a CEMEX, lo cierto es que según se desprende de la factura de venta No. 1873855 del 14 de marzo de 2013, en 2012 el precio a esa compañía sí se incrementó en un 10%.
- Aunque entre agosto de 2012 y marzo de 2013, el precio de venta de cemento concreto a CEMEX fue ligeramente inferior al de la concretera filial de ARGOS, ello no obedeció a una decisión de privilegiar a ese competidor en un contexto colaborativo y de colegaje, sino a una dinámica comercial reglada por las condiciones pactadas en el contrato de suministro con CEMEX que no podían ser ignoradas por ARGOS para obtener dos incrementos de precio en un mismo semestre.
- Los correos electrónicos del 15 y 22 de febrero de 2013 entre ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE e INGRID RESTREPO LIBREROS dan cuenta de que ARGOS se encontraba negociando con CEMEX el incremento del precio de venta, proceso que no siempre es inmediato ni automático y que finalmente pudo concretarse en abril de 2013.
- Los documentos que constituyen prueba directa y real de los precios a los cuales ARGOS vende sus productos en el mercado a sus diferentes clientes, son aquellos que se encuentran contablemente soportados, conforme con los certificados de revisoría fiscal, facturas y remisiones de productos que se allegaron como prueba del recurso de reposición.
- Las coincidencias de funcionarios de ARGOS con empleados de otras cementeras en el exterior no pueden ser valoradas como prueba indiciaria ni evidencia circunstancial de un acuerdo restrictivo de la competencia porque: (i) la información suministrada por MIGRACIÓN COLOMBIA no indica las razones de las salidas del país y además no acredita que las personas hayan viajado en los mismos vuelos; (ii) ARGOS cuenta con operaciones en la región Caribe y Estados Unidos, por lo que es un hecho común que sus directivos tengan que desplazarse con frecuencia fuera del país a atender compromisos relacionados con el ejercicio de sus funciones; y (iii) la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene certeza sobre la existencia de encuentros con fines ocultos entre las investigadas.
- ARGOS colaboró de buena fe con la investigación y puso a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, la información y los datos con los que contaba y proporcionó, cuando fue procedente, las explicaciones y aclaraciones en cuanto al contenido de la información

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

allegada. De allí que la calificación sobre la conducta procesal de **ARGOS** deba ser revaluada, pues a misma no merece reproche alguno.

- Las supuestas inconsistencias encontradas en cuanto al procedimiento de formación de precios son el fruto de una confusión de la Superintendencia de Industria y Comercio porque concluyó erradamente que **ARGOS** habría supuestamente vendido cemento gris Portland tipo 1 por encima de los precios estimados por el Comité de Precios, al comparar con base en la agregación de precios promedios reales de venta para los segmentos masivo y detallista, los cuales tienen una estructura de descuentos comerciales diferentes (que incluyen fletes y descuentos efectivos derivados de la política comercial), con unos precios indicativos o teóricos FOB que establecían en virtud del condicionamiento impuesto para la integración con **CEMENTOS DEL CARIBE, CEMENTOS ANDINO y CONCRECEM**.
- El Despacho no comprendió que el Comité de Precios consignaba, (i) Precios Estimados al Público (PEP), es decir, los valores a los que se estimaba que un distribuidor o detallista podría comercializar los productos; y (ii) una estimación del precio FOB realizada para dar cumplimiento al condicionamiento.
- Con base en los Precios Estimados al Público (PEP) determinados por el Comité de Precios, considerando la política comercial y las negociaciones específicas con cada cliente los precios finales de venta resultaron ser el producto de las leyes de oferta y demanda
- **ARGOS** indicó de forma consistente durante la investigación que no registra en su contabilidad precios ex fábrica por canales de distribución y por planta, lo cual ha sido certificado por el Revisor Fiscal.
- **ARGOS** nunca afirmó que no contara con precios promedio de venta por canal con posterioridad a junio de 2012. Explicó específicamente que no contaba en sus archivos contables con precios ex fábrica por canal, tal y como lo señaló **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** en su testimonio. Lo que ocurrió fue que **ARGOS** consideró de buena fe y apropiado entregar con un mismo corte temporal la información sobre las dos series de datos (precios teóricos ex fábrica que se tenían hasta el primer semestre de 2012 y los precios promedio de venta por canal y por departamento)
- Esa decisión no puede equipararse a una conducta procesal reprochable pues no contiene deslealtad, dolo o mala fe. Además, como lo reconoce la Resolución Sancionatoria la información fue posteriormente incorporada al Expediente, lo cual evidencia que el asunto fue realmente inocuo.
- No resulta proporcionado acusar a **ARGOS** de incurrir en una conducta procesal reprochable por no haber realizado el cálculo de los precios ex fábrica, pues este cálculo no le fue solicitado
- No resulta admisible afirmar que **ARGOS** sí contaba con precios ex fábrica con base en la diapositiva del archivo de PowerPoint "Junta Abril v.1" que se incluyó por primera vez en la Resolución Sancionatoria pues contrario a la certificación del Revisor Fiscal, se trata de una simulación dinámica de ingresos de cemento gris ex fábrica en escenarios de precios bajos, con la existencia de registros sobre precios ex fábrica por canal y por departamento.
- La acusación de no entregar la capacidad de producción es fruto de una aproximación imprecisa a la información enviada por **ARGOS** en distintos momentos de la investigación y que corresponde a datos distintos y no comparables
- La información de capacidad aportada por **ARGOS** no fue imprecisa ni incorrecta. En atención a su estructura multi planta y multi producto, **ARGOS** entregó datos completos y veraces sobre capacidad de producción en función de su capacidad de molenda y empaque, los cuales denotan distintos restrictores o cuellos de botella en el proceso productivo del cemento gris Portland tipo 1.
- No existió inconsistencia alguna en la información entregada en materia de exportaciones porque cuando se le preguntó a **ARGOS** por exportaciones de cemento gris Portland tipo 1 la compañía informó que no había exportado esta referencia de cemento, por cuanto sus

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

negociaciones internacionales no giran en torno a las especificaciones o normas técnicas que se usan para describir el cemento gris Portland tipo 1 comercializado en el mercado local

- Si bien en las bases de datos de la DIAN aparecen registradas palabras como 'cemento gris' y 'cemento Portland', los documentos técnicos que soportan esas declaraciones de importación evidencian que las mismas corresponden a exportaciones de cementos que fueron elaborados bajo normas técnicas diferentes.
- Tan pronto como ARGOS advirtió que la Delegatura había encontrado inconsistencias al contrastar la información sobre exportaciones con la de la DIAN, suministró de forma espontánea una explicación en la remisión de información del año 2017.
- De acuerdo con las facultades sancionadoras conferidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, le corresponde determinar el impacto que una conducta habría tenido en un mercado determinado, y no en la economía de manera abstracta.
- La aplicación de una multa de más de \$ 73 000 millones de pesos con base en inferencias estadísticas y conclusiones resultantes de cálculos erróneos y de especulaciones es inquietante en un Estado de Derecho e implica un grave menoscabo de la iniciativa privada, que es el derecho constitucional que justamente se supone deben proteger las leyes de competencia.
- Sobre el supuesto impacto de la conducta en el mercado, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su ejercicio de dosificación de la sanción, consignó una serie de generalidades abstractas sobre el sector de la construcción pero no realiza un análisis riguroso sobre el impacto que habría tenido la supuesta conducta en el mercado del cemento gris Portland tipo 1 objeto de investigación
- El Despacho no tuvo en cuenta, al indicar las cifras y comparaciones contenidas en el capítulo de dosificación, que el objeto de investigación no es el cemento en general sino el cemento gris Portland tipo 1, lo que distorsiona totalmente los datos y magnifica y falsea el impacto de la supuesta conducta.
- Otro factor que le quita validez al análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio es que omitió considerar que ARGOS fue participe y apoyó al presente Gobierno en los programas de construcción de vivienda de interés social.
- Al comparar la cantidad de bultos de cemento gris Portland tipo 1 que se podrían adquirir con el salario mínimo mensual legal vigente en enero de 2010 y diciembre de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en el error de calcular indicadores sobre el precio del cemento puesto en planta que no corresponde a los términos reales en los que ARGOS usualmente vende y entrega el cemento a sus clientes. A esos precios debe agregarse el flete para poner el cemento en el sitio solicitado por el cliente.
- No es cierto que ARGOS tuviera ganancias cercanas al 60%, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio omitió considerar factores elementales como por ejemplo los costos de infraestructura, las depreciaciones, los impuestos, los gastos financieros, de distribución o comercialización y otros que deben sumarse a los costos variables para obtener los verdaderos márgenes
- Los incrementos de precios en relación con el Índice de inflación no pueden constituir un hecho que merezca reproche toda vez que en ningún momento se ha acreditado que el incremento en los precios por encima del Índice de Precios al Consumidor (IPC) fuera el resultado de un acuerdo restrictivo
- Se omitió considerar en el análisis de la dimensión del mercado afectado que la Superintendencia de Industria y Comercio excluyó de forma expresa el análisis del segmento industrial, el cual para la época investigada representaba aproximadamente el 31% del consumo total de cemento gris Portland tipo 1, lo cual pone de presente el error trascendental en el análisis y dimensionamiento del mercado supuestamente afectado
- No se mencionó ni cuantificó cuál fue, de manera específica, en cifras concretas, el supuesto beneficio que presuntamente obtuvo ARGOS en razón de la conducta que se le endilgó

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- En la Resolución Sancionatoria no se analizó el grado de participación de ARGOS en la supuesta conducta, solo se dijo que su participación fue activa porque ejerció su actividad económica durante el periodo investigado.
- La conducta procesal no constituye una circunstancia de agravación, pues no está prevista como tal en el numeral 15 del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, razón por la cual no le estaba dado a la Superintendencia de Industria y Comercio tenerla por tal a efectos de la dosificación de la sanción.
- La política sancionadora planteada en la Resolución Sancionatoria pone de presente que el máximo previsto en la ley se convierte en el caso base para imponer una sanción, bajo la idea de que la ley actualmente vigente no castiga en la forma en que a visión del Despacho debería hacerlo.
- El patrimonio del infractor no es un criterio para graduar la multa, es un límite que garantiza que la multa impuesta no resulte confiscatoria. Por su parte, los ingresos operacionales no están incluidos en los criterios de tasación de la pena, y si hubieran de tenerse en cuenta, mal podían considerarse los globales porque son completamente ajenos a la supuesta conducta. En el presente caso, la multa a ARGOS equivale al 6,3% de las ventas de cemento gris Portland tipo 1 lo que implica que es desproporcionada.
- El cálculo de la multa teniendo como referente el valor del salario mínimo al momento en el que se impuso la sanción, y no el vigente al momento en que habría tenido lugar la supuesta conducta sancionada, resulta inconstitucional y violatorio del principio de la irretroactividad de la ley sancionadora.
- Se desconoció el debido proceso por los siguientes motivos:
 - Las pruebas decretadas una vez culminada la fase de instrucción son nulas de pleno derecho, porque se decretaron una vez concluido el periodo probatorio y luego de oídas las alegaciones de los investigados, limitando el derecho a presentar pruebas para controvertir aquellas practicadas de oficio.
 - La Autoridad desatendió el tenor literal y expreso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el sentido de que la citación a la audiencia de alegaciones debe hacerse una sola vez.
 - Se impuso a los investigados una restricción fundamental en el derecho de contradicción, al indicar que el mismo no incluye, en este caso concreto, la facultad de aportar o pedir pruebas adicionales para rebatir las decretadas de oficio, sino que se limita a presentar argumentos en una segunda audiencia de alegaciones orales no contemplada en el procedimiento.
 - Se impuso una carga de contradicción exagerada al investigado, al que se le exige controvertir pruebas en relación con las cuales no se le ha precisado una imputación o acusación concreta, exigiendo de esta forma que el investigado entre a suponer los posibles argumentos que presentaría más adelante la Delegatura en el Informe Motivado.
 - Se aplicó de forma fraccionada y selectiva el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011), dando efecto a. aparte que permite a la jurisdicción practicar pruebas de oficio en cualquier momento de la actuación administrativa, pero desconociendo que la norma contempla el mismo derecho para ARGOS.
 - En el Informe Motivado se hizo caso omiso de todas las pruebas practicadas y allegadas en la fase de instrucción, a las cuales la Delegatura no les asignó ningún mérito probatorio toda vez que no solo las pretermitió, sino que, en su lugar, decidió formular sus recomendaciones con base en conjeturas, especulaciones, presunciones y documentos allegados a última hora que se esgrmieron de manera sorpresiva.
 - La Superintendencia de Industria y Comercio no emitió un pronunciamiento formal sobre la solicitud de concederle a ARGOS la oportunidad de presentar sus argumentos ante el Consejo Asesor de Competencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- ARGOS no pudo consultar el acta de la reunión del Consejo Asesor porque la solicitud para ello sería respondida dentro del término del derecho de petición, el que se cumple mucho tiempo después del término para presentar el recurso de reposición. Con ello para ARGOS no fue posible determinar qué dijo o conceptuó el Consejo Asesor sobre el tema ni si asistieron a la sesión todos sus miembros.

- No se accedió a la solicitud de decretar pruebas bajo el argumento de que "el término para presentar las observaciones al Informe motivado no es una oportunidad para pedir pruebas", sin hacer referencia al artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011), el cual habla sido invocado de manera parcial y fragmentada por el Delegado en el Informe Motivado para sustentar la posibilidad de decretar pruebas de oficio. En su lugar, acudió a normas del proceso civil que ofrecen menos garantías para el administrado.

- La Resolución Sancionatoria desconoció el principio de congruencia al variar progresivamente los cargos con fundamento en los medios de prueba practicados, varios de ellos nulos de pleno derecho.

- El investigado tiene que asumir la carga de desvirtuar las pruebas nuevas que fundamentaron la sanción, una vez se ha hecho pública con la consecuente afectación para la reputación. De haberse puesto de presente esta imputación desde el comienzo con fundamento en estas pruebas, ARGOS podría haberse defendido en la fase de instrucción para desvirtuar la inadecuada interpretación plasmada en la Resolución Sancionatoria.

- La Superintendencia de Industria y Comercio reconoció el término que la ley le confiere a ARGOS para recurrir, por cuanto se concedieron cinco (5) días y el término que debió haberse concedido correspondía a los diez (10) días previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011). Lo anterior, toda vez que el procedimiento administrativo inició en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) con la formulación del pliego de cargos mediante la Resolución No 49141 del 21 de agosto de 2013.

- La facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraba caducada por cuanto la última prueba que reflejaría el último hecho constitutivo del elemento consciente del paralelismo de precios de ARGOS es un correo de 21 de noviembre de 2012.

2.2. Argumentos planteados por HOLCIM

- La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se expidió con posterioridad al 2 de julio de 2012, por lo cual las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) resultan aplicables al presente caso.
- Las razones expuestas por HOLCIM no tienen ningún valor para la Superintendencia de Industria y Comercio y fueron despachadas con "frases de cajón". La Autoridad se limitó a copiar el Informe Motivado y resolvió el caso sin detenerse a analizar los argumentos propuestos y sin controvertir de fondo los estudios presentados. Lo anterior hace absolutamente nugatorio el derecho de defensa de los investigados.
- Según consta en el acta del Consejo Asesor, la reunión que se llevó a cabo en el presente caso solamente contó con la asistencia de tres (3) de los cinco (5) miembros que por disposición legal conforman este órgano consultivo. Además, los impedimentos presentados por algunos de ellos fueron resueltos por los otros miembros del Consejo Asesor, sin que exista norma alguna que les otorgue esa facultad. Lo anterior hace que este proceso esté viciado de nulidad.
- Quienes expusieron el caso en la reunión del Consejo Asesor fueron funcionarios que no tienen una posición imparcial respecto de este caso, como el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.
- En el acta de la reunión del Consejo Asesor no se estableció cuál fue el análisis que hicieron los miembros para emitir su recomendación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- La decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio contradujo abiertamente precedentes del Consejo de Estado que sostienen que el paralelismo consiste en "la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor". Para la Superintendencia de Industria y Comercio no es necesario que exista esa identidad sino que basta con que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo, estándar que es mucho más amplio e impreciso. Por ende, la definición de paralelismo de precios usada por la Superintendencia de Industria y Comercio es inconstitucional.
- Resulta extraño que la Superintendencia de Industria y Comercio, para efectos de establecer que HOLCIM tiene una participación nacional, haya considerado importantes participaciones del 10% y el 11% en mercados regionales cuando frente a empresas entrantes (como SAN MARCOS y TEQUENDAMA) el hecho de que tuvieran participaciones regionales de más del 10% y hasta del 20% no fue considerado como demostrativo de una posición importante en el mercado.
- La Resolución Sancionatoria no explicó por qué razón existe un único mercado nacional cuando, de acuerdo con la información que obra en el Expediente, los precios son diferentes por departamentos y/o regiones. Esto último contradice completamente la existencia de un único mercado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no explicó por qué en unos mercados están todos los agentes mientras que en otros están solamente algunos. Tampoco explicó por qué las condiciones de competencia son diferentes en las distintas regiones del país.
- En su afán por sancionar, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que el mercado geográfico ha sido definido por esa misma Autoridad como la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de productos y de prestación de servicios, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas.
- La Resolución Sancionatoria descartó el modelo de localización de Hotelling y no ofreció ningún modelo estadístico para sustentar su definición de mercado relevante. Tampoco hizo referencia al análisis econométrico que relaciona los costos de transporte con la importancia relativa de la participación de HOLCIM en los diferentes mercados departamentales.
- La Autoridad de Competencia desconoció que las autoridades de otras jurisdicciones han reconocido que el mercado del cemento es regional debido a los costos del transporte, como lo hizo la Comisión Europea al establecer el mercado geográfico del cemento gns por áreas circulares con un radio de 150 km y 250 km alrededor de cada planta de cemento.
- La incorrecta definición del mercado relevante geográfico le resta validez a todos los análisis de paralelismo de precios, pues no es cierto que exista un único precio nacional ex fábrica para todo el territorio nacional.
- El hecho de que una misma autoridad sea la que investigue y juzgue hace bastante difícil que los argumentos de los investigados sean aceptados o simplemente analizados. Cuando el investigado afirma algo y realiza análisis económicos para soportarlo, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que esos análisis no son suficientes y los descarta sin siquiera controvertirlos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio analizó la estructura del mercado del cemento y evidenció que se presentan algunos elementos que, de acuerdo con la doctrina, hacen que existan mayores posibilidades de colusión. La Autoridad partió de la presunción de que, como las empresas participan en un mercado con tal propensión, el acuerdo anticompetitivo existe, salvo que se demuestre lo contrario. Con ello, utilizó las características del mercado para invertir de manera inconstitucional e ilegal la carga de la prueba.
- Los archivos que HOLCIM le envió a la Superintendencia de Industria y Comercio contienen unos cálculos que se realizaron de acuerdo con las instrucciones emitidas por la Entidad al momento de requerir la información (se restaron costos de distribución y transporte). Por ende, tales valores no representan realmente los precios de cemento.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- La Superintendencia de Industria y Comercio usó para su análisis precios promedios, con lo cual eliminó los extremos y logró que, en principio, las cifras analizadas se parecieran a través de operaciones que distorsionan la realidad. Además, al realizar un promedio nacional de precios, eliminó otra vez los extremos, desconoció las diferencias regionales y nuevamente hizo cálculos que mostraban similitud.
- La Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que **HOLCIM**, pese a sus críticas, presentó sus análisis con valores promedios ponderados. Sobre el particular, se aclara que los análisis de **HOLCIM** se hicieron con precios promedios simples y con precios promedios ponderados porque esa es la información que reposa en el Expediente, porque así lo pidió la Superintendencia y porque naturalmente, **HOLCIM** no tiene acceso a la contabilidad de sus competidores.
- Los valores promedios nacionales que usó la Superintendencia de Industria y Comercio muestran diferencias que en algunos meses llegaron a ser de más de \$1.200, \$800 y \$500 por tulto. Además, cuando se miran las diferencias de precios por regiones (que es lo correcto, ya que el mercado geográfico no es nacional) se observan diferencias muy importantes entre regiones.
- La Resolución Sancionatoria no hizo ninguna referencia a los análisis de coeficientes de variación que planteó **HOLCIM** en su escrito de comentarios al Informe Motivado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto las críticas que se hicieron a los análisis de no causalidad de Granger que aparecían en el Informe Motivado. Considerando que en la Resolución Sancionatoria no se volvió a usar ese análisis econométrico, **HOLCIM** entiende que el Superintendente aceptó sus argumentos en este sentido.
- Descartada la no causalidad de Granger, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió cambiar de indicadores y utilizó las correlaciones de Pearson, con lo cual vulneró nuevamente el derecho de defensa de los investigados al hacer mención a última hora de nuevas teorías, cuando los investigados cuentan solo con cinco (5) días para realizar nuevos análisis econométricos.
- Un coeficiente de correlación alto no implica causalidad, ya que dos variables pueden estar linealmente relacionadas, sin que una sea cause de la otra. La Resolución Sancionatoria presenta una concepción errónea del coeficiente de correlación de Pearson al afirmar que este permite determinar si los cambios de una de las variables influyen en los cambios de la otra. Además, la correlación se realizó sobre los precios y no sobre las variaciones de los precios.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no ha entendido la forma en que **HOLCIM** utiliza el "Libro Azul". En tal instrumento lo que se registra es la modificación del precio de referencia y no el precio al que finalmente la compañía tiene que negociar el producto. Ese precio de referencia es utilizado por las áreas comerciales para definir el precio al que finalmente la compañía vende el producto.
- **HOLCIM** es una empresa que, por su menor tamaño y por tener poca su capacidad instalada, debe tener en cuenta para sus decisiones el precio público de los mercados regionales en los cuales participa. Si el precio público de las dos (2) empresas con mayor participación en el mercado aumenta, y además existe un incremento en la demanda, lo más lógico es que **HOLCIM** también aumente los precios. Lo mismo se predica en sentido contrario.
- Las empresas seguidoras o marginales (como **HOLCIM**, que es empresa mediana, y como **TEQUENDAMA** y **ORIENTE**, que son empresas pequeñas), principalmente cuando tienen restricciones de capacidad, actúan en última instancia como tomadoras de precios y deben seguir en la mayoría de los casos el precio de las empresas líderes.
- Las pruebas de no causalidad de Granger realizadas para departamentos como Santander, donde **HOLCIM** no tiene planta y **ARGOS** sí, muestran que en ese departamento, durante el periodo investigado, no existió ninguna relación de causalidad entre **CEMEX** y **HOLCIM**, y que, la relación de causalidad entre **ARGOS** y **HOLCIM** iba solo en una dirección: de **ARGOS** a **HOLCIM**. De lo anterior se colige que en dicho departamento **HOLCIM** actuó como seguidor de **ARGOS**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- En Boyacá que es el mercado natural de **HOLCIM**, se muestra que la empresa no es seguidora de precios, dado que ni la variabilidad del precio de **ARGOS** ni la variabilidad del precio de **CEMEX** generan causalidad sobre el precio de **HOLCIM**. Esto demuestra que, en donde **HOLCIM** tenía posibilidad de definir sus precios sin tener que considerar señales de mercado, lo hizo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio señaló que los márgenes de rentabilidad de **HOLCIM** fueron del 63,9%. No obstante, de acuerdo con la certificación expedida por el contador de **HOLCIM**, la utilidad neta después de impuestos generados por el cemento gris Portland tipo 1 en sacos fue del 10% en el 2010, del 15% en el 2011 y del 23% en el 2012. Incluso, si se tomara el margen de la compañía por todos los productos vendidos, se observa que el margen fue del 5% para el 2010, del 7% para el 2011 y del 13% para el 2012.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció los costos de producción, distribución, marketing y ventas, administración, gastos financieros, otros gastos diversos e impuesto de renta. Prefirió realizar un análisis elemental, según el cual la utilidad de una compañía es igual a ingresos menos costos de producción.
- La Resolución Sancionatoria contiene comparaciones de precios con otros países de Latinoamérica y la variación de los mismos, y trae como prueba una información que ni siquiera se encuentra en el Expediente. También contiene afirmaciones sobre márgenes de rentabilidad entre los países sin que exista en el proceso prueba alguna que le permita conocer la evolución de los costos de producción y comercialización del cemento en esos países.
- La Resolución Sancionatoria analizó el comportamiento del incremento de demanda considerando únicamente el cemento gris Portland tipo 1 en sacos, y desconoció que las compañías cementeras tienen que producir todos los tipos de cemento en las mismas plantas. La demanda debió ser analizada respecto de la totalidad de los tipos de cemento, considerando especialmente que **HOLCIM** tiene una sola planta.
- Tanto en la Resolución Sancionatoria como en el boletín de prensa que realizó el Superintendente para anunciar la decisión se afirma que el incremento de los precios del cemento fue del 29,9% y que la inflación fue solamente del 9,3%. Lo anterior es falso, pues omite deliberadamente que en el 2010 los precios decrecieron en un 6%. Durante el periodo investigado el aumento del precio fue del 24% aproximadamente, a lo cual se le debe restar el aumento de la inflación, para hablar en términos reales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el crecimiento del precio promedio de la mampostería, grupo al que pertenece el cemento gris, el cual aumentó en un 21,9% durante el mismo periodo, cifra muy similar a la del incremento del precio del cemento en sacos.
- **HOLCIM** tuvo su capacidad instalada utilizada a niveles del ■% en el 2010, ■% en el 2011 y ■% desde el 2012. Por ende, no estaba en condiciones para pretender ganar mercado mediante reducciones de precios, pues no podía elevar de manera inmediata y significativa las cantidades producidas y obtener ingresos vía volumen. Sobre este aspecto la Resolución Sancionatoria guardó silencio.
- La Resolución Sancionatoria citó pruebas de factores plus respecto de **HOLCIM** totalmente distintas de las que utilizó en la apertura de la investigación. Sobre esas nuevas pruebas nunca se pidieron explicaciones, no se indicó su existencia y no se le permitió a **HOLCIM** solicitar y aportar pruebas que controvirtieran las invocadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar.
- El hecho de que en un mercado oligopólico de un producto homogéneo las partes deban tomar en consideración el precio público del mercado en el cual participan, no quiere decir que exista un acuerdo anticompetitivo. En este caso, la Autoridad debe probar que las compañías no actuaron de manera independiente, y este elemento probatorio no se encuentra en la Resolución Sancionatoria.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- La Resolución Sancionatoria consideró que están probados hechos con razonamientos contrarios a la teoría de la prueba indiciaria y de la fortaleza de la prueba indirecta, según dispone la jurisprudencia norteamericana, europea y colombiana
- La Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo que las características del mercado del cemento facilitan a celebración de acuerdos restrictivos de la competencia. Sin embargo, esas características no prueban la existencia de ningún hecho que demuestre que el comportamiento de las investigadas sea actuar de forma consciente en relación con precios y participaciones de mercado
- La Resolución Sancionatoria consideró como prueba contra **HOLCIM** el archivo "BOOK1", en el que supuestamente se estaba señalando cuáles eran las participaciones de mercado de las empresas sancionadas. Sin embargo, nada dice la Autoridad de que las verdaderas participaciones de mercado de **HOLCIM** fueron de 14,72%, 15,57% y 16,78%. Tales porcentajes muestran que **HOLCIM** habría tenido una participación superior, lo cual demuestra que esta empresa no participó en acuerdo alguno, pues ganó más mercado del que supuestamente le correspondía.
- La Autoridad de Competencia también afirmó que la información contenida en el archivo referido correspondía a proyecciones, cuando tenía fecha de 2014 y contenía datos que van solo hasta el 2013. Además, un documento que habla de participaciones de mercado no puede ser prueba de un acuerdo de precios, pues no existe relación entre las dos cosas
- A partir del correo que **HOLCIM** recibió por equivocación de la funcionaria de **ARGOS**, la Superintendencia de Industria y Comercio dedujo que las empresas tienen un acuerdo para repartirse los clientes y subir los precios. Sin embargo, la lectura de esos correos lo que demuestra es que las empresas se están quitando clientes y están compitiendo con precios. De hecho, no existe ninguna prueba que indique que **HOLCIM** decidió cambiar sus precios o dejar de buscar clientes como consecuencia de esos correos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que existe un correo en el que **HOLCIM** le advirtió a la funcionaria de **ARGOS** que la compañía no estaba interesada en recibir esa información y que las decisiones de precios y de clientes las tomaba autónomamente. Por lo tanto, no es cierto que en su respuesta **HOLCIM** no le hubiera advertido a la funcionaria de **ARGOS** que no existía un acuerdo para no quitarse clientes
- Contrario a lo que afirma la Superintendencia de Industria y Comercio, al interior de **HOLCIM** si se verificó si la empresa entraba a obras comenzadas. De tal análisis se obtuvo que en muchas ocasiones **HOLCIM** vende concreto a obras que han comprado con anterioridad a otro competidor. Con ello se comprobó que los funcionarios de **HOLCIM** tienen claro el principio de actuar de acuerdo con las normas de libre competencia
- El correo que **HOLCIM** recibió por equivocación de la funcionaria de **ARGOS** constituye una prueba impertinente, inconducente e inútil para demostrar la existencia de un acuerdo de precios respecto del cemento gris Portland tipo 1 en saco, debido a que se refiere a otro tipo de cemento, que es el cemento a granel
- La Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que este tipo de errores de envíos de cotizaciones de **ARGOS** a sus competidores ocurrió de forma permanente. Sin embargo, en el Expediente solamente hay prueba de que esto ocurrió en dos (2) ocasiones, en un periodo de más de tres (3) años. De lo anterior no se puede colegir una conducta constante y recurrente.
- La Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo que debe existir un acuerdo de precios toda vez que unos distribuidores de **HOLCIM** le reclamaron que bajara sus precios porque en el mercado **CEMEX** y **ARGOS** tenían precios más bajos. Lo que muestran esas comunicaciones es que no hay paralelismo, pues si los distribuidores piden cambio de precio para igualar la competencia es porque existen diferencias de precios que implican que los clientes se desplacen.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no verificó si, ante esas solicitudes de los distribuidores, **HOLCIM** hizo reclamos a los supuestos miembros del cartel para que respetaran lo supuestamente acordado

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

- La Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo que como **HOLCIM** le prestó unos materiales a **CEMEX** para que arreglara un daño en su planta, tal conducta es contraria a sus intereses y, por lo tanto, existe demostración de conductas colaborativas entre los investigados. Sin embargo, el único hecho demostrado es que **HOLCIM** le ayudó a un competidor que sufrió un caso fortuito.
- **HOLCIM** tenía su capacidad instalada utilizada casi al máximo y no podía pretender ganar participaciones de mercado a partir de los casos fortuitos que le ocurren a sus competidores. Tal vez ser un buen vecino puede ser una conducta que la Superintendencia de Industria y Comercio considere apropiada pero deducir de ello la existencia de un acuerdo de precios y de repartición de mercados no resulta lógico.
- En el caso de la integración **HOLCIM-TREMIX** (Resolución No. 42497 de 2013), la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo conocimiento de que **HOLCIM** celebraría con la sociedad que constituirían ambas compañías un contrato de suministro de cemento, el cual nunca prohibió. Resulta contradictorio que ahora la celebración de contratos de suministro de materias primas o el préstamo de materiales sea prueba de acuerdos de precios.
- La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que como en algunas ocasiones el país al que viajaron diferentes funcionarios de las compañías investigadas coincidió, esto resulta sospechoso. Si la Superintendencia de Industria y Comercio se atreve a usar este argumento, debe al menos demostrar que el destino era el mismo y que en el lugar de destino se reunieron los funcionarios de las empresas competidoras y que además hablaron de cosas inapropiadas. En últimas, debe tener alguna prueba de que no se trata de una simple coincidencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que los viajes de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** fueron plenamente justificados.
- **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** advirtió que el viaje que se le atribuye como sospechoso fue para un congreso de la Federación Interamericana del Cemento – **FICEM**, en el que no tuvo reuniones con funcionarios de otras empresas cementeras colombianas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que como las empresas que se recomienda sancionar han sido investigadas y/o sancionadas en otros países y en Colombia, debe ser que en el presente caso existe un acuerdo. No obstante deducir de tales investigaciones que ahora existe un acuerdo es imposible.
- La teoría de **Posner** señala que, en un mercado en el que se presenten ciertos factores, la evidencia de intercambios de información sobre los precios del producto afectado puede ser más persuasiva. No obstante, en el presente caso ninguna de las pruebas que se consideran factores plus en contra de **HOLCIM** se refieren a intercambios de información de precios de cemento gris Portland tipo 1. Por ende, los marcadores de **Posner** no sirven para deducir nada en este proceso en contra de **HOLCIM**.
- Respecto del marcador 1 de **Posner** (alta concentración del mercado), se aclara que esto corresponde simplemente a una característica de este mercado oligopólico. En los oligopolios altamente concentrados las interdependencias competitivas entre las empresas son mucho mayores que en el caso de las industrias menos concentradas. En todo caso, se resalta que **HOLCIM** no es de las empresas que tienen altas participaciones en el mercado.
- Respecto del marcador 2 de **Posner** (ausencia de pequeñas firmas), el Expediente muestra que en el mercado tuvieron presencia al menos cuatro (4) empresas aparte de las que se sancionaron. Además, si se viera el mercado como varios mercados geográficos regionales (y no como uno nacional), se advertiría que las empresas entrantes no son tan pequeñas como lo afirmó la Resolución Sancionatoria.
- Respecto del marcador 8 de **Posner** (las principales empresas venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución), en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que las empresas no están integradas verticalmente, se aclara que **HOLCIM** controla a una empresa transportadora denominada **TRANSCEM** y que **CEMEX** tiene un esquema de comercialización

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

con ferreterías denominado **CONSTRURAMA**. Por lo tanto, las afirmaciones sobre este marcador no son ciertas.

- Respecto del marcador 9 de Posner (la competencia en precios es más importante que en otros factores), en el cual la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que no existió competencia en precios porque todos fueron alzas, se aclara que este análisis no es válido, pues la Autoridad ni siquiera probó si las diferencias de precios que existían entre los investigados permitían generar desplazamientos entre sus clientes.
- Respecto del marcador 13 de Posner (los precios pueden cambiar rápidamente), que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó se presenta, no se entiende cómo esa característica pueda ser evidencia de un acuerdo. La característica, en cambio, puede ser evidencia de que lo que sucede es que los agentes del mercado toman decisiones naturalmente ante la existencia de información que les permite reaccionar frente a sus competidores. Esto es lo que hace **HOLCIM** como empresa seguidora de precios.
- Respecto del marcador 15 de Posner (el mercado es local), en el que la Superintendencia de Industria y Comercio afirma que este marcador no se presenta, se reitera que esta afirmación es errónea, pues se trata de varios mercados geográficos regionales y no de uno nacional.
- Respecto del marcador 16 de Posner (evidencia de prácticas cooperativas), se aclara que no es cierto que **HOLCIM** hubiera realizado conductas cooperativas con sus competidores. Tal vez el único caso es el préstamo de ladrillo refractario a **CEMEX**, que se realizó porque **HOLCIM** considera que tratar de ganar participaciones de mercado con fundamento en casos fortuitos que afecten a sus competidores no es leal. Además, para ese entonces, la planta estaba siendo usada casi al límite.
- Respecto del marcador 17 de Posner (antecedentes de la industria en materia de libre competencia económica), en el que la Superintendencia de Industria y Comercio considera como un elemento de prueba el hecho de que **HOLCIM** haya sido sancionada en el pasado en otros países y haya sido investigada en Colombia en otras ocasiones, se considera increíble que la Autoridad utilice semejante argumento contra sociedades distintas y contra personas naturales que ni siquiera estuvieron en esos países.
- Frente a las sanciones internacionales traídas a colación, se aclara que la decisión de la India fue apelada y aún no ha sido resuelta; la de Polonia llevó a una exoneración total de la multa por la participación de **HOLCIM** en el Programa de Beneficios por Colaboración, la de Alemania fue demandada y la Suprema Corte redujo la sanción en un 80%; la de Brasil y la de España fueron demandadas judicialmente y se encuentran en trámite; la de Bélgica fue anulada por la Corte de Apelaciones y fue llevada posteriormente a la Corte de Casación, que está pendiente de pronunciarse al respecto; y la de la Unión Europea fue un caso cerrado por la misma Comisión Europea por no encontrar evidencias de violaciones de las normas de competencia.
- Resulta ilegal y violatorio de los derechos de **HOLCIM** que la Superintendencia de Industria y Comercio pretenda utilizar como prueba lo sucedido en investigaciones anteriores que se encuentran concluidas y adicionalmente que se traigan a este proceso pruebas de esos expedientes, es decir, que se pretenda sancionar a una empresa dos veces por los mismos hechos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio omitió mencionar que las Resoluciones No. 51694 de 2008 y 091 de 2010 fueron declaradas nulas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Además, presentó como un caso de sanción la investigación que se inició por una queja presentada por **CEMENTOS ANDINO**, pasando por alto que dicha investigación terminó por garantías (es decir, en ese caso nunca hubo sanción).
- La lectura que el Superintendente de Industria y Comercio hace de lo ocurrido da a entender que cualquier decisión sobre precios que adopten las empresas cementeras será vista por la Autoridad como una conducta ilegal. Anteriormente se desató una guerra de precios y por lo tanto hubo una baja de los mismos, y ello fue considerado como legal. Ahora, cuando los precios bajan, suben y permanecen estables, también ello es considerado por el Superintendente de Industria y Comercio como ilegal.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adaptan otras disposiciones

- Dado que la segmentación de clientes es diferente en cada una de las compañías, es virtualmente imposible ponerse de acuerdo en el precio del producto. Un cliente puede estar segmentado de manera diferente dependiendo de la empresa que atiende, puede ser objeto de descuentos diferentes en razón de su segmentación y puede tener diferentes precios, dada la marca y presentación del cemento gris Portland tipo 1 ofrecido por cada una de las compañías.
- Respecto del marcador de **Harrington** relacionado con *"aumentos de precios simultáneos a una mayor uniformidad en precios entre consumidores"*, se advierte que no se relaciona la variabilidad de las dos variables: precios y costos. Además, los resultados de los criterios de selección de rezagos para la estimación de los tests de causalidad, permiten evidenciar que existe por lo menos un periodo de reacción en el nivel de precios de **HOLCIM** con respecto a sus competidores lo cual evidencia la no simultaneidad en el ajuste de precios.
- Respecto del marcador de **Harrington** relacionado con *"aumentos en los precios simultáneos a caídas de las importaciones"*, la Resolución Sancionatoria sostiene que como este es un único mercado nacional entonces no es posible analizar si se presenta. Sin embargo esto no es cierto, pues existen varios mercados regionales.
- Respecto del marcador de **Harrington** relacionado con *"alta correlación entre los precios de las empresas"*, se resalta que en una situación de cartel las empresas que se encuentren por fuera del acuerdo también tenderán a ajustar sus niveles de precios al igual que sus competidores, y más aún si se responde a choques comunes de la demanda o a choques en los costos de producción. Además, la alta correlación de los precios no puede usarse para evidenciar incidencias entre variaciones de precios.
- Respecto del marcador de **Harrington** relacionado con *"cambio estructural en el régimen de precios"*, se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio no mostró los puntos críticos de la prueba de Zivot-Andrews y, por lo tanto, no se puede asegurar que se rechace la hipótesis nula, ya que los coeficientes obtenidos pueden considerarse en la zona de aceptación.
- Se estimó la prueba Zivot-Andrews para la serie de precios de **HOLCIM** y para la serie de despachos, y de allí se destaca que, primero, el quiebre estructural no coincide con el presentado en el documento de la Superintendencia de Industria y Comercio y, segundo, hay un quiebre estructural en los despachos que precede al de los precios.
- La misma Resolución Sancionatoria reconoció que la existencia de estos marcadores de **Harrington** es simplemente evidencia circunstancial, y no representa prueba irrefutable de un acuerdo de precios.
- El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, habla de salarios mínimos legales vigentes. Como la norma actual no indica si los salarios mínimos legales vigentes son los vigentes al momento de imponer la sanción o al momento de la ocurrencia de la conducta, y como quiera que el acuerdo se habría celebrado en el año 2010, la multa para **HOLCIM** debería ascender a \$37.749.500.000.
- La Resolución Sancionatoria utilizó como criterio de graduación los ingresos operacionales. Sin embargo, dentro de los criterios de graduación previstos en la Ley 1340 de 2009 no se encuentra dicho criterio. Haber considerado la totalidad de ingresos operacionales es ilegal, teniendo en cuenta que estos incluyen ingresos por venta de cemento gris Portland tipo 1 en sacos, por venta de cemento a granel, por venta de otros tipos de cementos, por venta de concreto, entre otros. La multa resultó desproporcionada.
- Es evidente que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el criterio de graduación de la sanción relacionado con la cuota de mercado del investigado al momento de aplicar la sanción a **HOLCIM**. Pese a que la participación de mercado de **HOLCIM** durante el periodo de infracción fue de menos de la mitad de aquellas de **CEMEX** y **ARGOS**, fue la que recibió la sanción más onerosa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio hizo una serie de conjeturas sobre el supuesto efecto de la conducta en la construcción de vivienda y otros sectores. Sin embargo, desconoció que mediante Resolución No. 35696 de 2012 autorizó una excepción de bloque para que las empresas cementeras participaran en los programas de construcción de vivienda de interés

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

prioritario del Gobierno Nacional, en los que se hizo un compromiso para rebajar el precio del cemento destinado a la construcción de estas viviendas.

- La Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que el peso del cemento en la construcción de vivienda es de tan solo el 2.4%. Además, los sectores que mencionó, como la construcción de infraestructura y colegios, no son los que adquieren cemento gris Portland tipo 1. Esos clientes adquieren normalmente cemento a granel, e incluso concreto
- La multa resulta confiscatoria, pues la causación de la multa impuesta generaría pérdidas netas que representan un porcentaje equivalente al 186% de las utilidades que hubiera obtenido HOLLCIM en el 2017. Además, como consta en el certificado de existencia y representación legal, el capital suscrito y pagado de la empresa es de \$55.230.549.000, de manera que el valor de la multa representa prácticamente el 100% de ese capital
- La Resolución Sancionatoria no está suficientemente motivada, pues se limita a enumerar los criterios que emplea la Superintendencia de Industria y Comercio para el cálculo de la sanción sin explicar cómo, en aplicación de esos criterios, se llega a la sanción final. Tampoco calcula el beneficio ilícito supuestamente obtenido como consecuencia de la infracción ni explica por qué la sanción de HOLLCIM resulta mayor en proporción.
- La multa impuesta a HOLLCIM representa el 22% de su patrimonio y equivale al 7,8% de sus ingresos del 2016. En casos similares al presente, salvo contadas excepciones, el monto de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio han girado en torno al 0,4% y el 7,5% del patrimonio y/o los ingresos operacionales de las empresas sancionadas. Es claro entonces que a HOLLCIM se le ha violentado su derecho constitucional a la igualdad.

2.3. Argumentos planteados por JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (personas naturales vinculadas con ARGOS)

- La Resolución Sancionatoria fue proferida sin competencia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio ya que, al momento de su notificación, habían pasado más de cinco años desde el último hecho por el cual JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE fueron vinculados a la investigación.
- En el trámite administrativo se han desconocido los estándares mínimos del debido proceso, hecho que resulta relevante no solo para JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE y ARGOS, sino también para todos sus grupos de interés dentro de los cuales se encuentran numerosos inversionistas locales e internacionales que, al momento de realizar su inversión, han confiado en el marco legal en que la compañía desarrolla sus actividades.
- Dentro de los vicios e irregularidades ocurridos antes del traslado del Informe Motivado se encuentran (i) las pruebas decretadas una vez culminada la fase de instrucción son nulas de pleno derecho; (ii) la Superintendencia de Industria y Comercio desatendió el tenor literal y expreso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 en el sentido de que la citación de la audiencia de alegaciones debe hacerse una sola vez; y (iii) el texto del Informe Motivado confirmó la violación al debido proceso al limitar el derecho a presentar pruebas para controvertir aquellas practicadas de oficio
- En cuanto a los vicios e irregularidades materializados en el Informe Motivado, se indica que: (i) el Informe Motivado hizo caso omiso de todas las pruebas practicadas y allegadas en la fase de instrucción; (ii) desconoció los principios que conforman el debido proceso; (iii) partió de presunciones, conjeturas y especulaciones insuficientes para recomendar la sanción de JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE; y (iv) desconoció el principio de congruencia.
- En lo que respecta a los vicios e irregularidades ocurridos después del traslado del Informe Motivado, se destaca: (i) la Superintendencia de Industria y Comercio no emitió un pronunciamiento formal sobre la solicitud de concederle a JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

oportunidad de presentar sus argumentos ante el Consejo Asesor de Competencia; y (ii) la Superintendencia de Industria y Comercio se negó a entregar una copia del acta de reunión del Comité Asesor

- Así mismo, la Resolución Sancionatoria (i) se abstuvo de emitir cualquier pronunciamiento en relación con las solicitudes de pruebas de **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, **INGRID RESTREPO LIBREROS** y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** y eliminó toda referencia al artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) que había sido invocado de manera fragmentada y parcial por el Informe Motivado; (ii) desconoció el principio de congruencia al variar progresivamente los cargos con fundamento en los medios de prueba practicados, varios de ellos nulos de pleno derecho; (iii) presentó análisis incongruentes y contradictorios, y (iv) concedió un término inferior al previsto en la norma aplicable para sustentar el recurso de reposición.
- En la actuación administrativa se presentaron múltiples violaciones al derecho de defensa y contradicción, ya que en la apertura de investigación no se realizó una imputación clara, precisa y concreta como lo exige el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011).
- La actuación administrativa desconoció la presunción de inocencia de **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, **INGRID RESTREPO LIBREROS** y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, ya que: (i) las pruebas que fundamentan la sanción no pudieron ser debidamente controvertidas; (ii) la actividad probatoria de la Delegatura se limitó a hacer presunciones y conjeturas; (iii) no quedó demostrado que en razón de sus funciones, los investigados hubieran facilitado el presunto acuerdo restrictivo y (iv) la Superintendencia de Industria y Comercio debió aplicar el principio *in dubio pro reo* dado que las pruebas practicadas por la Delegatura no son suficientes.
- No existe prueba directa ni indirecta que demuestre que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** tenía conocimiento o debiera tenerlo respecto de los supuestos acuerdos restrictivos y, en consecuencia resultaría contrario al principio de culpabilidad presumir que, por el hecho de haber ocupado un cargo determinado, el investigado tenía que conocer sobre los referidos acuerdos.
- El simple conocimiento real o presunto de los precios no implica el conocimiento del paralelismo consciente. La Resolución Sancionatoria no señaló ningún elemento de prueba que permita sostener que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** conoció o debió conocer los precios de **CEMEX** y **HOLCIM** y menos aún que debiera haber advertido que entre agosto y diciembre de 2012 los precios de las tres empresas se comportaron de forma paralela.
- La Resolución Sancionatoria parte de la premisa errada de que existió un paralelismo de precios durante el periodo investigado. No es posible concluir que durante el periodo que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** desarrolló su cargo existió un paralelismo de precios, por lo tanto, imponerle una sanción equivaldría a sancionarlo por hechos anteriores a los de su gestión como presidente de **ARGOS**.
- El buen desempeño de **ARGOS** durante el año 2012 no es indicio del conocimiento de una conducta anticompetitiva y no resulta acertado atribuirle a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** el conocimiento real o presunto de la dinámica del comportamiento del precio de una de las más de mil cien referencias de productos en Colombia.
- **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** no suscribió el informe de gestión del 2011, y el informe de gestión de 2012 fue elaborado y suscrito en el mes de febrero de 2013, es decir con posterioridad al periodo investigado.
- Las dos (2) investigaciones que terminaron con aceptación de garantías años antes del periodo investigado no pueden ser prueba de la conducta omisiva endiligada.
- **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** no tenía la carga de probar que se interpuso ante la comisión de conductas supuestamente anticompetitivas y, por el contrario, la Resolución Sancionatoria no tiene en cuenta las políticas y procedimientos de control implementados por la administración a cargo del investigado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** no participó en eventos en los cuales pudiera adquirir conocimiento de las conductas imputadas a **ARGOS** y su responsabilidad terminó imponiéndose por el simple ejercicio del cargo, pues no existe ninguna prueba directa o indirecta que pueda acreditar que el investigado haya incurrido en una conducta siquiera culpable en ejercicio de sus funciones como presidente de **ARGOS**; por el contrario, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** ha actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.
- Las coincidencias migratorias no constituyen prueba directa del conocimiento del presunto acuerdo, así como tampoco conductas ilegales por parte de **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** ya que, la sola coincidencia de un viaje no da cuenta de si hubo una reunión.
- En la Resolución Sancionatoria no se probó que **INGRID RESTREPO LIBREROS** tuviera conocimiento sobre el presunto acuerdo de precios en el que participó **ARGOS** y, por lo tanto, no pudo tolerar ni facilitar la práctica restrictiva.
- La Resolución Sancionatoria no advirtió que, si el fenómeno que se le imputó a **INGRID RESTREPO LIBREROS** consistió en supuestamente haber tolerado o facilitado un para el mismo consorcio, el simple conocimiento de los precios de **ARGOS** –real o presunto– no acredita la consciencia de la supuesta práctica anticompetitiva.
- No existe prueba del presunto conocimiento del supuesto acuerdo de precios de **INGRID RESTREPO LIBREROS** ya que: (i) los cuestionamientos del Despacho respecto del Comité de Precios como mecanismo de determinación del precio son completamente infundados y parten de errores evidentes en la manipulación de la información entregada por **ARGOS**; y (ii) el hecho de que la investigada participara en el Comité de Precios tampoco es suficiente para presumir que tenía conocimiento sobre un supuesto acuerdo ilegal, porque el paralelismo en sí mismo no es una conducta ilegal.
- En cuanto a la cadena de correos electrónicos "Precios CX por ZF" se señaló que: (i) los hechos son impertinentes para demostrar que **INGRID RESTREPO LIBREROS** tenía conocimiento o habría facilitado o tolerado las conductas durante el período investigado por haber tenido lugar entre el 13 de febrero y el 14 de marzo de 2013; (ii) como Gerente del Negocio Masivo de **ARGOS**, la investigada no tenía dentro de sus funciones la negociación de contratos con clientes como **CEMEX**; y (iii) los precios especiales no hacen referencia a un trato especial a **CEMEX**.
- **INGRID RESTREPO LIBREROS** no tenía injerencia en la toma de decisiones sobre los precios de **ARGOS**, más allá de ser un miembro más del Comité de Precios. Lo único que se logró probar es que la investigada tenía conocimiento y manejaba información relacionada con precios y políticas comerciales de **ARGOS**, lo cual no es indicativo de que tuviera conocimiento de una supuesta conducta ilegal.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se limitó a presumir, sin soporte de fondo, que por el hecho de que **INGRID RESTREPO LIBREROS** ocupó un cargo directivo en **ARGOS** y participó en el Comité de Precios, tenía la supuesta obligación de conocer sobre un acuerdo ilegal.
- La Resolución Sancionatoria adolece de indebida motivación porque (i) de los seis "factores plus" identificados, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** solo está relacionada con dos de ellos: los "escenarios de competencia" en **ARGOS** y el archivo "Book1.xls" de **CEMEX**, y la venta de cemento concreto con precio especial, y (ii) no existe ninguna prueba directa que evidencie la consciencia de la práctica restrictiva por parte de la investigada.
- En cuanto al "factor plus" denominado "escenarios de competencia", el archivo no refleja más que un ejercicio interno de la compañía para proyectar escenarios futuros de competencia, por lo cual del referido documento no puede colegirse que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** haya facilitado el presunto acuerdo restrictivo.
- Ninguno de los correos de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** da cuenta de una conducta facilitadora del presente acuerdo ni del supuesto conocimiento de un tratamiento colaborativo y

'Por lo cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones.'

favorable respecto a CEMEX. Adicionalmente, el referido negocio se hizo en términos favorables para ARGOS y el precio total del contrato fue superior al precio de venta de cemento concreto a la concretera filial de ARGOS.

- Sobre el correo electrónico del 8 de enero de 2013 señaló: (i) la información no tiene ninguna relación con el producto objeto de la investigación, esto es, el cemento gris Portland tipo 1, ya que solo contiene información de cemento gris Portland tipo 3. (ii) la información está relacionada únicamente con pagos de facturas vencidas por CEMEX; y (iii) se trata de un correo que se encuentra por fuera del periodo investigado. Del contenido de dicho correo no había ninguna razón para creer que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** pudiera inferir la existencia de una conducta anticompetitiva por parte de ARGOS.
- La conducta que se le imputa a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** es la de "facilitar", es decir, la realización de una acción dirigida a "hacer fácil o posible" la ejecución del acuerdo. Por lo tanto, es física y cronológicamente imposible que la investigada hubiere podido realizar una acción dirigida a hacer posible el acuerdo.
- El correo electrónico del 16 de enero de 2013 solo podría probar que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** recibió información interna sobre los precios de venta del cemento gris Portland tipo 3 que es distinto al producto objeto de investigación. Se reitera que es física y cronológicamente imposible facilitar una conducta materializada en el pasado.
- La cadena de correos intercambiados entre el 13 de febrero y el 14 de marzo de 2013 hacen referencia a "precios especiales", porque los mismos están previstos en la política comercial de ARGOS y no dan cuenta de un tratamiento preferencial a CEMEX, sino que obedecen a precios resultantes de situaciones particulares de negociación. De nuevo se señala que los correos electrónicos exceden el periodo investigado.
- En relación con los demás correos electrónicos se señaló que: (i) son posteriores al periodo investigado o (ii) ya habían pasado más de cinco (5) años desde su ocurrencia, por lo cual ya habría operado la caducidad de la potestad sancionatoria. Adicionalmente, se solicitó al Despacho remitirse a las observaciones al Informe Motivado en relación con los otros correos electrónicos identificados en el mismo.
- Por otro lado, por las atribuciones propias de su cargo, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no tenía capacidad o facultades para tomar decisiones o comprometer la voluntad de la compañía y, por lo tanto, tampoco tenía la capacidad jurídica o funcional para adoptar medidas tendientes a impedir la efectiva realización de ninguna acción o conducta por parte de ARGOS.
- **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no incurrió en conductas procesales reprochables ya que no fue ella quien tomó la decisión sobre qué información sería entregada a la Superintendencia de Industria y Comercio con ocasión de la visita administrativa que se llevó a cabo en diciembre de 2012.
- **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no persistió en la conducta infractora ya que para que se considere la "persistencia" es necesario que hubiese tenido conocimiento o hubiese participado en el acuerdo con mucha anterioridad, o al menos desde un momento lo suficientemente relevante para que pudiera haber sido constante en la ejecución del supuesto acuerdo.
- **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, **INGRID RESTREPO LIBREROS** y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** solicitaron ser oídos por el Consejo Asesor.

2.4. Argumentos planteados por MIGUEL ÁNGEL RUBALCAYA MÉNDEZ y JAIME ANTONIO HILL TINOCO (personas naturales vinculadas con HOLCIM)

- Hicieron una remisión a la totalidad de argumentos planteados en el recurso presentado por HOLCIM, los cuales demuestran que el mercado relevante definido por la Resolución Sancionatoria es equivocado, que HOLCIM no ha tenido un precio paralelo al de ARGOS y CEMEX y que no existe prueba en este proceso de que las decisiones de variaciones de precios del cemento gris Portland tipo 1 vendido por HOLCIM hayan sido tomadas de forma acordada con ARGOS y CEMEX.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos nunca precisó cuál era el verbo rector con fundamento en el cual **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** habían infringido el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. El Informe Motivado señaló que habían "tolerado" el supuesto acuerdo de precios, mientras que la Resolución Sancionatoria dispuso que la habían "ejecutado y tolerado". La falta de precisión en la apertura y la falta de claridad en las normas llevó a esta clase de modificaciones de los cargos
- Todos los procesos o juicios tendientes a determinar una responsabilidad personal deben garantizar el derecho a ser juzgados bajo un régimen de responsabilidad de culpa. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Constitucional
- La Resolución Sancionatoria consideró que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** ejecutaron el supuesto acuerdo de precios porque participaban en la definición de los cambios de precios que se registraban en el "*Libro Azul*". Esto muestra que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha entendido el tema de fijación de precios en **HOLCIM**. El "*Libro Azul*" lo que registra es la modificación del precio de referencia y no del precio al que finalmente la compañía tiene que negociar el producto.
- El registro de los cambios de precio en el "*Libro Azul*" se dio como resultado de una garantía ofrecida en una investigación que se inició porque la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que existía paralelismo en el precio de referencia o de lista. Por eso la obligación se refirió a la forma en que se registrarían las decisiones sobre ese valor particular.
- El valor que se define en el "*Libro Azul*", que es en lo que participaban **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, es algo similar a un precio de lista, respecto del cual los comerciales de la compañía actúan según diferentes variables, como el precio de venta al público que hay en cada mercado regional, los fletes, los volúmenes etc.
- La decisión en la que participaban **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, que concierne al precio de referencia, no muestra ninguna coincidencia con las decisiones que sobre ese mismo valor de lista utilizaba **ARGOS** y **CEMEX**.
- Si la acusación es que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** ejecutaron un paralelismo consciente en el precio promedio mensual ponderado a nivel nacional, la Superintendencia de Industria y Comercio debió demostrar que participaron de manera activa en la definición del precio de venta (y no solamente en el precio de lista), que de manera culposa no se percataron de que ese precio era para ellos el de **ARGOS** y **CEMEX**, y que ese precio venía siendo definido de forma consciente con funcionarios de las referidas empresas
- Si la acusación es que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** toleraron un acuerdo de precios, debe tenerse en cuenta que "tolerar" es un tipo disciplinario que sería una omisión, y que las omisiones, para ser reprochables, deben ser concebidas dentro del principio de culpabilidad, pues una simple inacción no es suficiente para reputar una responsabilidad
- En el Expediente no existe ninguna prueba que demuestra que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** o **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** tomaron decisiones de cambios del precio de referencia con fundamento en discusiones o información intercambiada con funcionarios de las otras empresas investigadas, y tampoco existe prueba de que algún funcionario del área comercial de **HOLCIM** hubiese definido ese precio con base en discusiones con funcionarios de tales empresas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio consideró que como el precio es una variable importante para competir en el mercado del cemento, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** debía conocerlo en atención a su cargo, y a partir de ello dedujo que ejecutó un acuerdo de precios. Posteriormente, afirmó que no estaba siendo sancionado por el simple hecho de estar vinculado con **HOLCIM**, sino por el cargo que tenía y por su conducta activa encaminada a que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

la empresa cometiera la infracción investigada. No se encuentra ninguna secuencia lógica para llegar a esa conclusión.

- En la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria se citaron unos correos en los que funcionarios de ARGOS remitieron por error a funcionarios de HÓLCIM cotizaciones de cemento a granel (no de cemento gns Portland tipo 1). En ninguno de estos correos aparece mencionado o copiado MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ o JAIME ANTONIO HILL TINOCO.
- En la Resolución Sancionatoria la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que, como MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ envió un correo electrónico en el que se habla del préstamo de ladrillo refractario a CEMEX, debe ser que ejecutó una conducta de acuerdo de precios. Sobre el particular, se aclara que él no es el funcionario que tomó la decisión de prestar los ladrillos.
- En el referido correo de préstamo de ladrillo refractario, JAIME ANTONIO HILL TINOCO es simplemente copiado, pero es claro que él no participó en la decisión de prestar ese material y tampoco tenía la injerencia en esa decisión, pues no dependía de la Gerencia Comercial. Por ende, no podía evitar que el préstamo se diera.
- No se comparte el razonamiento del Despacho consistente en que tal préstamo es una conducta contraria a los propios intereses o que es una demostración de conductas colaborativas entre las empresas investigadas. Se resalta que HÓLCIM tenía su capacidad instalada utilizada casi al máximo y no podía pretender ganar participaciones de mercado a partir de casos fortuitos que le ocurren a sus competidores.
- El Despacho consideró a MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ y a JAIME ANTONIO HILL TINOCO responsables de ejecutar un acuerdo, no por lo que hicieron o dejaron de hacer, sino por el cargo que ocupaban, sin demostrar que en efecto participaron o conocieron de un acuerdo de precios, o que pudiendo evitarlo no lo hicieron.
- En relación con el viaje de MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ a Quito (Ecuador), se aclara que este se llevó a cabo para asistir a una reunión de FIGEM. En ese viaje no hubo reuniones con funcionarios de otras empresas cementeras colombianas.
- Independientemente de que el señor MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ hubiese coincidido en un viaje con funcionarios de otras empresas, ello no le permite concluir a la Superintendencia de Industria y Comercio que se reunieron para acordar precios.
- A pesar de que la Resolución Sancionatoria reconoció que JAIME ANTONIO HILL TINOCO explicó los viajes que el Informe Motivado había citado como sospechosos, resultó siendo considerado como una persona que ejecutó un acuerdo anticompetitivo.
- La Resolución Sancionatoria señaló que si bien se demostró que MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ y JAIME ANTONIO HILL TINOCO lideraron y participaron en una serie de conductas competitivas, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que ha habido otros casos en los que se ha demostrado la existencia de conductas anticompetitivas (incluso con delaciones) que han convivido con conductas competitivas. Es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio considera prueba de que existió un comportamiento anticompetitivo el hecho de que en otros procesos hubo también contraindicios. Eso es ilegal, injusto y violatorio de la presunción de inocencia.
- Particularmente en este caso, en el que la supuesta existencia del elemento consciente se fundamenta en una serie de pruebas circunstanciales de supuestas conductas cooperativas, es grave que se rechacen las pruebas de hechos que demuestran actos competitivos (los contraindicios). Tal vez por la celeridad con la que la Superintendencia de Industria y Comercio tomó la decisión, debido a la proximidad de la caducidad de la facultad sancionatoria, los contraindicios no fueron analizados con el rigor exigido.
- MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ y JAIME ANTONIO HILL TINOCO, como Directores Comerciales de HÓLCIM, participaron activamente de diferentes proyectos tendientes a expandir la capacidad de producción de la compañía y a incentivar las ventas. No se entiende

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

como personas que toleran un acuerdo de precios se dedican a proyectos de esta naturaleza con el fin de ganar mercado y competir.

- La Resolución Sancionatoria utilizó criterios de graduación no previstos en la ley, como el patrimonio líquido del investigado. Pese a que este elemento no aparece en la normatividad dentro de los criterios de dosificación de las sanciones, la Superintendencia de Industria y Comercio lo utilizó como criterio para agravarlas.
- En cuanto al supuesto impacto de la conducta en el mercado, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que mediante Resolución No 35696 de 2012 autorizó una excepción de bloque para que empresas cementeras participaran en programas de construcción de vivienda de interés prioritario del Gobierno con precio rebajado; que el peso del cemento en la construcción de vivienda es de solo el 2.4%; y que sectores como la construcción de infraestructura y colegios no adquieren cemento gris Portland tipo 1.
- La participación de **HOLCIM** en el mercado fue de menos del 16%, por lo cual no se entiende cómo es posible que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** recibieran una sanción superior a la de funcionarios de compañías que tienen una participación mucho mayor en el mercado.
- No existe prueba alguna en el Expediente que demuestre que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** o **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** recibieron algún tipo de beneficio económico o de cualquier otra índole por haber realizado las conductas que la Resolución Sancionatoria dice que ejecutaron o toleraron.
- La Superintendencia de Industria y Comercio reconoce que la conducta procesal de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** fue adecuada pero no le atribuye ningún efecto a este hecho para graduar la sanción.
- Si en gracia de discusión se admitiera que la evidencia circunstancial identificada por la Superintendencia de Industria y Comercio pudiera ser el soporte de la sanción, debe advertirse que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** no tuvieron nada que ver en ella, pues no están involucrados en ningún correo, no participaron en la elaboración de los archivos encontrados en **CEMEX** y **ARGOS** y no tuvieron injerencia en la préstamo de ladrillos refractarios a **CEMEX**.
- En relación con su participación en la determinación de precio de referencia contenido en el "Libro Azul", quedó explicado que el valor que se registra en dicho instrumento no es el precio que se cobra a los clientes por el producto y que las comparaciones de las que la Superintendencia de Industria y Comercio dedujo el supuesto paralelismo se hicieron con precios que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** no fijaban.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se limitó a enumerar los criterios que emplea para el cálculo de la sanción de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** sin explicar cómo llega a la sanción final y sin calcular el beneficio ilícito supuestamente obtenido como consecuencia de la infracción. Tampoco explicó por qué sus sanciones resultan mayores en proporción que aquellas impuestas a la mayoría de los demás ejecutivos. La falta de motivación en este sentido limita su derecho de defensa.
- La multa impuesta a **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y a **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** representó el 15% de sus correspondientes patrimonios, cuando a otras personas naturales sancionadas en el mismo caso se les impuso multas que representan el 8% de sus patrimonios. Lo anterior es también contrario a la doctrina probable de la Superintendencia de Industria y Comercio que no ha impuesto sanciones de más del 5% del patrimonio de las personas naturales. Esto representa una violación al principio de igualdad.
- Si la conducta sancionada supuestamente ocurrió entre los años 2010 y 2012, no se entienda por qué razón para graduar la sanción se utilizó el patrimonio del 2013 de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, y respecto de otras personas, las del 2016.

**Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones **

2.5. Argumentos presentados por CARLOS JACKS CHAVARRÍA (persona natural vinculada con CEMEX)⁶

- La Superintendencia de Industria y Comercio hizo un uso indebido del indicio, dado el muy poco bagaje probatorio recaudado. A pesar de los esfuerzos de orden económico, las evidencias no llevan a las conclusiones que forzosamente la Autoridad pretende alcanzar, ni eliminan la duda razonable que podría existir.
- Se debe revocar y archivar la presente investigación, ya que existe una duda razonable del análisis desarrollado por la Superintendencia de Industria y Comercio al haber llegado a conclusiones soportadas en conjeturas.
- Para que los indicios gocen del poder vinculante necesario para dar por cierto un hecho desconocido, deben cumplir estrictamente con ciertos elementos, como estar debidamente probados, ser sometidos a un análisis crítico, ser independientes, ser varios en caso de ser contingentes y ser concordantes para poder producir un todo coherente.
- La Resolución Sancionatoria incurrió en serios errores, por cuanto no expuso el hecho del que se desprenden los precarios indicios en que soporta su argumentación.
- No puede concluirse más allá de toda duda razonable que, por el hecho de que las empresas y los individuos investigados se hayan visto envueltos en procesos administrativos sancionatorios anteriores, hayan incurrido en las prácticas imputadas y no demostradas por la Autoridad.
- De un sinnúmero de correos extraídos de los discos duros de los computadores de las empresas investigadas, se tuvo en cuenta una sola cadena de correos para concluir que se había violado el principio de no meterse en obras comenzadas. En consecuencia, la Autoridad de Competencia no pudo haber realizado un análisis de esta evidencia en conjunto con más pruebas –como afirmó–, pues para este hecho no se tuvieron en cuenta más elementos probatorios. Se violó de esta manera el derecho al debido proceso.
- Con base en la misma cadena de correos, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que se presentó un escenario colaborativo y de abstención de competir que se predica de los agentes investigados. Este análisis lo que indica es que, de hechos no probados se desprendieron consecuencias jurídicas (indicios) que no podían ser tenidas en cuenta al realizar la valoración probatoria, pues no cumplían con los requisitos necesarios para ello.
- En la prueba de los escenarios de competencia en ARGOS y en el archivo "BOOK1" de CEMEX resulta evidente la duda razonable existente en el caso. Al dejar preguntas abiertas en el análisis de estos elementos probatorios, la Superintendencia de Industria y Comercio pretendió trasladar la carga de la prueba en una etapa en la que ya se han agotado las posibilidades de solicitarlas y practicarlas, todo por llegar a conclusiones fundadas en hechos no probados e inciertos.
- En cuanto a la venta de cemento concreto con precio especial, se aclara que el hecho de que los competidores se vendan entre sí el producto a un menor precio, de manera aislada u ocasionalmente, no es indicativo de una fijación de precios paralelamente consciente. Esto solo es indicativo de un mercado competitivo.
- Respecto de las coincidencias migratorias, la Superintendencia de Industria y Comercio no logró probar que en e las los sujetos investigados se hubieran reunido o hubieran coincidido con el fin de concertar precios de mercado. No es constitucionalmente posible que el Estado, con meras conjeturas, imponga una sanción sin haber realizado el esfuerzo probatorio que le corresponde.

⁶ Sobre el particular, es preciso aclarar que JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS presentó recurso de reposición actuando como apoderado de CARLOS JACKS CHAVARRÍA y CÉSAR CONSTAÍN VAN RECK. Sin embargo, considerando que frente a CÉSAR CONSTAÍN VAN RECK se archivó la investigación, y en la medida en que los argumentos están dirigidos a presentar defensas sobre la actuación de CARLOS JACKS CHAVARRÍA, se entenderá que el recurso fue presentado únicamente por este último.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- La Superintendencia de Industria y Comercio, para llegar a sus conclusiones con base en indicios e inferencias, ha debido tener plena prueba de los hechos indicadores, demostrar en su análisis lógico y de valoración que los hechos probados tenían significación respecto al hecho investigado, y realizar juicios de valor considerando todo el material probatorio (no haciendo valoraciones parciales o basadas en probabilidades).
- El comportamiento procesal de **CEMEX** y de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** no fue valorado. El Superintendente de Industria y Comercio se limitó a indicar que los sujetos procesales no incurrieron en conductas de deslealtad procesal, pero no hizo un análisis positivo de ello.
- El Despacho obvió el esfuerzo realizado a lo largo de la extensa fase de instrucción, en la que se recaudaron más de 25 testimonios, 17 interrogatorios, 5 visitas y varios requerimientos de información. En la evidencia recaudada no existe prueba de que **CEMEX** haya alterado su comportamiento en el tiempo por razones ajenas a sus propios intereses.
- No hay prueba de reuniones, comunicaciones o conversaciones entre empleados de las compañías tendientes a transmitir, compartir o aprovechar información confidencial, o tendientes a reprimir a un competidor por una supuesta desviación de un hipotético acuerdo no probado. No existe tampoco testimonio, declaración, documento o archivo que dé cuenta de la existencia de una conducta de cartelización.
- Pese a que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** afirmó ser 'finalmente' el responsable de lo que sucedía en la empresa, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio jamás pudieron obtener de él confesión alguna en tal sentido, no porque él no hubiera querido colaborar, sino por la "pobreza" y "pereza" investigativas de la Autoridad. Esto reitera la equivocada utilización de supuestos indicios para imponer conclusiones amañadas.
- Todo se ha basado en conjeturas, sacando de contexto documentos y evidencias perfectamente explicables, llegando a extremos absurdos como el de utilizar la mera participación en una asociación como indicio de un cartel.
- De manera arbitraria y sin hacer un análisis en conjunto con base en la sana crítica y con un criterio de certeza más allá de toda duda razonable, violando el derecho fundamental al debido proceso y con base en especulaciones (que no son indicios), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que **CEMEX** integró un cartel, conformó un mecanismo de seguimiento de precios (tracking) para vigilar el comportamiento de las empresas supuestamente cartelizadas y se coludió con las demás empresas líderes para acordar la fijación de los precios del cemento gris Portland tipo 1.
- La Superintendencia de Industria y Comercio cometió un error al fijar la sanción económica de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, pues pretendió fijar la multa en proporción con su patrimonio, pero omitió hacer una ponderación respecto de las otras sanciones impuestas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no motivó suficiente y razonadamente el parámetro con base en el cual liquidó la sanción de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**. Esta sanción luce desproporcionada en atención al corto periodo en el que estuvo presidiendo **CEMEX** y en atención a los hechos de clara competencia empresarial que promovió en desarrollo de su cargo (como la inversión en la cadena de distribución **CONSTRURAMA**).
- La Superintendencia de Industria y Comercio decidió imponer exactamente la misma sanción a **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** y al presidente de **ARGOS**, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, pese a que las condiciones de uno y otro no son comparables. Este último sí había sido investigado años atrás por asuntos contrarios a la libre competencia, y estuvo al frente de **ARGOS** durante todos los años que conformaron el periodo objeto de investigación.
- A otros funcionarios de **ARGOS**, a quienes se les criticó su comportamiento procesal al obstaculizar la investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio, se les impuso una sanción del 5,2% y 6,4% de su patrimonio mientras que a **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** se le impuso una multa del 15% de su patrimonio sin incurrir en tal falta.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

- Se impuso una sanción con base en una declaración de renta del 2013 a **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y ni siquiera se actualizó la cifra declarada como patrimonio líquido a precios de 2016, como para hacerlo medianamente comparable con los demás sancionados
- No se entiende por qué se le puso a **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** la misma multa que a otros investigados que, además de ocupar el cargo de Director Comercial, también ocupaban el de miembro de junta directiva con evidente capacidad en la fijación de la política de precios. El racero no debe ser simplemente la multa máxima potencialmente aplicable.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo - CCA (Decreto 01 de 1984), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio.

Mediante Resolución No 2163 del 17 de enero de 2018, el Despacho decretó de oficio la práctica de algunas pruebas en el marco del trámite de los recursos de reposición interpuestos, las cuales fueron debida y oportunamente practicadas

Durante la audiencia del 6 de febrero de 2018, en la que se recibió el testimonio de **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO**, el Despacho decretó como prueba la remisión de algunos documentos en el término de cinco (5) días. Posteriormente, y luego de haber sido recibidos los documentos decretados como prueba, mediante Resolución No 11352 del 20 de febrero de 2018, el Despacho incorporó al Expediente, para todos los fines legales, los documentos remitidos

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo - CCA (Decreto 01 de 1984), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes, incluyendo los escritos posteriores radicados en este Despacho el 19 y 23 de febrero de 2018.

Adicionalmente es importante señalar que aunque varios investigados insistieron (incluso en varios momentos procesales) en la petición de presentar sus argumentos durante una sesión del Consejo Asesor de Competencia, tal petición es improcedente, por no estar prevista tal audiencia en las normas que rigen la tramitación de estos procedimientos administrativos sancionatorios por infracción al régimen de protección de la libre competencia económica.

4.1 Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer este derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

Las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor, a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

Nótese que por las anteriores razones no puede ser de recibo el argumento de algunos investigadores, según el cual se desconoció el debido proceso a sus inversionistas, quienes, al momento de realizar su inversión, habían confiado en el marco legal en que la compañía desarrolla sus actividades, pues, justamente la garantía de estabilidad jurídica que se le debe ofrecer, no solo a los inversionistas sino a todos los habitantes del territorio colombiano, se verifica cuando la Autoridad de competencia investiga y juzga todas las conductas contrarias al régimen de protección de la libre competencia económica. Por lo anterior, este argumento no es de recibo y será desestimado.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica.

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso per capita respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia¹.

De acuerdo con la OCDE²:

Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).

Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.

Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios³.

Según la OCDE, los carteles (como en el que participaron ARGOS, CEMEX y HOLCIM) constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través de incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los

¹ Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?", No. 4, 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012" Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia, 2012.

² OCDE corresponde a la sigla en español para Organisation for Economic Cooperation and Development (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

³ OCDE, "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" 2014. Págs. 2 y 3.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y eal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan los recursos de los consumidores finales quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, entre otras. Estudios recientes sobre el impacto de los carteles empresariales afirman que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas sufren aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer en orden a prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales¹⁰. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60%¹¹ en los productos o servicios afectados por los carteles o acuerdos anticompetitivos, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

La OCDE estima que, en promedio, los carteles empresariales aumentan el 30% del valor de un producto en el mercado¹². De allí que la efectiva protección de la libre competencia económica y la aplicación eficiente de sus normas y sanciones sean necesarias para el adecuado funcionamiento de los mercados, la eficiencia económica y, sobre todo, el bienestar general de los consumidores, entre los que se encuentran tanto consumidores finales como compradores intermedios, quienes tienen derecho a que sus proveedores de materias primas, insumos o servicios se ajusten a las normas de protección de la libre competencia económica para poder ellos acceder a más y mejores bienes y servicios

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar general de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, se protege a los empresarios generadores de ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos o cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, coludidos o cartelizados, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas

¹⁰ Connor, J.M. y Lande, R.H. "Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays". *Cardozo Law Review* 427, 2012.

¹¹ Levenstein, M., y Suslow, V. "Contemporary International Cartels and Developing Countries: Economic Effects and Implications for Competition Policy". *Antitrust Law Journal* 71 (3), 2004. Págs. 801-852.

¹² OCDE. "Fighting hard core cartels in Latin America and the Caribbean". Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/38836329.pdf>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

por los miembros del cartel empresarial. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2008, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia, abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la interinidad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.

()

La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que como bien lo señalan los investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.

En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción".¹³

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos".¹⁴

(Negritas y subrayas fuera de texto)

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley, no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la columna vertebral de la economía social de mercado y el bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio.

Bajo este contexto vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de que ARGOS, CEMEX y HOLCIM conformaron un cartel

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014. N.P. Jorge Iván Palacio Palacio

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

empresarial para fijar los precios del cemento gris Portland tipo 1 en Colombia en la modalidad de paralelismo consciente. El Despacho fundamentó esta conclusión en abundante material probatorio obrante en el Expediente, que demostró que el comportamiento paralelo observado en los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM correspondía con las evidencias de que estas empresas participaban en el mercado bajo un ambiente colaborativo y sin presión, en el que se ven a ellos mismos como un bloque y se abstienen, de forma coordinada, de competir, al paso que se acreditó que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo de precios observado ni de la manera como fijaron sus precios durante el periodo investigado.

En línea con lo anterior, el Despacho encontró acreditado que el mercado afectado por el cartel empresarial de fijación de precios en el que participaron los investigados, contiene todas las condiciones descritas por la doctrina económica más utilizada por las autoridades de competencia en el mundo, que lo convierten en altamente propenso a la cartelización empresarial, lo cual guarda correspondencia con el hecho acreditado de que los participantes principales del mercado del cemento nacional y ahora investigados, ostentan un extenso historial de investigaciones y antecedentes sancionatorios nacionales e internacionales por violación del régimen de protección de la libre competencia económica.

En efecto, para llegar a las anteriores conclusiones, el Despacho inicialmente realizó un análisis de la estructura del mercado afectado por el cartel empresarial de precios entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, que permitió señalar que dicho mercado es altamente propenso a la formación de un cartel empresarial. Para lo anterior se utilizó el conjunto de las 17 evidencias económicas presentadas por Richard Posner en su libro *Antitrust Law*¹⁵, que a su juicio, dan evidencia relevante para esclarecer qué tan probable es que exista un cartel empresarial en determinado mercado.

En línea con lo anterior, el Despacho presentó un contexto histórico nacional e internacional de las constantes y recurrentes infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica que rodean el mercado del cemento en el mundo, lo cual confirma la extrema susceptibilidad a la cartelización que presenta este mercado, como se dijo anteriormente.

Al respecto, el Despacho debe indicar a los impugnantes que, contrario a lo que de forma extremadamente descontextualizada señalaron en sus recursos de reposición, la mención de las investigaciones y sanciones adelantadas a nivel mundial en contra de empresas de la industria cementera no se incluyó en la Resolución Sancionatoria como un indicio o evidencia económica de que ARGOS, CEMEX y HOLCIM se cartelizaron para fijar precios en el periodo 2010 - 2012, ni mucho menos se afectó su presunción de inocencia o el principio del *non bis in idem*. Eso no es cierto y constituyen alegaciones infundadas y malintencionadas de las empresas aquí investigadas.

Lo anterior, toda vez que tal y como se precisó con claridad en el acto administrativo sancionatorio, dicha mención solo se incluyó a título descriptivo del contexto histórico de violaciones a la libre competencia económica en dicha industria, a fines de permitir comprender los hechos y fenómenos expuestos de manera mucho más integral y universal, buscando esencialmente indicar que, para el entorno en el que dichas empresas participan en el mercado, las conductas anticompetitivas investigadas no resultan para nada, extrañas, y que incluso, son más generalizadas y habituales, tanto en Colombia como en el extranjero, de lo que podría ocurrir en otros mercados diferentes al del cemento.

Dejar de lado la descripción del contexto histórico de la conducta en los términos en los que se incluyó en la Resolución Sancionatoria, no solo impediría advertir que la industria del cemento ha estado relacionada históricamente con violaciones a la libre competencia económica por parte de sus principales participantes, sino que permitiría evadir el hecho innegable y dicente de que para el caso particular de Colombia los agentes investigados han enfrentado recurrentemente investigaciones desde 1997 (5 investigaciones en total), que han terminado con aceptación de ofrecimientos de garantías (aunque incumplidas en algunos casos) o con sanciones y en todos los casos, con formulación de pliego de cargos o incluso, en casi todos, con informes motivados, recomendando sanciones.

¹⁵ Posner, R. "Antitrust Law", The University of Chicago Press, Segunda Edición, Capítulo 3 Colusión 200', Pág. 79.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

En efecto, en el primer antecedente administrativo de investigaciones por cartelización empresarial en el mercado del cemento en Colombia⁴, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró demostrado y por tal razón abrió investigación administrativa contra **INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO - ICPC**, el Grupo Empresarial **DIAMANTE SAMPER** (actualmente **CEMEX**), el Grupo Empresarial **ARGOS**, **CEMENTOS BOYACA S.A.** (actualmente **HOLCIM**) y **CEMENTOS PAZ DEL RÍO** (actualmente **ARGOS**), entre otros hechos, porque los investigados habrían presentado paralelismo de precios en su comportamiento, propiciado por intercambio de información realizado a través del **INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO - ICPC** (su entidad gremial), y que habrían acordado repartirse el mercado de cemento gris en Colombia. En ese caso, los investigados presentaron un ofrecimiento de garantías que fue aceptado y aprobado a través de la Resolución No. 17464 de 30 de agosto de 1999, incluso, con posterioridad a la presentación del Informe Motivado en el que se recomendaba la imposición de sanciones.

En una segunda oportunidad, mediante Resolución No. 15460 del 30 de junio de 2004, se abrió Investigación con Pliego de Cargos contra **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **HOLCIM**, en virtud de varias denuncias que coincidieron en señalar que, a través de un acuerdo cartelista, estas empresas habrían disminuido los precios de sus productos en los departamentos de Boyacá y Casanare, ocasionando la salida del mercado de empresas competidoras o la obstrucción de la entrada a otras empresas. Esta investigación fue terminada mediante la Resolución No. 34805 del 23 de diciembre de 2005, por la cual se aceptó un ofrecimiento de garantías de los investigados. El compromiso ofrecido fue incumplido por **HOLCIM**, empresa esta que fue sancionada mediante la Resolución No. 25362 del 11 de octubre de 2006.

En una tercera oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante Resolución No. 358 del 19 de enero de 2005, abrió Investigación con Pliego de Cargos contra **ARGOS**, **CEMEX**, **HOLCIM**, **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**), **CEMENTOS DEL CARIBE** (actualmente **ARGOS**), **CEMENTOS RÍO CLARO S.A.** (actualmente **ARGOS**), **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CLINKER S.A.** (actualmente **ARGOS**), **GALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **CEMENTOS DE CALDAS S.A.**, porque habrían acordado una disminución coordinada de los precios del cemento entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004, exclusivamente en las zonas donde participaba la empresa entrante **CEMENTOS ANDINO S.A.** (en adelante **ANDINO**), con el fin de expulsar a esta empresa del mercado (cartel de precios precatorio). Esta investigación fue nuevamente terminada por aceptación de garantías mediante la Resolución No. 34804 del 23 de diciembre de 2005, también incluso, con posterioridad a la presentación del Informe Motivado en el que se recomendaba la imposición de sanciones. Las garantías ofrecidas fueron incumplidas por **CEMEX** y **HOLCIM**, razón por la que cada una de estas empresas fue sancionada mediante las Resoluciones No. 26360 y 26361 del 11 de octubre de 2006, respectivamente.

Si bien la investigación fue terminada por aceptación de garantías, en la Resolución Sancionatoria se incluyó un recuento histórico de la investigación por cartel predatorio en perjuicio de **ANDINO**, describiendo la que habría sido la amenaza que representaba esta empresa para sus competidores, la posterior reducción de precios mostrada que tuvo que enfrentar, su consecuente ruina financiera y la posterior adquisición de sus activos por parte de **ARGOS**.

En una cuarta oportunidad, por violaciones al régimen de competencia en el mercado del cemento, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008 sancionó a **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** y algunas personas naturales, entre quienes se hallaban **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** (ahora investigado) y **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** (ahora investigado), por su participación en un acuerdo para la fijación de precios del cemento gris Portland tipo 1 bajo la modalidad de paralelismo consciente y para la repartición de cuotas de mercado o suministro, contrariando lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Esta sanción está en firme, cuenta con presunción de legalidad y actualmente está siendo discutida en el Consejo de Estado.

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 318 de 6 de marzo de 1997, por la cual se abrió investigación y se formuló Pliego de Cargos contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO - ICPC** y el grupo empresarial **DIAMANTE-SAMPER** (actualmente **CEMEX**), el grupo empresarial **ARGOS**, **CEMENTOS BOYACÁ S.A.** (actualmente **HOLCIM**) y **CEMENTOS PAZ DEL RÍO** (actualmente **ARGOS**), por presuntamente haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición del mercado entre productores o distribuidores).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

El quinto y más reciente caso, lo constituye la presente investigación, en la cual **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** fueron sancionadas por cartelizarse nuevamente para fijar el precio del cemento gris Portland tipo 1 en Colombia durante los años 2010 a 2012.

En vista de las referencias y anteriores investigaciones, el Despacho concluyó que es ajustado señalar que el comportamiento en el país de las investigadas ha sido proclive al incumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica, incluso, ya ha generado sanciones. Lo anterior como consecuencia de, entre otras razones, la aplicación de la figura de aceptación de garantías y la escasa disuasión que pudo haber logrado la sanción impuesta en 2008 con montos máximos de sanción de 2 000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por haberse proferido con anterioridad a la entrada en vigor de la hoy vigente Ley 1340 de 2009.

De otra parte, el Despacho presentó una reseña del historial de investigaciones y sanciones por cartelización empresarial que se ha presentado en la industria del cemento y el concreto a nivel mundial, el cual da cuenta de que en el periodo comprendido entre 1983 y 2017, se han descubierto por lo menos treinta (30) casos relacionados con cartelización empresarial para la fijación de precios y/o repartición de mercados, en los que los involucrados coinciden con alguno o varios de los acá investigados, sus matrices o filiales.

En efecto, señaló que entre los años de 1994 y 2015 se produjeron catorce (14) sanciones en diferentes jurisdicciones en contra de algunos o todos los investigados en el presente trámite¹⁷. Por ejemplo, se encontró que **HOLCIM** ha sido sancionada, por lo menos, en trece (13) países o jurisdicciones diferentes (Unión Europea, Alemania, Rumania, Taiwán, Brasil, Italia, India, Australia, Argentina, Bélgica, Reino Unido, Polonia y España)¹⁸, mientras que **CEMEX**, en por lo menos cuatro (4) países (Venezuela, Polonia, Alemania y España) y **ARGOS**, al menos en un (1) país (Venezuela). Además, de las sanciones impuestas en Colombia.

De acuerdo con lo anterior, los argumentos presentados en los recursos de reposición en los que se controvertían uno u otro antecedente particular, tales como la supuesta suspensión de una sanción en Venezuela alegada pero no probada por **ARGOS**, o el hecho de que algunas de las investigaciones adelantadas en Colombia fueron cerradas por aceptación de garantías (aspecto que fue expresamente reconocido y explicado en la Resolución Sancionatoria) o que se encuentran demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa (pero actualmente en firme), no demeritan el objeto de la inclusión del contexto sancionatorio, pues la percepción del marco histórico nacional e internacional de las constantes y recurrentes infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica en el mercado del cemento no cambia de manera alguna, especialmente cuando el relato efectuado en la Resolución Sancionatoria fue verídico y apegado a la realidad de los hechos.

En todo caso, debe advertirse a los impugnantes que la aceptación de garantías no equivale a una exoneración de los cargos formulados, es decir, no puede ser interpretada como si la Autoridad de Competencia hubiere expedido una resolución por medio de la cual determinó que una empresa no había violado las normas de libre competencia, puesto que en estricto sentido es la aplicación de una figura prevista en la ley para archivar anticipadamente las investigaciones por prácticas restrictivas. En el mismo sentido, se recuerda a los recurrentes que las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio gozan de plena firmeza de acuerdo con la ley, en tanto

¹⁷ Unión Europea (1994), Alemania (2003), Venezuela (2003), Rumania (2005), Taiwán (2005), Brasil (2006), Italia (2004), Australia (2008), Egipto (2008), Sudáfrica (2012), India (2012), Argentina (2013), Bélgica (2013), Reino Unido (2014) y España (2016).

¹⁸ Frente a las sanciones internacionales por cartelización, **HOLCIM** cuestionó algunas de las sanciones relacionadas en la Resolución Sancionatoria. En relación con este argumento, la Superintendencia de Industria y Comercio considera pertinente aclarar que, en efecto, las decisiones de la India y Brasil (en firme pendiente el resolver recursos de apelación), en Polonia, no obstante fue sancionado **LAFARGE CEMENT**, se le concedió inmunidad por su calidad de delator; la de Bélgica fue efectivamente anulada posteriormente por la Corte de Apelaciones de ese país; y las de España, que son dos (cemento en 2015 y hormigón de Asturias en 2017), fueron impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa (Audiencia Nacional española), sin que aún haya decisión de tal órgano judicial. En cuanto a la Unión Europea, si bien es cierto que en el 2010 la Comisión Europea archivó una investigación en el mercado de cemento por falta de 'evidencia concluyente', también lo es que en 1994 se llevó a cabo otra investigación en el mismo mercado que sí terminó con imposición de sanciones (decisión que quedó en firme). En consonancia con lo anterior, las particularidades ya referidas, no contrarrestan el hecho probado de que, el sector del cemento y otros productos relacionados con la industria, han sido objeto de múltiples investigaciones y sanciones por parte de las autoridades de protección de la libre competencia económica en otros países o jurisdicciones, incluido Colombia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

no hayan sido anuladas por una decisión en firme de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual no ha acontecido para ninguna de las decisiones sancionatorias mencionadas en los antecedentes descritos. Por estas razones, tales argumentos deben ser rechazados.

Posteriormente, la Resolución Sancionatoria demostró que, para el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, existió un paralelismo de precios en el mercado del cemento gris Portland tipo 1 entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, lo cual fue expuesto a través de diferentes análisis y estudios cuantitativos, económicos y estadísticos que muestran un comportamiento armónico entre las series de precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional de ARGOS, CEMEX y HOLCIM para el periodo investigado.

En cuanto a elemento consciente, el Despacho presentó diversas evidencias obrantes en el Expediente que, a su juicio, y analizadas en conjunto, dan cuenta de que ARGOS, CEMEX y HOLCIM, participaban en el mercado bajo un ambiente colaborativo y sin presión, en el que se ven a ellos mismos como un bloque y se abstienen, de forma coordinada, de competir. Al respecto, agregó la Resolución Sancionatoria que dichas evidencias no dejan duda de la acreditación del elemento consciente de la conducta investigada.

Las evidencias que fueron presentadas como fundamento del elemento consciente fueron las siguientes:

(i) **Principio de no meterse en obras comenzadas.** Se trata de una cadena de correos electrónicos entre empleados de ARGOS y HOLCIM, mediante los cuales se hacen ofrecimientos de llegar a acuerdos para subir los precios de común acuerdo, además de regir sus relaciones comerciales bajo un "principio de no meterse en obras comenzadas". También evidencia esta cadena de correos que no tenían ningún inconveniente en reprocharse mutuamente el incumplimiento de dicho principio.

(ii) **Incumplimiento en subir el precio del concreto.** Consiste en una comunicación dirigida a HOLCIM por uno de sus distribuidores (VALTA S.A.S.) en la que, contrario a lo esperado en un escenario de competencia, le reclama porque el precio al alza propuesto por HOLCIM no había sido cumplido por CEMEX y ARGOS, con lo que se demuestra que otros agentes del mercado establecían sus expectativas comerciales en torno al ambiente de no competencia entre los aquí investigados.

(iii) **Escenarios de "competencia" en ARGOS y el "BOOK1" de CEMEX.** Se trata de una serie de documentos internos de ARGOS y CEMEX en los que se observa, a partir de unos ejercicios de monitoreo de posibles escenarios de competencia, que ARGOS, CEMEX y HOLCIM se presentan como un solo bloque ante diferentes escenarios de "competencia", enfocando su análisis en el aumento de participación de terceros (es decir, de jugadores ajenos al bloque conformado por ARGOS, HOLCIM y CEMEX), dando por sentado que no habría presión competitiva entre ellos. En estos documentos también se modelaron escenarios de "una guerra de precios" y la posterior subida de precios entre el bloque de hasta un 60%.

(iv) **Venta de cemento concreto con "precio especial".** Serie de documentos internos de ARGOS que dan cuenta de la venta de cemento concreto de ARGOS a CEMEX por un extenso periodo y por un valor menor al de todos los clientes de ARGOS, incluyendo los de su propia concretera. Este precio se denominaba internamente en ARGOS como "precio especial" y daba cuenta de un tratamiento preferencial para este "competidor", incluso más beneficioso que el dado a la propia concretera de ARGOS.

(v) **Préstamo a título gratuito del ladrillo refractario.** Corresponde a una serie de comunicaciones que dan cuenta de que CEMEX le solicitó a HOLCIM un préstamo a título gratuito de ladrillo refractario requerido para reparar uno de sus hornos. Con esta prueba se logró acreditar que CEMEX reveló ante un supuesto competidor problemas en su planta de producción ante la expectativa de obtener apoyo en una situación de crisis, lo cual no resulta coherente con un escenario de competencia. También se acreditó que HOLCIM habría accedido a cooperar incluso en condiciones más favorables de las que CEMEX había requerido inicialmente.

(vi) **Registros de viajes de los investigados que demuestran coincidencias migratorias** donde eventualmente pudieron converger los altos directivos y establecer comunicación entre sí. Esto constituye un factor más según la OCDE.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

(vii) ARGOS obstaculizó la investigación administrativa, negándose sistemáticamente a suministrar la información solicitada por la Superintendencia de Industria y Comercio en aspectos tan relevantes como los precios ex fábrica y su capacidad durante el periodo investigado, entre otros. Esta conducta procesal reprochable de ARGOS se constituye, a partir del artículo 241 del Código General del Proceso —que reproduce íntegramente el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil— como una prueba inciciaria de la conducta investigada.

En conclusión, el Despacho encontró plenamente demostrado tanto el paralelismo de precios del cemento gris Portland tipo 1 entre las investigadas, como el elemento consciente del mismo, todo bajo un contexto en el que se acreditó: (i) que el mercado afectado en la investigación contiene todas las condiciones económicas que lo convierten en altamente propenso a la cartelización empresarial; (ii) que sus participantes principales y ahora investigados ostentan un extenso historial de investigaciones y antecedentes sancionatorios por violación del régimen de competencia; (iii) que se encuentra demostrado un comportamiento de precios paralelo que corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia; y (iv) que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo ni de la manera como fijan los precios.

Así bien, teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados por participar en un cartel empresarial para fijar el precio del cemento gris Portland tipo 1, a continuación este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

4.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el mercado afectado

4.2.1. Argumentos relacionados con la caracterización del mercado

En la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio presentó un capítulo relacionado con la caracterización del mercado de cemento gris Portland tipo 1, en el que, en primera medida, indicó las razones por las que, por el tipo de conducta investigada —un cartel o acuerdo de precios— no resultaba necesario realizar la definición de mercado relevante que se utiliza para otro tipo de actuaciones administrativas en materia de libre competencia económica como el abuso de posición de dominio o el control a concentraciones empresariales. En virtud de lo anterior, una vez quedó clara la impertinencia de definir el mercado relevante, se procedió a indicar que los agentes participantes en el mercado afectado durante el periodo investigado correspondían a: **ARGOS, CEMEX, HOLCIM, TEQUENDAMA, ORIENTE, SAN MARCOS y ATLAS**.

A continuación, se describió el proceso de fabricación del cemento Portland y los tipos de cemento que se producen de acuerdo con sus cualidades y usos. Luego, teniendo en cuenta que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se indicó que el producto al que hacían referencia los denunciantes correspondía al cemento gris Portland tipo 1, se analizó la sustituibilidad de la demanda y de la oferta de este tipo de cemento, concluyendo que, por el lado de la demanda, el cemento gris Portland tipo 1 no cuenta con productos sustitutos, y por el lado de la oferta, que la sustituibilidad no sería oportuna por la existencia de condiciones que no permiten que se dé en el corto plazo.

Posteriormente, con base en la localización de las plantas de producción del producto involucrado y los departamentos en los cuales tuvieron presencia ARGOS, CEMEX y HOLCIM, el Despacho señaló que el área geográfica dentro de la cual se desarrollaron las conductas investigadas correspondía a la totalidad del territorio nacional. Teniendo en cuenta el alcance geográfico del mercado afectado (la totalidad del territorio nacional), se determinó su tamaño de acuerdo con el valor y volumen de ventas y se encontró que, durante el periodo investigado, ARGOS, CEMEX y HOLCIM representaron, en promedio, el 98% de mismo y que el mercado se encontraba altamente concentrado. Finalmente, se llevó a cabo una descripción de las barreras de entrada y expansión y se concluyó que, en Colombia estas son altas, por lo que pueden constituirse en factores que impiden dificultar o retrasar el acceso de potenciales competidores a dicho mercado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En relación con este análisis del mercado afectado expuesto en la Resolución Sancionatoria, ARGOS y HOLCIM presentaron una serie de argumentos contravirtiendo las conclusiones del Despacho, los cuales se analizarán y responderán a continuación.

En primer lugar, ARGOS y HOLCIM presentaron argumentos relacionados con el alcance geográfico del mercado afectado por la conducta sancionada. En su opinión, el mercado de cemento gris Portland tipo 1 es regional y no nacional por las siguientes razones: (i) las ventas fuera de la zona de influencia de cada planta no son representativas; (ii) la definición del mercado geográfico no varía dependiendo del tipo de actuación administrativa porque las condiciones del producto, así como de la oferta y la demanda son las mismas en todas las actuaciones; (iii) los precios son diferentes por departamentos y/o regiones, y (iv) en algunos lugares del país participan todos los agentes mientras que en otros están presentes solamente algunos. De acuerdo con HOLCIM, la incorrecta definición del mercado relevante geográfico (para el Despacho no hay que definir el mercado relevante sino el mercado afectado, cosas diametralmente diferentes) le resta validez a todos los análisis de paralelismo de precios pues no es cierto que exista un único precio ex fábrica para todo el territorio nacional.

Respecto de los argumentos relacionados con el alcance geográfico del mercado afectado, este Despacho considera pertinente insistir que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio "tiene como una práctica decisiva decantada que en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar la definición del mercado relevante. Lo anterior, toda vez que es el alcance de la conducta investigada el que determina el mercado presuntamente afectado"¹⁹. (Subrayado fuera de texto). En otras palabras, no se trata, de ninguna manera y bajo ninguna circunstancia, de determinar el mercado relevante sino de determinar el mercado afectado, pues cuando se trata de investigaciones por cartelización empresarial, so reitera, una y otra vez, es el propio cartel empresarial el que delinea, delimita y concreta, el mercado, es decir, define, delimita y concreta el mercado afectado.

Ahora bien, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en distintas oportunidades que el hecho de que la definición del mercado relevante no sea necesaria para analizar los casos de carteles empresariales, no significa que no deba caracterizarse el mercado en el que participan los agentes investigados, tal y como se hizo en la Resolución Sancionatoria, pues en virtud de dicha descripción es posible, entre otras cosas, analizar las condiciones del mercado afectado y determinar si efectivamente ocurrió o no la conducta imputada, en este caso, el acuerdo o cartel en la modalidad de paralelismo consciente en los precios de los productos ofrecidos por los investigados.

La posición de la Superintendencia de Industria y Comercio se ha fijado, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, a través de distintos casos como el del denominado Cartel del Azúcar (sancionado en 2015), que se citó puntualmente mencionando el siguiente aparte de la Resolución No. 80847 de 2015:

"Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010 Versión Pública Hoja No 7.). Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las empresas cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva (Unión Europea, Caso T-111/2008 MasterCard Inc. MasterCard Europe SPRL v. Comisión, 24 de mayo de 2012), lo que en definitiva significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo"²⁰. (Subrayado y negritas fuera de texto).

En el mismo sentido se refirió la Superintendencia de Industria y Comercio en los casos de los denominados Carteles del Papel Higiénico y otros Papeles Suaves²¹, Pañales Desechables para

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391 de 2017, Pág. 40.

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 80847 de 2015 (Caso Cartel de Azúcar de 2015).

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 31739 de 2016, Pág. 37.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Bebé²² y Cuadernos²³, Específicamente, en la Resolución No. 31739 de 2016, caso del Cartel del Papel Higiénico y otros Papeles Suaves, la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó:

"Este Despacho, al igual que la Delegatura, se ha referido en decisiones anteriores a la pertinencia de definir un mercado relevante en los casos de cartelización empresarial, indicando que no es necesario definir el mercado relevante, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta de cartelización objeto de la investigación. Así, para la autoridad de competencia resulta suficiente identificar los bienes y servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica". (Subrayado y negritas fuera de texto).

Como se desprende de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio ha indicado de tiempo atrás y de forma reiterada, si se quiere hasta la saciedad, que en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante compuesto por la dimensión del mercado de producto y del mercado geográfico, debido a que el mercado afectado está determinado por el alcance mismo de la conducta investigada. Así, contrario a lo que insistente y erróneamente afirmaron ARGOS y HOLCIM, y siguiendo la doctrina de esta Superintendencia contenida, entre otras, en las resoluciones ya mencionadas, la Resolución Sancionatoria estableció que en los casos de cartelización empresarial, la Superintendencia no ha efectuado la definición de mercado relevante que si se realiza en otro tipo de actuaciones administrativas como en los casos de abuso de posición dominante o en los casos de control ex ante de concentraciones empresariales, como se indicó en líneas precedentes.

En este punto es importante aclarar que, tanto en los casos que involucran concentraciones empresariales como en los que hacen referencia a la comisión de otras conductas anticompetitivas diferentes a acuerdos como el sancionado, si es procedente realizar un ejercicio de definición de mercado relevante. Lo anterior, toda vez que las conclusiones a las que llegue la Autoridad de Competencia dependen de la posición que puedan tener las empresas intervinientes en el mercado relevante, en el caso de concentraciones empresariales, o de las empresas infractoras, en el caso de abuso de posición dominante. En otras palabras, la Superintendencia de Industria y Comercio necesita definir el mercado relevante en situaciones tales como: (i) en los casos de integraciones entre empresas para determinar el impacto que sobre la competencia puede tener la operación de concentración proyectada, y (ii) en los casos de abuso de posición dominante con el fin de determinar si la empresa investigada tiene efectivamente dicha posición, previo a analizar la conducta específica que se reprocha.

Adicionalmente, es pertinente recordarle a las empresas sancionadas que los acuerdos anticompetitivos son per se reprochables, sin importar si estos logran tener un efecto en el mercado, por lo cual, para este Despacho un cartel empresarial es anticompetitivo independientemente de la dimensión del mercado presuntamente afectado por la comisión de la conducta.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho reitera que en los casos de cartelización empresarial no resulta pertinente llevar a cabo una definición de mercado relevante, pues la conducta no depende de la posición que tengan las empresas investigadas en el mercado, ni de si el producto involucrado cuenta o no con productos sustitutos.

Ahora bien, el hecho de que los investigados no concuerden con la posición de la Autoridad de Competencia y en reiteradas ocasiones hayan realizado afirmaciones en su contra, no quiere decir que la posición de la Entidad esté equivocada, más aun cuando ya se han expuesto claramente los argumentos por los cuales, en los casos de cartelización empresarial, lo pertinente e idóneo es realizar exclusivamente la caracterización del mercado involucrado en la conducta. Y de otra parte, el hecho de que la Autoridad tenga establecido que en casos de cartelización empresarial el mercado lo define el mercado afectado por el propio cartel empresarial investigado, no significa que la Autoridad no haya valorado los argumentos en contra, sencillamente lo que ocurre es que, si los valoró y los analizó, pero los desechó por no compartirlos y entenderlos como argumentos equivocados esgrimidos por los investigados.

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 43218 de 2010. Pág. 26.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64403 de 2016. Págs. 34 y 35.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adaptan otras disposiciones"

En cualquier caso, a continuación este Despacho se referirá a los argumentos específicos planteados por **ARGOS** y **HOLCIM** respecto del alcance regional del mercado de cemento gris Portland tipo 1.

En la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio señaló, luego de presentar un mapa de la ubicación de las plantas de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, y una tabla con los departamentos en los que dichas investigadas tuvieron presencia durante el periodo investigado, que independientemente de la localización de las plantas de producción, dichas empresas colocaron el cemento gris Portland tipo 1 en la mayoría de los departamentos del país entre enero de 2010 y diciembre de 2012.

Vale la pena resaltar que la Entidad no desconoció que las plantas de producción de cemento gris Portland tipo 1 de las investigadas tienen una zona de influencia relacionada con la ubicación de las mismas. Lo anterior, toda vez que en la citada Resolución Sancionatoria se indicó que a pesar de que existan casos en los que la cuota de participación de una empresa en departamentos alejados de su planta de producción no fue representativa, no puede ignorarse el hecho de que también hubo casos en los que, durante el periodo investigado, se alcanzaron participaciones que superaron el 10%, lo cual da cuenta de la capacidad de las empresas de atender regiones que estén lejos de su zona de influencia.

Nuevamente, para este Despacho resulta llamativo e indicativo del alcance nacional del mercado analizado el caso de **HOLCIM**, quien, con una única planta ubicada en Nobsa, Boyacá, logró participaciones promedio del 10% en departamentos como Atlántico o Bolívar, los cuales están alejados de su zona de influencia. En el mismo sentido, se resalta el caso de **CEMEX**, quien tiene la planta más cercana al departamento de Nariño en Ibagué, Tolima, a más de 250 km, y obtuvo en dicho departamento, durante el periodo investigado, una participación promedio del 33%, cifra que dista mucho de no ser representativa, como equivocadamente lo señaló la sancionada.

Adicionalmente, del análisis de la Tabla 2 presente en el Estudio elaborado por Ricardo Mauricio Reina Echeverri y Sandra Paola Oviedo Ariza denominado "*Comportamiento del mercado colombiano del cemento gris portland tipo 1, entre enero de 2010 y diciembre de 2012*"²⁴, allegado por **ARGOS** en sus observaciones al Informe Motivado, es pertinente resaltar que, si bien se observa que la mayoría de los despachos de cemento gris se realizan a departamentos cercanos a aquel en el que se encuentra ubicada la planta de producción, en varias oportunidades los despachos de cemento gris de **ARGOS** tuvieron como destino departamentos alejados de su planta de producción o que si bien son en apariencia cercanos, la distancia desde la planta de producción al municipio más cercano del departamento destino supera los 250 Km que **ARGOS** insiste deben tenerse en cuenta para delimitar el alcance de mercado, como lo pretenden los recurrentes.

Evidencia de lo anterior es el caso de la planta de Nare, ubicada en el departamento de Antioquia, desde la cual se realizaron despachos hacia el departamento del Meta, que se encuentra a una distancia mayor a los 250 Km, límite superior para determinar la zona de influencia de una planta de cemento, de acuerdo con lo determinado por la Comisión Europea (con el hecho adicional, que 250 km kilómetros en la topografía e infraestructura vial colombiana, por lo general no es lo mismo que 250 km en la topografía e infraestructura vial europea). De igual manera, ocurre con los despachos realizados desde la planta de Yumbo, en el Valle del Cauca, hacia Nariño, en donde los municipios más cercanos a la mencionada planta se encuentran a distancias claramente mayores a los 250 Km ya señalados. De hecho, si se tomaran como referencia los municipios de Balboa y Argelia ubicados en el sur del departamento del Cauca, y los cuales limitan desde diferentes puntos con el norte del departamento de Nariño, la distancia observada entre los mismos y la planta de **ARGOS** en Yumbo es de más de 300 km. Lo anterior es muestra de que departamentos que aparentan ser cercanos y según **ARGOS** están en la zona de influencia de alguna de sus plantas,

²⁴ El estudio de Ricardo Mauricio Reina Echeverri y Sandra Paola Oviedo Ariza fue inicialmente elaborado en octubre de 2013, allegado como un anexo a los descargos presentados por **ARGOS** a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, se denomina "*El mercado de cemento en Colombia, 2010-2012*" y obra en el Expediente en los folios 3197 a 3388 de los Cuadernos Reservados No. 2 y 3 de **ARGOS** del Expediente. Posteriormente, en noviembre de 2017, el estudio fue actualizado y presentado como anexo a las observaciones de **ARGOS** al Informe Motivado. En el presente acto administrativo, se hará referencia a la última versión de estudio denominado "*Comportamiento del mercado colombiano del cemento gris portland tipo 1, entre enero de 2010 y diciembre de 2012*" y que obra en el Expediente en los folios 7506 a 7522 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente, por cuarto es la versión más completa y actualizada del mismo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

superan los límites que la Comisión Europea ha definido, con lo cual se desvirtúa que tal definición aplique al caso colombiano.

Así, el hecho de que en ciertos departamentos alejados de las señaladas zonas de influencia de las plantas de ARGOS, CEMEX y HOLCIM las ventas no sean representativas, como lo indican algunas investigadas, no implica que no estén en la capacidad de llegar a dichas zonas, pues como se ilustró en la Resolución Sancionatoria y se reitera en el presente acto administrativo, ARGOS, CEMEX y HOLCIM lograron llegar a zonas alejadas de sus plantas de producción y realizaron ventas significativas.

Con base en lo anterior, este Despacho difiere del argumento presentado por los investigados, según el cual, debido a la zona de influencia de las plantas de producción, el alcance geográfico del mercado de cemento gris Portland tipo 1 es regional. Contrario a este argumento, y con base en lo expuesto anteriormente, el Despacho reitera que en el presente caso de cartelización empresarial el alcance del mercado es nacional.

De otra parte, en opinión de ARGOS, la definición del mercado geográfico no varía dependiendo del tipo de actuación administrativa, toda vez que las condiciones del producto, así como de la oferta y la demanda son las mismas en todas las actuaciones. Al respecto, este Despacho debe dejar claro que, aun reconociendo que las condiciones tanto del producto como de la oferta y la demanda en un determinado momento del tiempo no varían dependiendo del tipo de caso que se investigue, lo cierto es que la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido enfática al señalar que en los casos de cartelización empresarial no es pertinente realizar un ejercicio de definición de mercado relevante (mercado producto y mercado geográfico), pues lo que interesa en este tipo de actuaciones es el mercado afectado, el cual está determinado por el alcance de la conducta, es decir por el alcance mismo del cartel empresarial.

Así, no resulta cierto que la Autoridad de Competencia varíe la definición del mercado geográfico con base en el tipo de actuación administrativa que adelante, sino que simplemente, por las razones expuestas, tanto en el presente caso como en otros de cartelización empresarial ha fijado su posición respecto de este análisis, indicando que el ejercicio de definición señalado no es pertinente.

Por lo anterior, para el Despacho no es de recibo el argumento presentado sobre la variación que hace la Superintendencia de Industria y Comercio a propósito de la definición del mercado geográfico con base en el tipo de actuación administrativa, pues, por las razones ya expuestas, queda claro que en el presente caso no se llevó a cabo un ejercicio de definición de mercado geográfico, sino que simplemente se describió el alcance geográfico para la venta del cemento gris Portland tipo 1 que tuvieron las empresas sancionadas durante el periodo investigado.

Adicionalmente, HOLCIM afirmó que otra de las razones para considerar el mercado geográfico como regional es que los precios del producto involucrado son diferentes por departamentos y/o regiones, y que en ciertos mercados participan todos los agentes, mientras que en otros solo están presentes algunos.

Al respecto, el Despacho ha sido enfático y reiterativo en indicar que no es pertinente definir el mercado relevante (ni de producto ni geográfico) cuando se trata de investigaciones por casos de cartelización empresarial, como el que aquí se analiza, razón por la cual estos argumentos no son de recibo por ser igualmente impertinentes.

No obstante la impertinencia del argumento de HOLCIM, el Despacho considera relevante precisar que no es cierto, como lo menciona el recurrente, que la existencia de precios diferentes por departamentos y/o regiones sea un factor para definir el mercado como regional, como tampoco lo es el hecho de que unos agentes solo estén presentes en algunos departamentos o regiones. Lo anterior por cuanto, condiciones de competencia homogéneas en el área geográfica determinada, no implican igualdad estricta en los precios de todos los departamentos, sino que, aun cuando se presenten diferencias entre dichos precios (entre otros factores), exista la posibilidad de que los consumidores puedan adquirir el mismo bien de productores situados en otros departamentos y, a su vez, que las empresas o productores encuentren rentable entrar a competir en otros departamentos distintos de su principal zona de influencia. Lo anterior evidenciaría como un error el asumir que diferencias en precios entre departamentos implica reconocer que cada departamento es un mercado en sí mismo. Es este, realmente, un argumento sin fundamento alguno.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Así, el Despacho no coincide con los argumentos presentados pues, en primer lugar, ya se ha indicado reiteradamente que no es necesario realizar un ejercicio de definición de mercado relevante, y en segundo lugar, si en gracia de discusión se avanzara en dicho ejercicio, no puede restringirse el alcance geográfico de un mercado a que los precios de los productos sean exactamente iguales en todos los lugares en los que se venden, y mucho menos, a que tengan presencia todos los oferentes del mercado.

De otra parte, **HOLCIM** indicó puntualmente que a incorrecta definición del mercado relevante geográfico le resta validez a todos los análisis de paralelismo de precios, pues no es cierto que exista un único precio nacional ex fábrica para todo el territorio colombiano. Al respecto, este Despacho se permite recordarle a **HOLCIM** que, como se ha venido señalando en el presente acto administrativo, en el caso que nos ocupa no se realizó en ningún momento una definición de mercado relevante geográfico por las razones ya expuestas. En virtud de lo anterior no es la Superintendencia de Industria y Comercio quien está partiendo de una definición equivocada, sino **HOLCIM** quien está asumiendo unos presupuestos erróneos que lo llevan a realizar ejercicios inoportunos y, por ende, a encontrar conclusiones desacertadas.

En cuanto a la existencia de un único precio nacional ex fábrica para todo el país, es pertinente advertir que la Superintendencia de Industria y Comercio, en ningún momento afirmó o siquiera sugirió, con el uso de dicha variable, que en el mercado de cemento gris Portland tipo 1 existía un único precio de ese producto para todo el país. Como se explicó en la Resolución Sancionatoria, el Despacho consideró que, dado que el alcance del mercado es nacional, los precios ex fábrica promedio ponderados eran los adecuados para analizar el comportamiento de los precios de las empresas investigadas, por ser el mejor indicador lineal y no sesgado, que podía construirse para poder realizar comparaciones entre los mismos. Lo anterior, toda vez que (i) no tienen en cuenta cargos adicionales que no dependen de las empresas, tales como flatas e IVA; (ii) los promedios ponderados tienen en cuenta el efecto que sobre el precio final tienen las cantidades vendidas a cada cliente; y (iii) como se explicó anteriormente, el mercado afectado por la conducta sancionada tienen un alcance nacional.

Con todo lo expresado previamente es importante hacer notar que si el punto de partida de muchos de los argumentos y análisis de los recurrentes es aferrarse por simple conveniencia a la idea terca y caprichosa de que el mercado es regional, cuando en el presente caso de cartelización claramente no lo es, la consecuencia lógica es que las conclusiones que se derivan de esta premisa errada, son también, por completo equivocadas.

En este sentido, para este Despacho no es de recibo el argumento planteado por **HOLCIM**, pues partir de un presupuesto equivocado, como lo es afirmar que el mercado geográfico es regional, lo lleva a concluir erróneamente que el uso de un único precio nacional ex fábrica le resta validez a los análisis del paralelismo de precios efectuados por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Adicionalmente, **ARGOS** y **HOLCIM** se refirieron a los argumentos utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar el alcance geográfico del mercado afectado. Específicamente, señalaron que el Despacho: (i) concluyó que los costos de transporte son relevantes para entrar al mercado, pero no los tuvo en cuenta para determinar su alcance geográfico; (ii) no explicó por qué las condiciones de competencia son diferentes en las distintas regiones del país; (iii) desconoció que el mercado geográfico es la zona en la que las empresas afectadas desarrollan sus actividades económicas, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas; (iv) descartó el modelo de localización de Hotelling y no ofreció ningún modelo estadístico para sustentar su definición de mercado relevante; (v) no hizo referencia al análisis econométrico que relaciona los costos de transporte con la importancia relativa de la participación de **HOLCIM** en los diferentes mercados departamentales; y (vi) desconoció que otras autoridades han reconocido que el mercado del cemento es regional debido a los costos del transporte, como lo hizo la Comisión Europea al establecer el mercado geográfico del cemento gris por áreas circulares con un radio de 150 km y 250 km alrededor de cada planta de cemento.

En cuanto al no reconocimiento de la importancia de los costos de transporte para determinar el alcance geográfico del mercado y sí para entrar al mismo, para este Despacho resulta pertinente señalar, en primer lugar, que no es cierto que se haya desconocido este factor. Una lectura cuidadosa de la Resolución Sancionatoria permite advertir, que el Despacho tuvo en cuenta que,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

debido a los costos de transporte, las plantas de producción tienen una zona de influencia determinada principalmente por aquellas zonas cercanas a las mismas. Sin embargo, de la información aportada por las empresas investigadas, también pudo determinarse que **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, a pesar de las características orográficas del país y los costos de transporte implícitos en el precio de venta final, llegaron a zonas alejadas de sus plantas de producción. Por lo anterior, esta Entidad consideró que los altos costos de transporte, si bien determinan una zona de influencia, no limitan o hacen inviables los despachos y ventas de cemento gris Portland tipo 1 a zonas alejadas de las plantas de producción.

Ahora bien, respecto de la importancia dada a los costos de transporte para determinar el ingreso al mercado de un nuevo entrante, este Despacho considera relevante que se comprenda el objetivo del análisis de barreras de entrada realizado en la Resolución Sancionatoria, el cual incluyó un análisis de ventajas absolutas de costos, que hace referencia a otros factores que influyen en la decisión de un nuevo agente de ingresar o no al mercado, o la manera en que lo hará. Se ha señalado reiteradamente en la presente Resolución que, debido al tipo de conducta investigada no resulta necesario definir el mercado relevante. Sin embargo, se ha insistido en la importancia de caracterizar el mercado con el fin de comprender el funcionamiento del mismo. Así, el análisis de barreras de entrada se hizo con el objetivo de mostrar los factores que incidían en la decisión de un potencial competidor de entrar al mercado.

Mal hubiera hecho la Autoridad de Competencia si en la caracterización del mercado hubiera obviado un aspecto relevante en la determinación de ingresar al mismo, como lo es la importancia de los costos de transporte en la estructura de costos de una empresa tal y como insistentemente lo han indicado las empresas sancionadas a lo largo de la presente investigación. Así nuevamente se debe decir que no es cierto, como lo sugiere **ARGOS**, que el Despacho no haya reconocido la importancia de los costos de transporte en la determinación del alcance geográfico del mercado y que lo haya hecho exclusivamente para concluir que son importantes para la determinación de ingresar al mismo. En ningún momento, el Despacho concluyó que el alcance nacional del mercado se debía a la poca importancia de los costos de transporte en el precio final, lo que encontró, como ya se dijo, fue que, a pesar de la trascendencia de los fletes, implícitos en el precio final, las empresas investigadas encontraron viable llegar con su producto a lugares ostensiblemente lejanos a la zona de influencia de la planta de producción, lo cual indica el carácter nacional del mercado del cemento gris Portland tipo 1.

Frente a la supuesta falta de respuesta al argumento según el cual, las condiciones de competencia son diferentes en las distintas regiones del país, este Despacho advierte a los impugnantes que tanto en el Informe Motivado como en la Resolución Sancionatoria si se llevó a cabo, como se explicó anteriormente, un análisis de las condiciones de competencia, tales como la ubicación de los participantes, los departamentos en los que tuvieron presencia, las cuotas de participación, el nivel de concentración, entre otras. Sin embargo, el hecho de que **HOLCIM** considere que el alcance geográfico del mercado deba estar definido por factores como tener los mismos precios de los productos o la coincidencia exacta de los oferentes del mercado en todas los departamentos o regiones del país, no implica que el ejercicio que debe realizar la Autoridad de Competencia tenga que hacerse con base en dichos criterios.

Como se ha explicado insistentemente, no es necesario llevar a cabo la definición de mercado geográfico, por lo que resulta irrelevante el hecho de que, según **HOLCIM**, las condiciones de competencia sean diferentes en las distintas regiones del país. Como ya fue explicado, en los casos de cartelización empresarial la determinación del alcance geográfico de un mercado está dada por el alcance de la conducta investigada, por lo que no puede supeditarse a que los precios de los productos sean iguales en todos los lugares donde se venden, y mucho menos a que en todos y cada uno de los departamentos y/o regiones del país estén presentes la totalidad de los oferentes del mercado.

HOLCIM indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció la definición del mercado geográfico como aquella zona en la que las empresas afectadas desarrollan sus actividades económicas, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas.

Sorprende tal afirmación de **HOLCIM**, pues como se expuso anteriormente, en la Resolución Sancionatoria la Superintendencia indicó expresa y claramente que en el presente caso no era necesario llevar a cabo una definición del mercado relevante, incluso citando muchos precedentes

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

de la propia Superintendencia en el mismo sentido. El hecho de que **HOLCIM** insista, claramente de manera equivocada, que debe realizarse un ejercicio de definición de mercado geográfico no implica que la Superintendencia de Industria y Comercio esté obligada a hacerlo o deba realizarlo, pues la Entidad ha sido clara al indicar que en los casos de cartelización empresarial el alcance del mercado está dado precisamente por el alcance de la conducta, o lo que es lo mismo, por el propio cartel. Así, si en gracia de discusión se aceptara la existencia de distintas zonas determinadas por la heterogeneidad de las condiciones de competencia, lo cierto es que como se evidenció en la Resolución Sancionatoria, el acuerdo de precios sancionado se llevó a cabo a nivel nacional, lo cual resulta suficiente para la Superintendencia de Industria y Comercio para determinar el alcance de la conducta sancionada como nacional.

No obstante lo anterior, con el fin de comprender el mercado afectado, se realizó una descripción o caracterización del mercado de cemento gris Portland tipo 1, en la que se incluyeron diferentes factores, como la sustituibilidad del producto, el alcance geográfico del mercado, su tamaño y nivel de concentración y barreras a la entrada. Por lo tanto, no resulta cierto que el Despacho no haya tenido en cuenta las condiciones de competencia del mercado de cemento gris Portland tipo 1, pues como se desprende de lo anterior, en la caracterización del mercado se estudiaron diferentes factores de competencia.

Por otro lado, **HOLCIM** afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio descartó el modelo de localización de Hotelling y no ofreció ningún modelo estadístico para sustentar su definición de mercado relevante. Adicionalmente, indicó que la Entidad no hizo ninguna referencia al análisis econométrico que relaciona los costos de transporte con la importancia relativa de la participación de **HOLCIM** en los diferentes mercados departamentales.

Al respecto cabe señalarse que, a lo largo de la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio explicó que el alcance del mercado es determinado por el alcance de la conducta, por tal razón, resulta intrascendente acudir a modelos teóricos y ejercicios econométricos para definir el alcance del mercado geográfico.

La Superintendencia de Industria y Comercio descartó el uso del modelo de localización de Hotelling, al concluir que, entre otras razones presentadas en la Resolución Sancionatoria, *"presenta fuertes limitaciones en aquellas situaciones en las cuales las empresas se encuentran muy cerca la una de la otra, permitiendo incluso la presencia de dinámicas endógenas que indeterminan los resultados, que comúnmente se reconocen del modelo en mención y que sin salvedad alguna son presentadas por **HOLCIM** en las observaciones al Informe Motivado"*. A partir de lo anterior, quedó demostrada la imperinencia técnica del modelo en mención, por no ser aplicable al presente caso. En todo caso, vale la pena aclarar que descartar dicho modelo no le imponía la carga al Despacho de utilizar un modelo estadístico alternativo para sustentar la supuesta definición de mercado relevante, ya que como se ha expuesto ampliamente, dicho ejercicio no es pertinente para los casos de cartelización empresarial, como reiteradamente se ha indicado.

En cuanto al argumento relacionado con el desconocimiento de las áreas señaladas por otras autoridades de competencia para establecer el mercado relevante geográfico, específicamente el radio de 150 km y 250 km alrededor de cada planta de cemento determinado por la Comisión Europea, este Despacho considera que dicho argumento tampoco tiene fundamento, por ser claramente imperinente. En efecto, la decisión citada por **HOLCIM** y cuya aplicación pretende sin mayor análisis, fue adoptada por la Comisión Europea en el trámite de autorización de la integración empresarial entre **HOLCIM LTD** y **LAFARGE S.A.**²⁵.

Así pues, pretende el recurrente trasladar a una investigación de carteles empresariales, un análisis realizado en un trámite de integraciones empresariales, que como se enfatizó en la Resolución Sancionatoria, se trata de dos actuaciones con características y alcances total y diametralmente diferentes, pues se insiste otra vez, en investigaciones sobre carteles empresariales el alcance del mercado afectado está determinado por la misma conducta, es decir, por el cartel mismo.

En segundo lugar, **ARGOS** presentó los siguientes argumentos respecto del análisis de barreras a la entrada realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio: (i) la Resolución Sancionatoria no expresó qué relevancia tiene la descripción detallada de las barreras de entrada frente al paralelismo consciente de precios que se atribuye; (ii) las barreras de entrada no dependen

²⁵ Comisión Europea. Caso No. M. 7252 – **HOLCIM/LAFARGE**, 2014, consultado el 6 de marzo de 2018 y disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7252_20141215_20212_4125522_EN.pdf

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

de la compañía ni de los demás agentes: (iii) las barreras institucionales no son atribuibles a ARGOS, pero tampoco son ciertas porque, por ejemplo, un importador de clínker no requiere permisos y licencias para explotación de canteras, (iv) la inversión en diferenciación de producto y reconocimiento de marca no pueden ser consideradas como barreras estructurales, son solo una estrategia de ARGOS sin la cual los demás agentes han podido sobrevivir; (v) la existencia de capacidad ociosa no da cuenta de un acuerdo de precios, y (vi) ARGOS no tiene la carga de explicar cuál debería ser el ejercicio adecuado para calcular la capacidad real de sus plantas pues es la Superintendencia de Industria y Comercio quien tiene la carga de la prueba.

Al respecto, este Despacho considera oportuno puntualizar que en la caracterización del mercado del cemento gris Portland tipo 1, era importante, por razones de alcance e integralidad, considerar los diferentes aspectos particulares que determinan dicho mercado, entre los que por supuesto está, el análisis de barreras de entrada. Pareciera que en este punto, ARGOS se doliera de que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiere realizado un análisis completo de las barreras de entrada existentes en el mercado afectado. Se equivoca también ARGOS al sugerir que el análisis adelantado en la Resolución Sancionatoria en este punto en concreto, tuviera como finalidad o se hubiera utilizado para imputarle algún grado de responsabilidad a los sancionados, derivada de la existencia de tales barreras de entrada, y a que dichas condiciones fueran responsabilidad de alguno de los participantes del mercado. Así, cuando la Superintendencia de Industria y Comercio analizó el tamaño del mercado, la concentración del mismo o las barreras a la entrada, lo hizo con el ánimo de mostrar bajo qué condiciones de competencia se encontraba el mercado de cemento gris Portland tipo 1 antes, durante y después del periodo investigado.

Concretamente y en relación con las barreras institucionales mencionadas en la Resolución Sancionatoria, ARGOS manifestó que no son ciertas, dado que existe la posibilidad de ingresar al mercado a través de la importación de clínker. En relación con este argumento, el Despacho debe diferenciar dos situaciones frente a la existencia de estas barreras institucionales. En efecto, lo que se indicó en la Resolución Sancionatoria, que valga decir no ha sido desvirtuado por los recurrentes, es que quien pretenda producir cemento con clínker nacional, debe cumplir con evidentes barreras legales relacionadas con permisos y licencias, las cuales pueden retrasar el ingreso de un potencial entrante al mercado de cemento gris Portland tipo 1, lo cual se insiste es así y está plenamente demostrado en el Expediente. Ahora bien, la posibilidad de ingresar al mercado a través de la importación de clínker, que efectivamente si existe, no descarta de la existencia de una barrera institucional para todo aquel que quiera abastecerse de este insumo sin acudir a las importaciones. En cualquier caso, llama la atención que no exista en el mercado una empresa importadora neta de clínker cuya participación sea significativa en el mercado (y mucho menos durante el periodo investigado 2010 – 2012), con lo cual, las conclusiones de la Resolución Sancionatoria en relación con estas barreras no sufren ninguna modificación.

De otra parte, ARGOS señaló que la inversión en diferenciación de producto y reconocimiento de marca es solo una estrategia de esta empresa, sin la cual los demás agentes han podido sobrevivir, y por tal razón no puede considerarse como una barrera estructural. Al respecto este Despacho considera importante advertirle a ARGOS que: (i) contrario a lo que afirma, no es el único agente que ha realizado dichas estrategias de diferenciación de producto y reconocimiento de marca; y (ii) el análisis de barreras de entrada hace referencia a todos aquellos factores que impiden, dificultan o retrasan considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. En este sentido, las barreras a la entrada no son necesariamente condiciones que imposibilitan la entrada o la participación de un competidor a un mercado, sino que corresponden a elementos o condiciones que de alguna forma condicionan la decisión de un agente de participar en un determinado mercado.

Frente al hecho de que ARGOS no es el único agente que ha realizado estrategias de diferenciación de producto, es importante advertir que tanto ARGOS como CEMEX, los principales agentes del mercado afectado por la conducta sancionada, señalaron en sus observaciones al Informe Motivado que tenían estrategias destinadas a diferenciar, frente a sus competidores, un producto con alto grado de homogeneidad como lo es el cemento gris Portland tipo 1. Por tal razón, no es cierto que ARGOS sea el único agente que implementó una estrategia comercial tendiente a diferenciar el producto. Además, todas las empresas tienen sus marcas y procuran posicionarlas en el mercado, seguramente, a través de diferentes estrategias.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En cuanto al segundo argumento, esta Superintendencia considera que las inversiones que han realizado **ARGOS** y **CEMEX** para diferenciar su producto, en efecto, son un factor que un nuevo entrante, que pretenda diferenciar su producto de alguna forma, debe tener en cuenta a la hora de decidir si participa o no en el mercado de cemento gris Portland tipo 1. Con la anterior afirmación, la Superintendencia de Industria y Comercio no dijo que sin llevar a cabo dichas inversiones era imposible ingresar al mercado señalado, sino que para diferenciar su producto de aquel que ya está en el mercado, un competidor potencial tendría que incurrir en inversiones adicionales a la inversión inicial. Así, este Despacho considera que el argumento presentado por **ARGOS** frente a este punto carece de toda validez, pues el hecho de que algunos competidores no hayan realizado las mismas estrategias de diferenciación de producto y reconocimiento de marca que ha realizado **ARGOS**, no implica inequívocamente que las inversiones efectuadas en este aspecto no incidan en la decisión de un nuevo agente de ingresar a un mercado, o que otros competidores, no hayan también ejecutado estrategias para posicionar sus signos distintivos en el mercado.

Ahora bien, frente al argumento de **ARGOS** según el cual la existencia de capacidad ociosa no da cuenta de un acuerdo de precios, este Despacho advierte que **ARGOS** está intentando controvertir una afirmación de la Superintendencia de Industria y Comercio con un argumento totalmente impertinente, por cuanto en ningún aparte de la Resolución Sancionatoria se dijo que la existencia de capacidad ociosa diera cuenta del acuerdo de precios. Se insiste que, de la simple lectura de la Resolución Sancionatoria, se advierte que el examen que allí realizó la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la capacidad ociosa hace parte del análisis sobre las barreras a la entrada. Lo anterior, debido a que la capacidad ociosa puede desincentivar la entrada de nuevos participantes, ya que, si es alta, los agentes incumbentes o ya participantes en el mercado estarían en la capacidad de cubrir los posibles aumentos en la demanda. Sobre esta conclusión y su fundamentación, **ARGOS** no presentó ningún argumento relevante, ya que se concentró en decir que esto no daba cuenta del acuerdo de precios, cuando la Resolución Sancionatoria nunca dijo lo que pretenden negar, como si se estuvieran refiriendo a una decisión distinta de la Autoridad de Competencia. En fin, es indudable que la existencia de capacidad ociosa de los incumbentes constituye un elemento que desincentiva la entrada de nuevos jugadores.

Cabe aclarar que lo que se indicó en la citada Resolución fue que, si bien durante el período investigado la capacidad ociosa fue limitada, esta, en conjunto con las demás condiciones identificadas, se constituía en un factor disuasorio para nuevos entrantes. En este sentido, para el Despacho no resulta cierto el argumento planteado por **ARGOS**, pues como se vio, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó el análisis de barreras a la entrada, donde incluyó la capacidad ociosa, como parte de la caracterización del mercado y no con el fin de probar la existencia del cartel de precios sancionado.

Finalmente, sobre quién tiene la carga de explicar cuál es el ejercicio adecuado para calcular la capacidad real de las plantas de **ARGOS**, la empresa sancionada señaló que es la Superintendencia de Industria y Comercio quien tiene dicha carga. Al respecto, debe decirse que resulta francamente sorprendente, por decir lo menos, un argumento de **ARGOS** en tal sentido, cuando durante el curso de la investigación se realizaron diferentes requerimientos para que **ARGOS** aportara la información relacionada con la capacidad real de sus plantas, frente a los cuales respondió de manera reiterada que no disponía de la información necesaria para realizar el cálculo sobre los datos solicitados. No obstante lo anterior, ante los cálculos realizados en el Informe Motivado, llama la atención de este Despacho que **ARGOS** hubiese afirmado que los ejercicios realizados se consideraban errados y sobreestimados y presentaban desviaciones relevantes. En este punto vale preguntarse cómo podría haberse descalificado el ejercicio adelantado por la Delegatura y haberlo tildado de sobreestimado, si supuestamente **ARGOS** no disponía, como se lo afirmó a la Autoridad, de información para atender a los requerimientos que la Superintendencia de Industria y Comercio había realizado.

Adicionalmente, insiste el Despacho en recordarle a **ARGOS** que no es deber de la Superintendencia de Industria y Comercio conocer todas y cada una de las variables relevantes de un mercado, y que es por ese mismo hecho y con fundamento en la ley, que esta Entidad avanza permanentemente en el transcurso de una investigación administrativa en la realización de requerimientos de información que le permitan conocer y entender el mercado sobre el cual versa la respectiva investigación. Por lo anterior, no es de recibo el argumento presentado por **ARGOS** según el cual, la Superintendencia de Industria y Comercio tendría la carga de probar cuál es el ejercicio adecuado para calcular la capacidad real de las plantas de producción, pues contrario a lo afirmado, es precisamente la empresa investigada —a quien la Entidad le solicitó directamente la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adaptan otras disposiciones"

información— quien deberla hacerlo. En el presente caso, ARGOS simplemente optó por no remitir e a la autoridad la información que se le había solicitado, en un proceder a todas luces reprochable, como otros tantos a lo largo de la actuación administrativa.

En la lógica de ARGOS entonces, a la Superintendencia de Industria y Comercio le sería imputable responsabilidad cuando, como sucedió en este caso, una empresa decide ocultarle información a la Autoridad de Competencia, o no se la suministra o simplemente se la remite mutilada, incompleta o incorrecta. Acoger esta tesis conllevaría la validación del argumento según el cual la mala fe procesal sería la estrategia correcta en las actuaciones administrativas, cuando en realidad debe suceder todo lo contrario.

4.2.2. Argumentos relacionados con los marcadores de Posner

La Resolución Sancionatoria procedió a evaluar, como parte de la caracterización del mercado afectado por la conducta sancionada, un conjunto de evidencias económicas sobre la estructura del mercado, descritas por Richard Posner en el libro *Antitrust Law*²⁶, que permiten evaluar qué tan probable es que exista un cartel empresarial en dicho mercado y que constituyen una herramienta útil para adelantar la labor de caracterización de mercado.

En este punto es importante recalcar, tal y como se afirmó en la Resolución Sancionatoria y ahora en este acto administrativo, que el análisis sobre los marcadores de Posner nunca fue tenido en cuenta en la Resolución Sancionatoria como una prueba de la existencia del cartel empresarial, pues se insiste, su alcance no fue mayor al de describir y contextualizar sobre características inherentes del mercado, que valga decirlo, lo hacen más propenso al surgimiento de un acuerdo anticompetitivo.

Al realizar el análisis de los marcadores de Posner, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que en el mercado de cemento gris Portland tipo 1 se cumplieron 12 de los 15 marcadores aplicables al caso, que representan cerca del 75% de los mismos, y que se resumen en la tabla a continuación. Por lo anterior, fue posible reconocer al mercado del cemento como altamente expuesto a la cartelización.

Tabla No. 1. Resumen del Análisis de Evidencias Económicas de Posner para el mercado de cemento gris Portland tipo 1 en Colombia

DESCRIPCIÓN	SE CUMPLE	NO SE CUMPLE	NO APLICA
Mercado concentrado por el lado de la oferta	X		
Ausencia de pequeñas firmas	X		
Demanda inelástica en el precio de competencia	X		
Entrar al mercado toma un tiempo considerable		X	
Damanda del mercado desconcentrada	X		
Productos homogéneos	X		
Productos no durables	X		
Las firmas principales venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución	X		
La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia	X		
Alta proporción de costos fijos frente a costos variables	X		
Estructuras de costos y procesos de producción similares		X	
Demanda estática o decreciente en el tiempo		X	
Los precios pueden cambiarse rápidamente	X		

²⁶ Posner, R. "Antitrust Law". The University of Chicago Press, Segunda Edición. Capítulo 3. Colusión. 2001. Pág. 79.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

DESCRIPCIÓN	SE CUMPLE	NO SE CUMPLE	NO APLICA
Existencia de subastas a sobre cerrado			X
El mercado es local		X	
Existencia de prácticas cooperativas	X		
Antecedentes de la industria en libre competencia	X		
TOTAL	12	4	0

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

Es importante insistir en que este resultado sólo fue considerado como una aproximación a las características inherentes del mercado, sin que esto indique, de ninguna manera, que el ejercicio constituyó la prueba de la existencia de la conducta colusoria o del cartel empresarial sancionado. No obstante lo anterior, los sancionados presentaron algunos argumentos frente a la aplicación del ejercicio descrito y, en particular, frente a las conclusiones obtenidas en el análisis de algunos de los marcadores, manifestando que la presencia o verificación de determinado marcador no podía tenerse como prueba del acuerdo anticompetitivo. Nuevamente, se trata de un argumento falaz e impertinente, en la medida en que la Superintendencia de Industria y Comercio nunca dijo que la verificación de determinado marcador o incluso de los 12 presentes, constituyera la prueba del cartel sancionado. Lo que muestran los marcadores es la existencia de un mercado con altas probabilidades de cartelización, de propensión a la cartelización, en donde la posibilidad de existencia de un cartel es mayor, pero no es la prueba de su existencia, en estricto sentido.

En primer lugar, ARGOS manifestó que afirmar que los marcadores de Posner permiten concluir que tan propenso es un mercado a la formación de un cartel es contrario al principio de presunción de inocencia. En este mismo sentido, HOLCIM indicó que los marcadores de Posner no servían para deducir nada en el presente caso, pues no existen factores plus contra HOLCIM referentes al intercambio de información. Frente a este punto, nuevamente el Despacho insiste sobre el carácter falaz e impertinente del argumento de ARGOS, por cuanto se reitera que de ninguna manera la Resolución Sancionatoria analizó los marcadores de Posner como soporte o prueba de la existencia del acuerdo anticompetitivo, sino que, por el contrario, y tal y como lo señala expresamente en la Resolución Sancionatoria: *"sólo puede ser considerado como una aproximación a las características inherentes del mercado que le permitió al Despacho reconocer al mercado del cemento gris Portland tipo 1 como uno altamente expuesto a la colusión o cartelización, sin que esto indique de ninguna manera que la observación de estas características constituye la prueba de la existencia de la conducta colusoria o del cartel empresarial objeto de la investigación"*²⁷. En este sentido, resulta bastante desleal, desde la doctrina de la lealtad procesal, que ARGOS, como empresa investigada, tergiversa y desnaturalice lo que con tanto cuidado ha escrito esta Superintendencia respecto del análisis efectuado de cara a los marcadores de Posner.

De lo anterior es más que claro que, con el análisis sobre la verificación de los marcadores de Posner, el Despacho no le atribuyó inocencia o culpabilidad alguna a los investigados respecto de la práctica anticompetitiva sujeta al análisis en la Resolución Sancionatoria, por cuanto el único objetivo del ejercicio era reconocer el entorno económico en el que se desempeñaban las empresas investigadas. Así, mal haría la Superintendencia de Industria y Comercio en ignorar todas aquellas características de la estructura del mercado que está analizando, más aún cuando las mismas son reconocidas por las investigadas como inherentes al mismo. Nuevamente, pareciera como si los recurrentes no hubieran leído completamente la Resolución Sancionatoria o simplemente quisieran darle a su antojo y acomodo, un alcance claramente contrario al tenor literal de la misma, lo que se reitera, muestra una profunda tendencia a portarse de manera desleal en el debate argumentativo con la Autoridad.

Ahora bien, frente al marcador 1 de Posner (*"Mercado concentrado por el lado de la oferta"*) en donde el Despacho encontró una alta concentración por cuanto las tres (3) principales empresas tenían una participación conjunta de más del 96%, HOLCIM aclaró que esto corresponde a una característica inherente en el mercado y resaltó que HOLCIM no es de las empresas que tienen altas participaciones. En este punto, el Despacho concuerda con HOLCIM en que esta es una característica del mercado de cemento gris Portland tipo 1, de acuerdo con las mediciones

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017. Pág. 63.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

realizadas en la Resolución Sancionatoria sobre la concentración del mercado. De otro lado, debe aclararse que el hecho de que **HOLCIM** no tenga una participación alta en el mercado en comparación con **ARGOS** y **CEMEX**, no se constituye como un argumento que invalide la existencia del marcador 1 de **Posner**, reiterando que, en cualquier caso, este marcador no califica el comportamiento de un solo agente sino que describe la situación de concentración del mercado en general, pues debe recordarse, una vez más, que se trata de un análisis sobre la caracterización del mercado del cemento gris Portland tipo 1.

Por otro lado, **ARGOS** y **HOLCIM** afirmaron que no es cierto que el marcador 2 de **Posner** ("Ausencia de pequeñas firmas") se cumpla, porque la Superintendencia de Industria y Comercio en el mismo análisis del marcador identificó la presencia de firmas más pequeñas que las investigadas durante el periodo de análisis. En particular, **HOLCIM** resaltó que si el mercado hubiese sido definido como regional, se advertiría que las entrantes no son tan pequeñas como lo afirmó la Resolución Sancionatoria.

Al respecto, el Despacho extraña el completo análisis que debieron realizar las investigadas por cuanto, si bien el título del marcador es "Ausencia de pequeñas firmas", lo cierto es que la explicación que se dio en la Resolución Sancionatoria es clara en señalar que lo que el marcador pretende identificar, es un escenario en donde un número reducido de pequeños competidores facilita la coordinación para la formación de un cartel empresarial, respecto de situaciones en donde existe un número importante de pequeños jugadores, por cuanto los grandes jugadores incurrirían en altos costos de no decidir incluirlos en un acuerdo anticompetitivo.

En otras palabras, en mercados en donde existen pequeños jugadores que ejerzan una presión competitiva relativamente significativa a los grandes jugadores, formar un acuerdo entre los principales productores sería más difícil que en aquellos casos en donde enfrentan poca o nula presión competitiva, pues las decisiones de cartel empresarial podrían eventualmente ser disciplinadas o alteradas por quienes ejercen dicha presión y se encuentran fuera del acuerdo cartelista. En este sentido, la existencia de este marcador no es reflejo del desconocimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de la existencia de firmas como **TEQUENDAMA**, **SAN MARCOS**, **ORIENTE** y **ATLAS**, sino que por el contrario, el análisis realizado le permitió concluir, tal y como lo señaló en la Resolución Sancionatoria, que, dado que estos agentes contaban con una participación conjunta de apenas 4% en promedio, estas empresas en ningún caso representarían una presión competitiva para los miembros de un cartel empresarial.

Adicionalmente, y como se ha reiterado en numerosas ocasiones, dado que el alcance de la conducta es nacional y no regional, el argumento de **HOLCIM** parte, otra vez, de una premisa equivocada, como lo es afirmar que el mercado objeto de análisis de esta investigación es regional, motivo por el cual todo el argumento debe rechazarse.

Respecto del marcador 6 de **Posner** ("La demanda del mercado es desconcentrada"), el Despacho calculó el porcentaje de compras efectuadas por los 10 más grandes compradores sobre el total de compras efectuadas durante el periodo investigado para cada una de las sancionadas y encontró que la gran mayoría de las ventas de las empresas estaban dirigidas a una gran cantidad de pequeños clientes, con lo cual la demanda en el mercado era desconcentrada. Frente a este ejercicio, **ARGOS** indicó que, si bien esta es una característica de este mercado, lo cierto es que, por un lado, **ARGOS** no es responsable de esta circunstancia y que, por otro lado, los clientes sí contaban con poder de negociación por cuanto las investigadas fijaron precios distintos en cada transacción, tal y como lo reconoció la Superintendencia de Industria y Comercio al analizar el marcador 13 ("Los precios pueden cambiarse rápidamente").

En relación con la primera observación, el Despacho nuevamente debe anotar que en ningún aparte de la Resolución Sancionatoria se afirmó o sugirió que el hecho cierto de que la demanda fuera desconcentrada era responsabilidad o pudiera ser atribuible a **ARGOS**, razón por la cual no se entiende esta manifestación del recurrente, a todas luces fuera de lugar. Frente a la afirmación según la cual, precios distintos a diferentes clientes significan la existencia de poder de negociación de los mismos, el Despacho considera que, contrario a lo afirmado por **ARGOS**, esquemas de discriminación de precios, cuando la demanda es atomizada, reflejan el grado de poder de mercado que tienen las empresas y no sus clientes, toda vez que de acuerdo con teoría económica sobre discriminación de precios, esta "consiste en vender unidades idénticas de un producto a precios

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

distintos"²⁸ y "está presente cuando dos o más bienes similares se venden a precios que no guardan proporción a sus costos marginales"²⁹ lo cual constituye una estrategia de una empresa con poder de mercado para incrementar sus utilidades dependiendo del grado de información que tenga sobre la disposición a pagar de sus clientes. Así las cosas, el Despacho puede confirmar que la desconcentración de la demanda es una característica del mercado de cemento gris Portland tipo 1, por lo que el marcador 5 de Posner si se cumple en este mercado.

Por otro lado, respecto del marcador 8 de Posner ("Las principales empresas venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución"), la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que se cumple dado que las empresas sancionadas contaban con precios ex fábrica del cemento gris Portland tipo 1, con lo cual era relativamente fácil crear un esquema de monitoreo de la actividad en el eslabón de venta a punto de fábrica del producto. Al respecto, HOLCIM aclaró que controla una empresa transportadora denominada TRANSCEM y que CEMEX tiene un esquema de comercialización con ferreterías denominado CONSTRURAMA, con lo cual no es cierto que las empresas no estén integradas verticalmente y participen en los mismos eslabones de la cadena de producción.

En este punto, como fue explicado en la Resolución Sancionatoria, el marcador consiste en que "cuando las firmas están verticalmente integradas es más difícil diferenciar qué parte del precio corresponde al mayorista (wholesale) y qué parte del precio al minorista (retail). Esto es, entre más eslabones de la cadena estén involucrados en el acuerdo, y estos sean asimétricos para las firmas cartelizadas, es más difícil monitorear el cumplimiento del mismo, pues los precios observados al público incorporaran distintos márgenes de utilidad de las compañías"³⁰ En este sentido, el hecho de que sea posible identificar la serie de precios ex fábrica de las investigadas en la venta de cemento gris Portland tipo 1 hace posible que se eliminen todas aquellas distorsiones a los precios, producto de márgenes tanto en los costos de transporte del producto hacia el destino final como de los que se hubiesen podido presentar en la comercialización del producto a consumidores finales.

Así, el análisis realizado por el Despacho para determinar que este marcador se cumple no desconoció en ningún momento la existencia de las empresas aguas abajo mencionadas por los recurrentes, sino que pudo identificar una variable, los precios ex fábrica, sobre la cual la existencia de tales integraciones verticales no tuviera repercusión alguna sobre el monitoreo de un posible acuerdo en el mercado de cemento gris Portland tipo 1.

Frente al Marcador 9 de Posner ("La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia"), el Despacho analizó en la Resolución Sancionatoria características tales como la inelasticidad precio de la demanda y la homogeneidad del cemento gris Portland tipo 1 que en conjunto con una presentación en PowerPoint de ARGOS le permitieron concluir que, en efecto, la competencia en precios es la más importante para los agentes en este mercado.

Al respecto, ARGOS señaló que la competencia en precios no es más importante que otras formas de competencia, por cuanto su estrategia de aumento en la percepción de valor y diferenciación de producto, que se ve reflejada en el documento "Presentación de PowerPoint de ARGOS Junta Abril v1".³¹ le permitió cobrar una prima de precios que da cuenta de que su forma de competir no corresponde únicamente a precios.

²⁸ Nicholson, W. "Teoría Microeconómica: Principios Básicos y Ampliaciones". Cengage Learning. Novena Edición. Capítulo 13. 2005. Pág. 397

²⁹ Stigler, G. "A Theory of Price". MacMillan. 1987.

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017. Pág. 59

³¹ Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 1. Presentación de PowerPoint de ARGOS "Junta Abril v1"

Escenarios de mercado 2014: nuevos entrantes			
Escenario	1	2	3
Descripción	Defender la participación de mercado bajando precios	Actuar pasivamente ante la competencia	Aumentar la percepción de valor de Argos + fuerte marketing
Efecto	<ul style="list-style-type: none"> Pérdida de valor de la categoría Reunión de todos los jugadores Precio por volumen Buen lugar para negociaciones 2015 	<ul style="list-style-type: none"> Pérdida de volumen concentrada en zona norte 	<ul style="list-style-type: none"> Precio sostenido Pérdida de PDM en norte mitigada por el sostenido de volumen
Crecimiento mercado		+3%	
Precio	-45%	0%	0%
Volumen Argos (ton)	213.000	304.350	150.000
POV	47%	46%	48%
Variación en Ingresos (\$ mil)	396.000	-163.000	106.000

NOTA: Cálculos realizados a partir de supuestos de crecimiento de la demanda de 3%, los nuevos entrantes colocados a \$10.000/tn y Argos absorbiendo la diferencia entre el crecimiento del mercado y las ventas de los nuevos entrantes en un 50%, en un 10% por su calidad.

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente¹²

Sobre este argumento, y dado que las mismas ARGOS, CEMEX y HOLCIM afirmaron en sus observaciones al Informe Motivado que el cemento gris Portland tipo 1 es un bien homogéneo por sus características físico-químicas y que su demanda es inelástica al precio del mismo, es evidente que una guerra de precios sería perjudicial para ellos y por tanto que busquen evitarla a toda costa. Con esto es claro que el precio es la variable más importante para las empresas.

Lo anterior se explicó en la Resolución Sancionatoria, al indicar que la inelasticidad de la demanda implica que "un aumento en los niveles de precios hace que las ventas bajen menos que proporcionalmente por lo que, en el neto, estrategias de aumento en los precios resultarían en una ganancia de ingresos para las empresas () [esto sumado a que, cuando los bienes son homogéneos, como en el presente caso, una disminución en los precios puede conducir a una guerra de precios que resultaría en beneficios nulos o muy bajos para las empresas, por lo que, una estrategia de fijación de precios que permita evitar estas guerras puede ser fundamental para una empresa cuyo objetivo sea el de maximizar sus utilidades."

Ahora bien, en cuanto a la existencia de estrategias de aumento en la percepción de valor de ARGOS en el documento "Presentación de PowerPoint de ARGOS Junta Abril v1", el Despacho considera pertinente aclarar que en ningún momento señaló que no existieran otras formas de competencia en el mercado de cemento gris Portland tipo 1 diferentes a la competencia en precios, sino que, existiendo otras formas de competencia tales como la percepción de valor, el posicionamiento de marca y la diferenciación del producto, el documento es un reflejo de que el escenario más riesgoso (sin ser el único) frente a la amenaza de entrada de nuevos competidores, es el de competir vía precios. Todo lo anterior le permitió al Despacho concluir que la variable precios es la variable de competencia más importante para las firmas investigadas.

En relación con el mismo marcador HOLCIM manifestó que "Según la Resolución no existió competencia en precios, porque todos subieron precios, siendo este factor fundamental en la competencia en este mercado".

Al respecto, el Despacho llama la atención nuevamente sobre el hecho de que los investigados presentan argumentos falaces que parten de afirmaciones nunca realizadas en la Resolución

¹² IMG_PST_DOCS_ADRIANA_RODRIGUEZ adriana.physical@univco.com Partition 2 [228992MB]. Datos [NTFS]:root\Users\rodri_guezu\Documents\Archivos de Outlook\2014.pst\2014\Principio del archivo de datos de Outlook\Enviar\Junta Abril v1.ppt\Junta Abril v1.ppt

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Sancionatoria. En efecto, nunca se afirmó lo señalado por el recurrente, ni en ningún momento se realizaron afirmaciones que indicaran, o permitieran interpretar, que la razón por la cual el marcador se cumple fuere que todos los investigados hayan tenido alzas en sus precios.

En segundo lugar, **HOLCIM** argumentó que el marcador no se presentaba porque de acuerdo con algunos testimonios, una diferencia de \$ 500 podía generar desplazamiento en los clientes, frente a lo cual manifestó que está probado en el Expediente que tuvo diferencias en el precio del bulto de cemento de hasta \$ 800 en relación con los precios de **ARGOS** y **CEMEX**, por lo que no entiende la razón por la cual no se exoneró de responsabilidad a **HOLCIM** como si se hizo con **TEQUENDAMA**.

Lo primero que debe indicar el Despacho frente a este argumento es que lejos de contravenir la conclusión de esta Superintendencia sobre la verificación del marcador 9 de **Posner** ("*La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia*"), lo que en realidad hace es confirmarlo, pues claramente muestra que la competencia por precios sí es lo más importante. Ahora bien en relación con la comparación hecha con **TEQUENDAMA**, debe el Despacho remitir a **HOLCIM** nuevamente a la Resolución Sancionatoria, en la que se explicaron las razones por las cuales fue exonerada de responsabilidad **TEQUENDAMA**, y en donde se advierte con claridad que no son las aducidas por **HOLCIM**.

Frente al marcador 10 de **Posner** ("*Alta proporción de costos fijos frente a costos variables*"), **ARGOS** sostuvo que es inadmisible que esta característica inherente del mercado constituya una situación que incentiva a las empresas a cartelizarse.

Frente a este argumento, el Despacho considera re evante reiterar que la importancia del marcador está dada no solo por su título sino también por la explicación brindada en relación con su alcance en la Resolución Sancionatoria, en donde el Despacho estableció que en mercados con alta proporción de costos fijos frente a costos variables, una competencia excesiva en el mercado tendrá como resultado niveles de precios bajos que pueden tener como consecuencia que las empresas no logren cubrir sus costos totales, llevándolas en algunas situaciones a un quiebre financiero insostenible. En este sentido, es claro que el hecho de que exista un riesgo de no cubrir los costos fijos con los precios a niveles competitivos (sin que el Despacho haya afirmado que éste sea el caso de **ARGOS**), constituye un incentivo para las firmas de obtener precios supra competitivos, ya sea de forma unilateral o coordinada.

De acuerdo con los argumentos presentados por **HOLCIM** respecto del marcador 13 de **Posner** ("*Los precios pueden cambiarse rápidamente*"), la investigada manifestó no entender cómo el hecho de que los precios puedan cambiar rápidamente fuera una evidencia de un acuerdo y señaló que, por el contrario, dicha característica puede ser evidencia de que lo que sucede es que los agentes del mercado toman decisiones naturalmente ante la existencia de información que les permite reaccionar frente a sus competidores.

Al respecto, reitera este Despacho que en ningún momento se indicó en la Resolución Sancionatoria que la existencia o no de alguno de los marcadores de **Posner** fuera evidencia de la existencia de un acuerdo colusorio, sino que se constituía como un análisis de evidencias económicas que permitía caracterizar la actividad y el entorno de las investigadas. Por lo anterior, el argumento presentado por **HOLCIM** frente a este punto no es válido.

Respecto del marcador 15 de **Posner** ("*El mercado es local*"), frente al cual el Despacho concluyó que no se cumplía en el presente caso, **HOLCIM** señaló que la afirmación de la Superintendencia de Industria y Comercio de que este marcador no se presenta es errónea, pues se trata de varios mercados regionales y no de uno nacional. Frente a este punto, el Despacho reafirma que, dado que el punto de partida del análisis de **HOLCIM** en el recurso de reposición es realizar una definición de mercado re evante geográfica en donde obtiene como resultado mercados locales, y que como se demostró anteriormente, este análisis no es válido, su argumento frente a este marcador tampoco puede serlo. Como se indicó anteriormente, el mercado afectado por la conducta sancionada fue todo el territorio nacional y por tanto, un análisis acorde con tal conclusión permitiría confirmar el no cumplimiento de este marcador en el presente caso.

En conclusión, la Superintendencia de Industria y Comercio, después de analizar los argumentos presentados por los sancionados, puede confirmar que el ejercicio sobre la aplicación de los marcadores de **Posner** es adecuado para poner de presente algunas características inherentes del

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

mercado y que si su alcance no se desnaturaliza de la forma en que pretenden hacerlo los sancionados, la confirmación de la existencia de 12 de 16 marcadores permite concluir que el mercado de cemento gris Portland tipo 1 en Colombia se encuentra altamente expuesto a la cartelización o colusión.

4.2.3. Argumentos relacionados con las brechas entre los precios y los costos y las comparaciones de precios con otros países

Como parte de la caracterización del mercado afectado por la conducta sancionada, el Despacho presentó dos ejercicios adicionales. El primero de ellos, correspondió a un análisis sobre la magnitud de la brecha entre los precios de cada una de las sancionadas y el costo por unidad de cemento gris Portland tipo 1 que las mismas enfrentaban. Para tal fin, presentó una gráfica³³ con la evolución de las brechas relativas entre precio y costo unitario por empresa durante el periodo investigado, en la cual fue posible observar la existencia de diferencias notorias entre los precios ex fábrica y el costo por unidad vendido para cada una de las empresas sancionadas.

El segundo ejercicio, consistió en realizar una comparación del precio corregido por poder de paridad de compra del cemento gris en seis (6) países de Latinoamérica a efectos de tener evidencia sobre la dinámica de los mismos, aislando los factores propios de capacidad de compra de cada país. El principal resultado obtenido a partir de la comparación fue que, si bien en Colombia los precios del cemento gris no eran los más altos de la región, sí eran los que experimentaban los mayores incrementos a lo largo del periodo investigado.

Ahora bien, los ejercicios descritos no representaron para la Superintendencia de Industria y Comercio ninguna prueba de la existencia o no de un acuerdo anticompetitivo en el mercado de cemento gris Portland tipo 1, pero sí resultaron ser útiles a efectos de entender su funcionamiento. Teniendo en cuenta lo anterior, los sancionados presentaron algunos argumentos al respecto.

ARGOS manifestó que la diferencia entre precios de venta y costos de producción no refleja la utilidad neta (que para el caso de **ARGOS** no era cierto que fuera del 60%), mucho menos el retorno sobre capital invertido y que no es posible hablar de precios supra competitivos por un simple análisis de diferencia entre los precios y los costos de producción desconociendo el nivel de intensidad del capital. En este mismo sentido, **HOLCIM** aseveró que no es cierto que sus márgenes de rentabilidad fueran de 63,9%, pues la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció los costos de producción, distribución, mercadeo y ventas, administración, gastos financieros, otros gastos diversos e impuesto de renta, y prefirió realizar un análisis elemental, según el cual la utilidad de una compañía es igual a ingresos menos costos de producción.

Al respecto, considera el Despacho importante resaltar que nuevamente los investigados parecen hacer referencia a una resolución diferente a la Resolución Sancionatoria, o que no leyeron o no entendieron lo allí señalado, por cuanto en ningún aparte de tal acto administrativo se mencionó o siquiera sugirió que el análisis sobre las brechas entre los precios ex fábrica y los costos unitarios de producción, correspondiera a márgenes de utilidad, utilidad neta y/o retorno al capital invertido, como erróneamente lo afirman los recurrentes. Por lo anterior, son claramente imperinentes los argumentos de **ARGOS** y **HOLCIM**, por cuanto las cifras que presentaron y las pruebas que anexaron respecto de sus utilidades netas y retorno al capital invertido en nada contradicen las altas brechas presentadas en la Resolución Sancionatoria que dan cuenta de niveles de precios ex fábrica muy superiores a los costos de producción del cemento gris Portland tipo 1.

Precisamente porque el análisis no incluyó costos como los de mercadeo y administración, entre otros, es que el Despacho reconoció que el ejercicio realizado no correspondía en ningún sentido a un análisis de rentabilidad. No obstante, es relevante mencionar que, contrario a lo indicado por **ARGOS**, dicho análisis sí tuvo en cuenta la intensidad de capital del mercado por cuanto los costos a los que se refiere el ejercicio tienen incluidos los altos costos de capital. Así las cosas, no entiende el Despacho el sentido de los argumentos presentados por **ARGOS** y **HOLCIM**, precisamente por hacer referencia se insiste, a un aspecto que ni siquiera fue mencionado en la Resolución Sancionatoria.

Frente al ejercicio de brechas entre precios y costos, y no de márgenes de rentabilidad como lo afirman las sancionadas, **ARGOS** agregó que en una industria tan intensiva en capital como la

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81381 de 2017. Gráfica 3. Pág. 64.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

comontera, es necesario que los márgenes de rentabilidad sean adecuados para remunerar las cuantiosas inversiones y que por ende, la brecha precio/costo descrita por la Superintendencia de Industria y Comercio podría presentarse en escenarios de competencia oligopolística.

De nuevo, el Despacho recuerda a ARGOS que dado que la Resolución Sancionatoria no desconoce el hecho de que existan márgenes de rentabilidad positivos en la industria cementera, el anterior argumento no aporta a la discusión que pretende invalidar ARGOS sobre la amplia brecha entre sus precios ex fábrica y sus costos de producción. Adicionalmente, se considera importante mencionar que con este ejercicio no se concluyó en ningún momento que no existiese competencia en el mercado, sino que su objetivo era llamar la atención sobre una característica comportamental presente en el mismo.

Por otro lado, ARGOS y HOLCIM indicaron que no entienden con qué propósito el Despacho comparó los precios del cemento en Colombia con los de otros países con información que no reposa en el Expediente, ni cómo llegó a conclusiones sobre circunstancias llamativas al respecto y sobre márgenes de rentabilidad en dichos países sin presentar un análisis de costos ni de comercialización de cemento en estos países.

En primer lugar, el Despacho considera importante aclarar a las empresas sancionadas que la información con la cual se elaboró la comparación de precios del cemento en Colombia y en otros países corresponde a fuentes públicas de fácil acceso que fueron explícitamente citadas en la Resolución Sancionatoria con el fin de facilitar su replicación. En segundo lugar, el ejercicio es simplemente una comparación de precios del cemento gris entre países, corregidos por poder de paridad de compra, que concluyó que Colombia es el país en el que se aprecian los mayores incrementos en precio durante el periodo 2010-2012, y a partir del cual no se llegó en ningún momento a conclusiones sobre márgenes de rentabilidad en otros países, como erróneamente lo presentan las sancionadas. Finalmente, es pertinente indicar que este, como muchos otros ejercicios presentados en la sección relativa a la caracterización del mercado afectado, nunca debió ni pudo ser entendido como prueba de la existencia de un acuerdo anticompetitivo, pues correspondió únicamente con una descripción del contexto del mercado en donde participaban las empresas sancionadas.

4.3. Argumentos relacionados con el paralelismo de precios

Posterior a la caracterización del mercado afectado por la conducta reprochada, el Despacho realizó diferentes ejercicios estadísticos que le permitieron concluir, sin lugar a ninguna duda, que en el mercado de cemento gris Portland tipo 1 los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de ARGOS, CEMEX y HOLCIM fueron paralelos entre enero de 2010 y diciembre de 2012.

Es importante recordar que, en relación con el paralelismo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha aclarado que para probar su existencia *"no se requiere una similitud o exactitud en los precios de los diferentes agentes, sino que basta que existan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo en lo que respecta a las cantidades y precios ofrecidos"*³⁴.

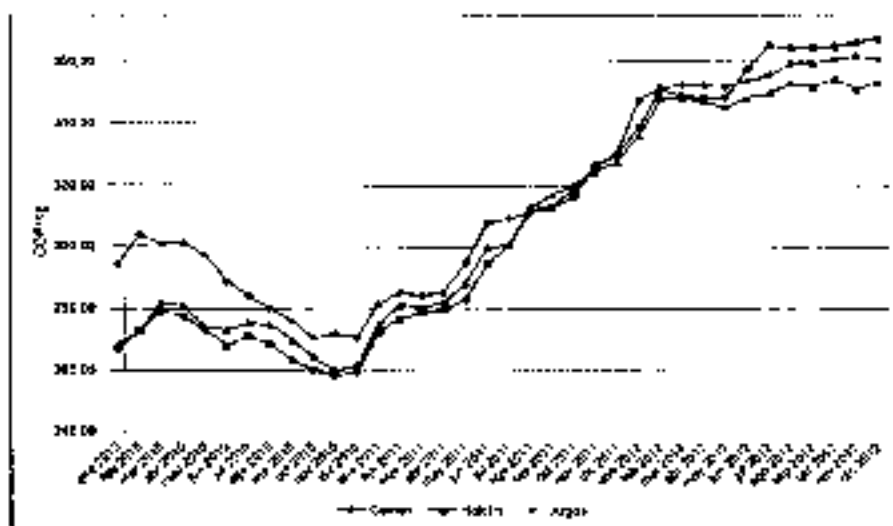
Teniendo en cuenta lo anterior, el primer ejercicio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio para aproximarse a la existencia del paralelismo en precios sancionado, fue un análisis gráfico de los precios ex fábrica promedio mensuales ponderados por el volumen de venta de las empresas sancionadas. Lo anterior, por cuanto se pudo demostrar que dicha variable resultaba ser la más apropiada estadísticamente para representar la dinámica de los precios en el mercado afectado.

La siguiente gráfica presenta los resultados obtenidos:

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 21E54 de 2008, 4945 de 2009 y 81391 de 2017

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Gráfica No. 1. Evolución de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Portland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012



Fuente: Folios 6261 Cuaderno Reservado No. 11 de HOLCIM, 6276 Cuaderno Reservado No. 5 de ARGOS y 6260 Cuaderno Reservado No. 2 de CEMEX del Expediente.

Como puede observarse, la Resolución Sancionatoria señaló que los precios ex fábrica promedio ponderados de ARGOS, CEMEX y HOLCIM muestran un patrón de comportamiento semejante, con una tendencia decreciente hasta finales de 2010, y creciente a partir de enero de 2011 y hasta el final del periodo investigado.

No obstante la dinámica de los precios en mención es claramente similar entre las empresas sancionadas, la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que el análisis gráfico era solo una de varias herramientas disponibles para evaluar la dinámica de tal variable y por tanto, complementó el análisis con otros ejercicios estadísticos.

Con el fin de evaluar el grado de asociación entre las series de precios, el Despacho calculó los coeficientes de correlación de Pearson entre los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Portland tipo 1 de las sancionadas entre enero de 2010 y diciembre de 2012, encontrando que, estadísticamente, la asociación entre las variables analizadas era significativa, directa y casi perfecta con coeficientes mayores a 0,97 en donde 1 representa una relación directa y perfecta entre las variables. Si bien el ejercicio descrito no permitió establecer una relación de causalidad entre las series de precio analizadas, si constituyó un claro argumento para evidenciar la sincronía entre la dinámica de las mismas.

Ahora bien, dado que las series de precios analizadas podían ser separadas en dos componentes (el tendencial, que recoge la evolución de largo plazo de las variables, y el cíclico, que presenta variaciones en el corto plazo propias de factores circunstanciales y decisiones de las empresas en periodos de tiempo limitados), el Despacho procedió a indagar la dinámica de cada uno de los componentes con el fin de entender de dónde provenía el paralelismo de precios hasta el momento acreditado.

Como resultado de la descomposición de las series de precios, utilizando el filtro de Hodrick y Prescott para separar ambos componentes, el Despacho encontró que los componentes cíclicos de los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de las sancionadas, que son los que mejor explican la interacción de los agentes económicos en cada momento del tiempo, también presentaron una dinámica sincronizada que dio cuenta nuevamente del paralelismo. La anterior conclusión se derivó tanto del análisis gráfico, como de las correlaciones de Pearson calculadas entre los componentes cíclicos obtenidos de la aplicación del filtro, cuyos resultados fueron nuevamente estadísticamente significativos y superiores a 0,9.

No obstante la Superintendencia de Industria y Comercio presentó en la Resolución Sancionatoria un conjunto de herramientas estadísticas cualitativas y cuantitativas que le permitieron hacer robusta la conclusión de que efectivamente existió paralelismo en precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM para el periodo enero de 2010 a

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

diciembre de 2012, las sancionadas presentaron algunos argumentos que pretendieron invalidar tal conclusión.

ARGOS aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio basó sus conclusiones sobre paralelismo en precios ex fábrica, pero que para el caso de **ARGOS** el cálculo correspondió al precio promedio facturado, por lo cual tales precios sí incluyen el flete.

Frente a este punto, el Despacho encuentra importante resaltar que el argumento en consideración hace parte de una contradicción que se evidencia a lo largo del recurso de reposición presentado por **ARGOS**. Lo anterior por cuanto, si bien afirma que el precio utilizado para el caso de **ARGOS** no era ex fábrica pues incluía el flete la sancionada, en la segunda página de su recurso de reposición, en donde presentaba supuestos errores estructurales de la Resolución Sancionatoria, aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio: "(...) realizó su análisis de comportamiento de los precios a partir de la construcción del promedio ponderado de precios ex fábrica, los cuales difieren sustancialmente de aquellos a los que el cemento Portland (sic) tipo 1 se vende en el mercado, pues no incluyen ni flete ni descuentos, cuestión que de entrada distorsiona el resultado obtenido por la Autoridad de Competencia (...)"³⁵. Por lo anterior, no es de recibo que en algunos apartes de su recurso de reposición, **ARGOS** critique el uso de precios ex fábrica mientras que en otros critique precisamente que no se usaron precios ex fábrica sino precios que incluían fletes. Así, advierte el Despacho que **ARGOS** se refiere a los precios utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio a lo largo de la Resolución Sancionatoria de maneras diferentes y claramente contradictorias, dependiendo de cual de ellas le resulte más conveniente para cada uno de los argumentos que presenta.

Ahora bien, tampoco es admisible para este Despacho que, siendo la información utilizada en el ejercicio para las tres (3) empresas sancionadas aquella proveniente del mismo requerimiento de información que reposa en el Expediente, sea **ARGOS** la única empresa que realiza tal afirmación cuando por ejemplo, **HOLCIM** reconoció categóricamente en su recurso de reposición que "lo comparado por la SIC no son precios de venta de cemento, sino valores promedios ex fábrica."³⁶.

No obstante lo anterior, el Despacho procedió a utilizar otra metodología para realizar el cálculo de los precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional de las tres (3) empresas sancionadas utilizando la información que reposa en el Expediente. Para tal fin, se utilizaron los precios promedio de venta reportados por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** y se les restaron los costos de distribución relacionados con el transporte del cemento gris Portland tipo 1 desde la planta hasta el destino del cliente, y que las empresas describieron como aquellos que "corresponden a los costos de transporte, por esta razón no son tenidos en cuenta en el precio Ex Fábrica"³⁷ y "son los ponderados de abastecer producto a centros de distribución, de fletes directos a clientes, de fletes de centros de distribución a clientes y costos logísticos asociados a bodegas"³⁸. De esta manera se obtuvieron series de precios ex fábrica promedio ponderados nacionales por las ventas, indicador que se consideró en la Resolución Sancionatoria como la mejor alternativa para realizar comparaciones entre los mismos. La siguiente gráfica presenta las series de precios ex fábrica promedio ponderados nacionales para las tres (3) sancionadas utilizando la metodología descrita anteriormente.

³⁵ Recurso de Reposición ARGOS, Pág. 2.

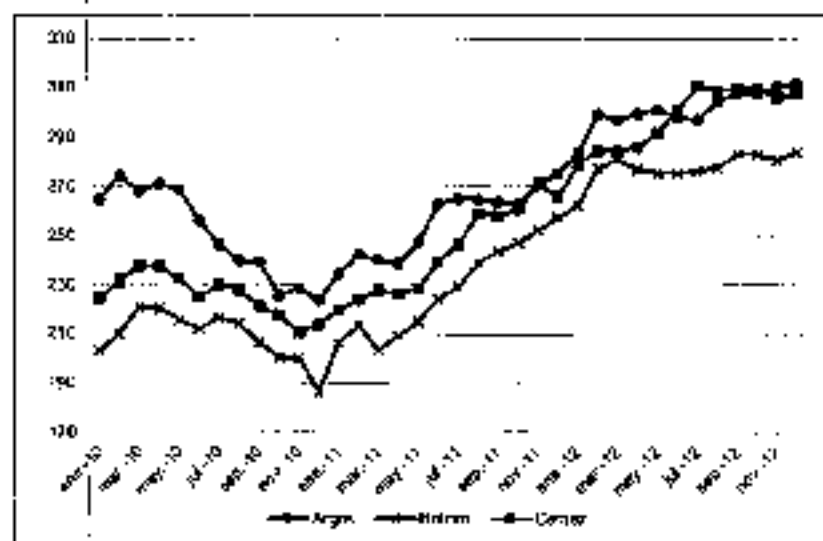
³⁶ Recurso de Reposición HOLCIM, Pág. 14.

³⁷ Folio 577 Cuaderno Reservado No. 1 de HOLCIM.

³⁸ Folio 635 Cuaderno Reservado No. 1 de ARGOS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Gráfica No. 2. Precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional de ARGOS, CEMEX y HOLCIM para el periodo enero 2010 – diciembre 2012



Fuente: Folios 577 Cuaderno Reservado No. 1 de HOLCIM, 635 Cuaderno Reservado No. 1 de ARGOS y 590 Cuaderno Reservado No. 1 de CEMEX. Elaboración: Superintendencia de Industria y Comercio

Como es posible observar, las series de precio calculadas con esta metodología mantienen la misma dinámica que las observadas en la Resolución Sancionatoria y, por tanto, refuerzan aún más las conclusiones sobre la existencia de un paralelismo en los precios del cemento gris Portland tipo 1 de ARGOS, CEMEX y HOLCIM entre enero de 2010 y diciembre de 2012.

Adicionalmente y como si lo anterior no fuera suficiente, el Despacho calculó las correlaciones de Pearson entre los precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional presentados anteriormente, las cuales se presentan en la siguiente tabla, y que son en todos los casos mayores a 0,92, valores estadísticamente significativos y muy cercanos a 1, que dan cuenta de un grado de asociación directo, casi perfecto, entre las series de precios analizadas. De nuevo, esto no es más que un complemento de la conclusión del Despacho presentada en la Resolución Sancionatoria que da cuenta de la robustez del ejercicio y de la invariabilidad de los resultados frente al uso de diferentes metodologías para comparar el comportamiento de los precios de las empresas sancionadas.

Tabla No. 2. Correlaciones de Pearson entre los Precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional de ARGOS, CEMEX y HOLCIM para el periodo enero 2010 – diciembre 2012

Total	Argos	Cemex	Holcim
Argos	1		
Cemex	0,9333***	1	
Holcim	0,9293***	0,9503***	1

*** Significativo con una confianza de 99%, ** Significativo con una confianza de 95% * Significativo con una confianza de 90%

Fuente: Folios 577 Cuaderno Reservado No. 1 de HOLCIM, 635 Cuaderno Reservado No. 1 de ARGOS y 590 Cuaderno Reservado No. 1 de CEMEX. Elaboración: Superintendencia de Industria y Comercio

En conclusión, este Despacho considera que, contrario a lo afirmado por ARGOS, los resultados encontrados acerca de la existencia de paralelismo de precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional del cemento gris Portland tipo 1, no solamente son válidos en los términos presentados en la Resolución Sancionatoria, sino que son confirmados aún bajo la utilización de metodologías alternas que permiten el cálculo de los precios mencionados.

Posteriormente, ARGOS alegó que obtener conclusiones de un ejercicio realizado con precios ex fábrica es errado, como quiera que esos precios no corresponden a los reales de venta en el mercado.

El anterior argumento no es de recibo para el Despacho por cuanto el objetivo de utilizar precios ex fábrica en el análisis realizado en la Resolución Sancionatoria, era precisamente aislar aquellos componentes observables del precio final de venta que no dependían de las decisiones de las

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

investigadas, tales como los fletes y el IVA. De esta manera, y tal como quedó expresado en la Resolución Sancionatoria, el Despacho considera que dichos precios son los adecuados para analizar la dinámica de tal variable entre las empresas investigadas, argumento que además fue soportado por **CEMEX** en sus descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos en donde afirmó que *'[L]as empresas son responsables exclusivamente del precio de venta en puerta de fábrica. Algunos clientes grandes adquieren el cemento directamente de las empresas, sin pasar por la cadena de distribución. En la mayoría de los casos, sin embargo, el producto debe pasar por un número de intermediarios antes de llegar a manos del comprador final. (...) El precio al usuario final refleja, adicionalmente, el costo del transporte del producto desde la planta de producción hasta el destino final'*³⁹.

Así, queda claro que por un lado, existe en el Expediente suficiente evidencia que respalda el uso de precios ex fábrica para dar cuenta del paralelismo endigado en la Resolución No. 81391 de 2017 y que por otro, sus afirmaciones en torno al tema en mención nuevamente son muestra de la contradicción y conveniencia presente en el recurso de reposición presentado por **ARGOS** ante este Despacho.

Por otro lado, **HOLCIM** aseguró que, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio analizó precios promedio, distorsionó la realidad del mercado eliminando los extremos y desconociendo diferencias regionales y entre operaciones. En este mismo sentido, señaló que los ejercicios presentados por dicha empresa en las observaciones al Informe Motivado también utilizaban precios promedio debido a que no contaba con información detallada de sus competidores.

Al respecto, el Despacho reitera a los investigados que para incluir en el análisis aquellas diferencias existentes de precios entre transacciones, la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó promedios ponderados, incorporando así las ventas en volumen realizadas por cada empresa en los diferentes departamentos y a cada uno de los clientes. Como se explicó en la Resolución Sancionatoria, los promedios ponderados corresponden al mejor indicador que podría construirse a efectos de representar la distribución de los datos observados y poder comparar el comportamiento de los precios de las empresas investigadas debido a la existencia de la multiplicidad de transacciones y clientes. En cualquier caso, el Despacho le recuerda a **HOLCIM** que el uso de promedios ponderados como metodología de análisis fue propuesto por **CEMEX** en sus descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y utilizado por **HOLCIM** en sus observaciones al Informe Motivado, aun cuando en el Expediente reposa información por cada transacción de cada una de las investigadas, contrario a la justificación dada por **HOLCIM** del por qué hace uso de los precios que ahora reprocha.

Adicionalmente, **ARGOS** y **HOLCIM** advirtieron que el análisis del paralelismo de precios del cemento gris Portland tipo 1 debió realizarse de manera regional y que una equivocada definición del mercado geográfico invalidaba el ejercicio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Además, sostuvieron que cuando se miraban las diferencias de precios por regiones, podía observarse heterogeneidad importante entre las mismas.

Nuevamente parten los investigados de la premisa equivocada de que el mercado es regional, pues como se ha insistido hasta la saciedad, el mercado afectado es de carácter nacional. Así, teniendo en cuenta que el alcance de la conducta investigada es nacional, lo lógico y correcto es que el análisis de los precios de los investigados se realice con precios nacionales y no regionales. De esta manera, se confirma la conclusión de la Resolución Sancionatoria según la cual el Despacho logró comprobar la existencia de paralelismo en los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

Ahora bien, en relación con el análisis de correlaciones de precios presentado por la Superintendencia de Industria y Comercio, **ARGOS** sostuvo que realizar tal análisis sobre series de tiempo no estacionarias tiene un alto riesgo de ser espurio y que, además, cuando se realizaba sobre series estacionarias los resultados caían significativamente. En este mismo sentido, argumentó que una correlación casi perfecta no sería extraña en un mercado oligopólico.

Frente a este punto, es importante aclarar que hasta la década de 1980 la teoría econométrica sugería que el análisis de datos con media y varianzas no constantes mediante métodos estadísticos como el señalado podría derivar en conclusiones erróneas, debido a la presencia de relaciones de

³⁹ Folios 1030 a 1050 del Cuaderno Reservado No. 2 de **CEMEX** del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

carácter espurio entre las variables⁴⁰. No obstante lo anterior, con el desarrollo del método de cointegración propuesto por Engle y Granger (1987)⁴¹, se logró demostrar que combinaciones específicas de dichas series de tiempo pueden tener un comportamiento constante en el tiempo en términos de tendencia y volatilidad y, por tanto, derivar resultados estadísticamente correctos. En otras palabras, pese a que las series sean no estacionarias, es posible determinar que si existe una relación de largo plazo entre ellas, por lo que resulta viable aplicar el coeficiente de correlación de Pearson y derivar conclusiones válidas del ejercicio⁴².

Lo anterior significa que, aun ante la ausencia de estacionariedad de las series de tipo económico, la existencia de un vector de cointegración entre ellas garantiza que, en términos estadísticos, los resultados obtenidos por el coeficiente de correlación de Pearson sean correctos, pues de manera uniforme se logra cuantificar una medida de asociación entre dos variables, evitando así problemas de identificación que conlleven a determinar una relación de carácter espurio entre las mismas⁴³.

En el caso concreto, al tratarse de los precios ex fábrica de cemento gris Portland tipo 1 de enero de 2010 a diciembre de 2012, y tal y como se evidencia en la Resolución Sancionatoria, si bien las variables no son estacionarias, comparten una tendencia común y por tal razón existe evidencia de una relación de cointegración como la señalada en líneas anteriores⁴⁴.

Así pues, contrario a lo afirmado por parte de las investigadas al manifestar que el Despacho erró en sus conclusiones al utilizar el coeficiente de correlación de Pearson en series no estacionarias, puede afirmarse con suficiente soporte de reconocido valor técnico, que dicho argumento no puede ser de recibo y, por consiguiente, reitera el Despacho la existencia de altos niveles de correlación derivados de la lectura del coeficiente mencionado.

Por su parte, **HOLCIM** agregó que el uso de las correlaciones de Pearson representó una vulneración a su derecho de defensa por cuanto esta nueva teoría fue utilizada únicamente en la Resolución Sancionatoria y las investigadas contaban únicamente con cinco (5) días para realizar nuevos análisis econométricos.

Realizar una afirmación según la cual las correlaciones de Pearson no habían sido utilizadas como herramienta de análisis en la investigación asociada al caso en cuestión, lleva a este Despacho a concluir que **HOLCIM** no realizó una lectura completa y adecuada del Informe Motivado, pues en éste se incluyeron cálculos y hasta una explicación de las correlaciones de Pearson. Puntualmente, la Tabla No 41 presenta la matriz de correlación de los precios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** utilizando la metodología de Pearson explicada en el párrafo que describe la tabla en mención. En tal sentido, considera este Despacho que la falta de rigor en la lectura del Informe Motivado por parte de **HOLCIM** lleva a esta empresa a presentar un argumento que a todas luces resulta ser una falacia.

Con todo, aun si fuera cierto que solo hasta la Resolución Sancionatoria se realizaron los análisis relativos a las correlaciones de Pearson, que no lo es, ello tampoco podría tenerse como una violación del debido proceso de **HOLCIM**, pues como se señaló en la Resolución Sancionatoria y aquí se ratifica, la explicación de las correlaciones de Pearson es tan solo un elemento de análisis más que soporta la conclusión sobre la existencia del paralelismo de precios aspecto que por lo demás, fue claramente imputado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de

⁴⁰ Relación (correlación) espuria: Correlación entre dos variables que no se debe a la causalidad, sino quizás a la dependencia que tienen ambas de un factor noobservable.

⁴¹ Engle, R.F. & Granger C.W.J. "Co-integration and Error Correction: Representation, Estimation, and Testing" *Econometrica* Vol. 55 No. 2 1987 Pág. 251-276 [En Línea] Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1913236>

⁴² A diferencia de la relación de carácter espurio, el método de cointegración supone que las series económicas comparten un componente común, el cual garantiza la existencia de al menos una combinación de tipo lineal, o vector de cointegración, que valida las relaciones entre series no estacionarias. De esta manera, se asegura la fiabilidad y significancia en materia estadística de los resultados obtenidos.

⁴³ Johansen S. "Correlation, Regression, and Cointegration of Nonstationary Economic Time Series". Department of Economics, University of Copenhagen 2007 [En Línea] Disponible en: <http://www.math.ku.dk/~sig/papers/LisbonPaper.pdf>

⁴⁴ Al respecto, el Despacho elaboró un ejercicio econométrico con las variables involucradas encontrando la presencia de una relación de cointegración entre los diferentes pares de variables.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Cargos y ampliamente debatido durante el trámite administrativo, por lo que llama poderosamente la atención del Despacho semejante postura de HOLLCIM.

De igual manera, sobre el argumento según el cual una correlación casi perfecta sería normal en un mercado oligopólico, este Despacho le recuerda a ARGOS que la conclusión a la cual llegó en el ejercicio de correlaciones entre precios ex fábrica promedio ponderados nacionales fue "que los precios de ARGOS, CEMEX y HOLLCIM tienen un alto grado de asociación directa casi perfecta, si se tiene en cuenta que los coeficientes encontrados son todos mayores a 0,97 y estadísticamente significativos, tanto para el total del mercado como para los segmentos representativos"⁴⁵, sin llegar a afirmar que tal resultado se debía inequívocamente a la existencia de un acuerdo anticompetitivo pues, coincide el Despacho con ARGOS en que tal resultado podría presentarse también en escenarios en competencia, aunque como se demostró en la Resolución Sancionatoria, el paralelismo observado obedeció a un acuerdo anticompetitivo entre los sancionados en la modalidad de práctica conscientemente paralela. Así, no es admisible para la Superintendencia de Industria y Comercio que tal afirmación invalide el ejercicio de correlaciones presentado en la Resolución Sancionatoria.

Adicionalmente, HOLLCIM manifestó que la Resolución Sancionatoria presenta una concepción errónea del coeficiente de correlación de Pearson al afirmar que este permite determinar si los cambios de una de las variables influyen en los cambios de la otra.

Con el fin de analizar la afirmación realizada por HOLLCIM, el Despacho considera importante remitirse a la definición de correlación aportada directamente por Pearson⁴⁶ en su estudio, a partir del cual el análisis de correlaciones es llamado como correlaciones de Pearson. De acuerdo con el autor, la definición corresponde a: "Dos órganos del mismo individuo, o en una pareja conectada de individuos, están correlacionados cuando se selecciona una serie finita del primer órgano (muestra) y la media de una muestra del segundo órgano puede ser descrita como una función de la serie seleccionada para el primero".

Así, es evidente que la concepción misma del ejercicio desde su creación es, sin llegar a establecer una relación de causalidad, tal y como correctamente lo afirma HOLLCIM, establecer la relación de dependencia estadística que existe entre dos variables. Por tal razón, el Despacho considera que, al mencionar que la correlación permite determinar si los cambios de una de las variables influyen en los cambios de la otra, no está yendo más allá de la propia definición presentada por el autor del indicador en mención y que en ningún momento estableció relación de causalidad alguna a partir de este ejercicio. Por todo lo anterior, no es cierto, como lo afirma HOLLCIM, que "(...) la entidad acomoda los datos, las herramientas económicas y los resultados, a conclusiones a las que a toda costa quiere llegar."⁴⁷

Por otra parte, ARGOS reiteró que el filtro de Hodrick y Prescott usado por la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido altamente cuestionado y que en algunos casos se recomienda no emplearlo porque sus resultados dependen directamente del valor λ , sobre el cual no existe consenso para series mensuales. Para soportar su argumento, presentó un ejercicio en donde aplicó el filtro a la serie de precios de ARGOS y al Índice de Costos de la Construcción Pesada (ICCP) con λ s de 10 y 14 400, siendo el último el valor utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio, y encontró que las correlaciones entre los mismos cambian significativamente según el valor del parámetro usado.

En relación con los diferentes valores que puede tomar el parámetro λ para series con frecuencia mensual como los precios analizados en la Resolución Sancionatoria lo cierto es que, dada la amplia aplicación que tiene el filtro y la literatura económica que hace uso de este, es posible identificar un rango aceptable de valores a usar para una frecuencia mensual de los datos. Ejercicios como el realizado por Jong y Sakarya (2016)⁴⁸ en donde se presenta un análisis

⁴⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. B1381 de 2017, Pág. 86.

⁴⁶ Pearson, K. VII. "Mathematical contributions to the theory of evolution.—III. Regression, heredity, and panmixia. Phil. Trans. R. Soc. Lond. A., Vol. 187 1896. Pág. 257.

⁴⁷ Recurso de Reposición HOLLCIM, Pág. 20.

⁴⁸ Jong, M., y Sakarya. "The Econometric of the Hodrick-Prescott Filter" The Review of Economics and Statistics. 98(2) 2016. Pág. 510-517.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

econométrico riguroso del filtro y se determinan sus propiedades estadísticas, permiten concluir que usar diferentes alternativas aproximadas no cambia significativamente los resultados obtenidos con su aplicación.

Sin embargo, utilizar un valor extremo de 10, que autores como Baxter y King (1999)⁴⁹ han sugerido para datos con frecuencia anual y no mensual, como lo hace ARGOS en su recurso de reposición, no es más que realizar un ejercicio absurdo y errado que en nada se ajusta a la frecuencia de las series y que a todas luces resulta inadecuado para probar la robustez de los resultados presentados en la Resolución Sancionatoria usando un valor de *lambda* igual a 14 400, que corresponde a uno de los más aceptados en la literatura económica y que incluso es el utilizado por defecto en paquetes estadísticos de programas como Eviews⁵⁰ y Matlab⁵¹

De hecho resulta importante para el Despacho reiterar que la elección del parámetro *lambda* (λ) se basó en criterios de reconocido valor técnico y en línea con las recomendaciones aportadas por los autores de dicha metodología. De esta manera, Hodrick y Prescott (1981) sugieren que la elección idónea del parámetro λ deberá considerar la frecuencia de observación de la serie de tiempo, la cual, bajo condiciones normales, debería garantizar una razón relativamente estable entre la variabilidad del componente cíclico en términos relativos a la variabilidad del componente tendencial.

En otros términos, para series trimestrales, los autores del filtro establecen que por cada 5% de variabilidad del componente cíclico, es de esperarse una variación equivalente a un octavo de un punto porcentual de la tasa de crecimiento del componente tendencial. Esta regularidad aplicada a series con distinta frecuencia conlleva a una transformación monótona de la serie en función de lo originalmente propuesto. De esta forma, si los datos resultan ser de tipo trimestral, el parámetro λ recomendado por Hodrick y Prescott resultara de la siguiente expresión:

$$\sqrt{\lambda} = \frac{5}{8} = 10; \text{ por tanto, } \lambda = 1.600$$

En el caso de tener series mensuales, mediante una regla de tres simple puede fácilmente encontrarse que el valor idóneo de *lambda*, según los autores del filtro, corresponderá a $3\sqrt{\lambda}$. Es decir un parámetro equivalente a 14 400. Por su parte, para el caso de datos anuales, el valor del parámetro corresponderá a 0.25 veces la raíz del *lambda* original, esto es, 100.

Por todo lo anterior, el Despacho reitera la pertinencia de la elección del valor de *lambda* utilizado en el caso concreto, particularmente en la Resolución No. B1391 de 2017, en donde al ser los precios ex fábrica ya mencionados variables de tipo mensual, resulta pertinente la elección de un parámetro λ con un valor de 14 400.

No obstante, en gracia de discusión, el Despacho procedió a realizar un 'ejercicio de robustez' del resultado haciendo uso de otras alternativas reconocidas, como lo es la metodología propuesta por Ravn y Uhlig (2002)⁵² que indica que el parámetro *lambda* debe ser ajustado usando la cuarta potencia del cambio en la frecuencia de las observaciones, siendo el punto de partida un *lambda* igual a 1 600 para datos trimestrales. Así, el *lambda* a utilizar para datos mensuales, de acuerdo con esta metodología, sería de 129.600. Los resultados se presentan en la siguiente gráfica que compara los componentes cíclicos de los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de ARGOS, CEMEX y HOLCIM usando *lambdas* iguales a 14 400 y 129.600

⁴⁹ Baxter, M. y King, R. "Measuring Business Cycles: Approximate Band-Pass Filters for Economic Time Series". The Review of Economics and Statistics, 81 4, 1999, Pág. 575-593

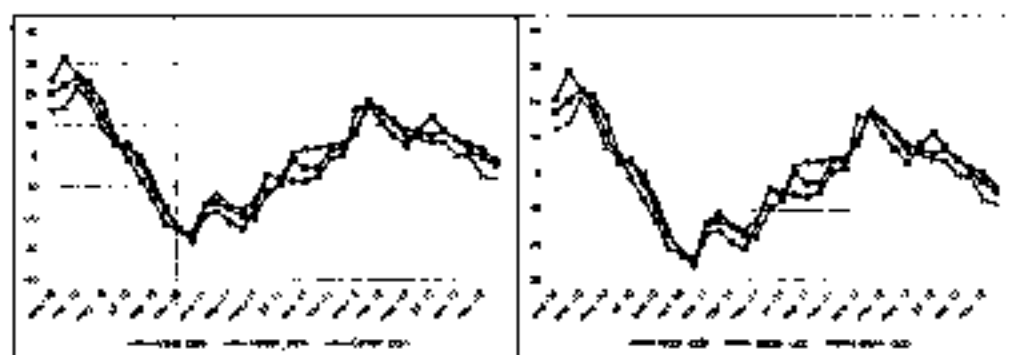
⁵⁰ Para más detalle, ver: http://www.eviews.com/help/helpintro.html#page/content/series-Hodrick-Prescott_Filter.html (consultado el 1 de febrero de 2008)

⁵¹ Para más detalle ver: <https://it.mathworks.com/help/econ/hpfilter.html> (consultado el 1 de febrero de 2008)

⁵² Ravn, M. O., y Uhlig, H. "On adjusting the Hodrick-Prescott filter for the frequency of observations". Review of Economics and Statistics 84, 2002, Pág. 371-376

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Gráfica No. 3. Componente cíclico de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Portland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012 usando el filtro de Hodrick y Prescott para parámetros λ de 14.400 (izquierda) y 129.600 (derecha)



Fuente: Folios 6251 Cuaderno Reservado No. 11 de HÓLCIM, 6278 Cuaderno Reservado No. 5 de ARGOS y 6280 Cuaderno Reservado No. 2 de CEMEX. Elaboración: Superintendencia de Industria y Comercio

Como es posible observar, los componentes cíclicos obtenidos a través de dos alternativas de valor del parámetro λ soportadas estadísticamente por reconocidas metodologías para la selección del mismo, no tienen diferencias significativas, con lo cual se comprueba que las conclusiones del Despacho respecto de la existencia de paralelismo en los componentes cíclicos de los precios ex fábrica promedio ponderados a nivel nacional son ciertas y robustas y que no es cierto el argumento de ARGOS de que tales resultados varían ante cambios en el parámetro λ .

Frente a este mismo ejercicio, ARGOS puntualizó en que el Despacho no tuvo en cuenta las razones para no usar el filtro de Hodrick y Prescott expuestas en el documento "Why you should never use the Hodrick-Prescott filter" del profesor James Hamilton

Al respecto, si bien el Despacho reconoce que el método de descomposición de series propuesto por Hodrick y Prescott no es la única herramienta econométrica para llevar a cabo un procedimiento de separación del componente de tendencia y su ciclo, resulta pertinente mencionar por qué una técnica como la sugerida por Hamilton (2017)⁵⁹, en su exposición crítica al filtro en mención, no resultaría ser la metodología idónea a efectos de descomponer la variable precios ex fábrica promedio ponderado nacional propuesta en la Resolución Sancionatoria.

En efecto, la metodología de descomposición sugerida por Hamilton, según lo expone el mismo autor, tiene por objetivo estimar el componente cíclico, para ser luego eliminado y así poder avanzar en un ejercicio de pronóstico, que según lo expuesto por Hamilton, resultaría ser una metodología a aplicar especialmente a variables de tipo macroeconómico y/o variables de tipo financiero. Lo anterior persigue un objetivo diametralmente diferente al que motiva la aplicación en la Resolución Sancionatoria, por cuanto en esta última se rescata el componente cíclico de la serie y en ningún momento se pretende realizar pronóstico alguno. Por su parte, a efectos de implementar la metodología alterna de Hamilton, es necesario realizar un ejercicio que necesariamente implicaría perder un volumen significativo de datos de cada una de las variables, con lo que se hace no pertinente la aplicación de tal metodología.

Así las cosas, como resulta evidente, la metodología sugerida por las investigadas a propósito de la supuesta deficiencia endilgada al filtro de Hodrick y Prescott como técnica econométrica: (i) dista del tipo de ejercicio que se realizó en la Resolución Sancionatoria, debido a que no se pretende realizar pronósticos a partir de valores recientes de variables como lo sugiere Hamilton en su propuesta; (ii) el tipo de variable utilizada en la Resolución Sancionatoria no corresponde con aquellas variables sugeridas por el profesor Hamilton en su documento, y (iii) la implementación de dicha metodología implicaría perder un número considerable de datos y de información valiosa en el presente caso. Todo ello permite a este Despacho concluir que el método alterno sugerido por las sancionadas a fin de avanzar en la obtención del componente cíclico de las series de precios no puede ser de recibo por resultar claramente inadecuado e impertinente.

⁵⁹ Hamilton, J. "Why you should never use the Hodrick-Prescott Filter". The Review of Economic and Statistics, MIT Press 2017

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

Adicionalmente, **HOLCIM** presentó ejercicios de causalidades de Granger entre precios en algunos departamentos, Boyacá y Santander, con los que concluyó que **HOLCIM** actúa como una empresa seguidora de precios en el mercado para el caso de Santander, mientras que en Boyacá, departamento en donde tiene una planta, tuvo la posibilidad de definir sus precios sin considerar señales del mercado. Frente a estos ejercicios, la sancionada aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio está violando el derecho al debido proceso porque descartó este argumento sin hacer mayor análisis al respecto.

En relación con los ejercicios de causalidad de Granger en algunos departamentos, el Despacho considera importante hacer tres (3) aclaraciones. En primer lugar, debido a que la incidencia de la conducta es de carácter nacional tal y como ha sido reiterado tanto en la Resolución Sancionatoria como en el presente acto administrativo, el Despacho no considera procedente ni adecuado realizar comparaciones de precios departamentales por cuanto el paralelismo en precios fue acreditado a nivel nacional. Por lo tanto, partir de una definición inadecuada del mercado conduce irrefutablemente a ejercicios erróneos y conclusiones no apropiadas.

En segundo lugar, de aceptar un ejercicio como el presentado por **HOLCIM**, y no encontrar causalidad en ambos sentidos entre los precios de las sancionadas, no se podría concluir que esta ausencia constituya una prueba irrefutable de que no existe un acuerdo anticompetitivo en el mercado de cemento gris Portland tipo 1, por cuanto cabría la posibilidad de que el esquema del acuerdo de precios implique que una o varias firmas fijen su precio y posteriormente las demás se comporten como seguidoras. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio pudo acreditar la existencia de paralelismo consciente en precios, de encontrar válido el ejercicio en mención que no lo es, el mismo no sería concluyente para exonerar de responsabilidad a **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** del paralelismo consciente en precios por el cual fueron sancionados.

En tercer lugar, el Despacho considera importante resaltar la contradicción de los argumentos de **HOLCIM** según los cuales la Superintendencia de Industria y Comercio estaría violando el derecho al debido proceso porque descarta el análisis de causalidades de Granger entre precios en algunos departamentos sin haber realizado supuestamente análisis suficiente para llegar a tal conclusión. No obstante, para **HOLCIM** pareciera también ser una violación al debido proceso que el Despacho realice ejercicios económicos robustos, como lo expresó en sus comentarios respecto del análisis de correlaciones de Pearson. Así, **HOLCIM** no solo considera una violación del debido proceso cuando el Despacho hace análisis económicos robustos, sino también cuando no los hace, por lo que claramente no pueden ser de recibo para la Superintendencia de Industria y Comercio un conjunto de argumentos que presenten contradicciones y que parecieran estar acomodados, dependiendo de la utilidad que representen para la sancionada.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que: (i) todos los argumentos presentados por los sancionados con el fin de invalidar los ejercicios sobre la existencia del paralelismo de precios fueron desvirtuados y (ii) como producto de algunos de los argumentos presentados por los sancionados, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó ejercicios adicionales para robustecer sus resultados, este Despacho reafirma la conclusión de que existe evidencia suficiente que demuestra el paralelismo en las series de precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Portland tipo 1 de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** entre enero de 2010 y diciembre de 2012.

Finalmente, **ARGOS** adujo en su recurso de reposición que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio contradijo abiertamente precedentes del Consejo de Estado que sostienen que el paralelismo consiste en *la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor*.

Al respecto, el Despacho advierte que lo señalado por el Consejo de Estado en la sentencia mencionada no se trata de la definición de paralelismo como lo quiere hacer ver **ARGOS**, sino que se refiere a que, para esa Corporación, en casos específicos en los que se encuentra tal nivel de coincidencia en los precios, junto con otras consideraciones adicionales, esas condiciones constituyen *prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios*.

Así lo señaló expresamente el Consejo de Estado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

"De conformidad con los precedentes jurisprudenciales antes señalados, que obviamente reitera la Sala, la fijación de precios iguales o idénticos para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, por parte de dos o más empresas diferentes, son coincidencias que constituyen prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo por efecto la fijación indirecta de precios del producto" (Negrilla y subrayado en texto original)

De acuerdo con lo anterior, el argumento presentado por ARGOS no resulta válido, pues como ha sido explicado durante toda la actuación administrativa, en el presente caso se analizó un tipo de paralelismo en relación con tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo, el cual no es el caso específico al que se refiere la sentencia del Consejo de Estado mencionada y, por ende, no existe contradicción alguna con la misma como erradamente lo alega ARGOS.

4.4. Argumentos relacionados con los Marcadores de Harrington

Una vez el Despacho logró acreditar la existencia del paralelismo de precios, realizó el ejercicio propuesto por Joseph Harrington⁵⁴ que consistió en presentar un conjunto de indicadores económicos concebidos como evaluadores del comportamiento de las empresas en el mercado y que, de estar presentes, aumentarían la probabilidad de existencia de un cartel en el mismo. En este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio hizo énfasis en que este ejercicio no podía ser entendido como prueba concluyente de la existencia del cartel, sino como un análisis económico comportamental y contextual de lo que estaba sucediendo en el mercado durante el periodo investigado, con el fin de determinar si el paralelismo ya acreditado era más probable que estuviera ocurriendo en un escenario colusorio o en uno competitivo. Una vez realizado el ejercicio, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró que algunas de las evidencias económicas analizadas y aplicables al caso estaban presentes en el mercado del cemento gris Portland tipo 1 y por tanto, existían algunas características comportamentales de los agentes que aumentaban la probabilidad de existencia de un cartel empresarial.

Respecto de los marcadores de Harrington, ARGOS afirmó que su existencia no es concluyente de la existencia de un cartel empresarial, pues el mismo autor resalta que es muy alta la posibilidad de obtener falsos positivos. Frente a este punto, sorprende a este Despacho el hecho de que ARGOS haya presentado tal argumento como un reproche al análisis realizado en la Resolución Sancionatoria, pues como quedó expresado explícitamente en esta, el ejercicio de marcadores de Harrington no pretendía en ningún momento ser entendido como una prueba concluyente de la existencia del cartel empresarial sino que correspondía a un ejercicio para evaluar si el comportamiento de las empresas era probable en un escenario cartelizado, lo cual es diametralmente diferente. Por lo anterior, no es de recibo un argumento que trate de invalidar el análisis por no ser concluyente de la existencia del cartel empresarial, cuando precisamente el mismo no fue utilizado para imputar responsabilidad alguna a los investigados.

En este mismo sentido, ARGOS señaló que la afirmación según la cual "existiría alta probabilidad de existencia de colusión o cartel empresarial en el mismo" es inadmisible pues ningún particular puede ser juzgado con base en probabilidades. En la misma dirección, HOLCIM aseguró que la Autoridad partió de la presunción de que, como las empresas participan en un mercado con alta propensión a la colusión entonces el acuerdo competitivo existe, salvo que se demuestre lo contrario. Respecto de este argumento, el Despacho considera pertinente contextualizar la frase presentada por ARGOS por cuanto no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio esté juzgando a los investigados con base en probabilidades, pues, como se explicó en la Resolución Sancionatoria:

"En este punto es importante señalar que el análisis de marcadores de Harrington no se trata, ni puede entenderse, como una prueba concluyente que demuestra la existencia del cartel empresarial bajo investigación, puesto que en realidad se trata de unos ejercicios que constituyen evidencia económica circunstancial que evalúa el comportamiento de las empresas en el mercado y que daría cuenta, desde diferentes dimensiones, que de cumplirse, existiría alta probabilidad de existencia de colusión o cartel empresarial en el mismo."

⁵⁴ Harrington Jr., Joseph E. "Behavioral Screening and Detection of Cartels" European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EU Competition Law and Policy Workshop/Proceeding, 2006.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones."

Como se mencionó anteriormente, el análisis sobre la existencia de los marcadores de **Harrington** no se utilizó para imputar responsabilidades o concluir sobre la existencia de un cartel empresarial sino que únicamente correspondió con un ejercicio de valoración de evidencia económica circunstancial sobre el comportamiento de las empresas en el mercado. Así, en las conclusiones que el Despacho presentó en la Resolución Sancionatoria sobre el análisis de los marcadores de precios de **Harrington**, se indicó explícitamente que la evidencia presentada se constituía como un soporte de la probabilidad de existencia de colusión, *"sin que esto signifique la negación per se de la existencia de competencia en el mercado."*⁵⁵ Por la razón no es de recibo el argumento de **ARGOS**, por cuanto no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio esté juzgando a los sancionados con base en probabilidades ni que el hecho de que las empresas investigadas participen en un mercado con alta propensión a la colusión haya sido la prueba de la existencia del acuerdo anticompetitivo.

En consecuencia, este argumento de **ARGOS** constituye en realidad una lectura claramente incompleta, fragmentada y por tanto amañada de la Resolución Sancionatoria pues deja de lado muchísimos aspectos fundamentales tenidos en cuenta en la Resolución Sancionatoria, como los marcadores de **Posner**, el paralelismo en los precios evidenciado y la existencia de numerosos elementos materiales probatorios que prueban, sin dar el menor espacio a duda, la existencia del acuerdo en la modalidad de paralelismo consciente entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** para fijar los precios del cemento gris Portland tipo 1 entre los años 2010 – 2012 en Colombia.

En cuanto al marcador 1 de **Harrington** (*"Aumentos de precios simultáneos a mayor uniformidad en precios entre consumidores"*), el Despacho acogió el ejercicio presentado por la Delegatura en el Informe Motivado, calculó los coeficientes de variación entre los precios cobrados a los clientes cada mes y concluyó que, durante el periodo investigado, se presentó convergencia a un número reducido de precios a cobrar a los consumidores por parte de las sancionadas. Al respecto, **ARGOS** sostuvo que no es cierto que en el periodo 2010-2012 el precio del cemento gris Portland tipo 1 a nivel nacional haya aumentado de manera simultánea, como daría cuenta la Gráfica 10 de la Resolución Sancionatoria, y que por el contrario, el profesor **Harrington** destaca que el indicador no es suficientemente efectivo porque los precios pueden aumentar por factores distintos a la colusión. Adicionalmente, **ARGOS** recalcó el coeficiente de variación tiene una tendencia a la baja que puede ser explicada por el incremento de la demanda o por la convergencia natural de un mercado oligopólico no colusorio. Por su parte, **HOLCIM** presentó un ejercicio de causalidad en donde concluyó que no existe simultaneidad en el ajuste de precios entre las empresas pues, de acuerdo con su interpretación, el marcador busca demostrar que los precios no responden al comportamiento de sus costos.

Frente a este punto, es importante resaltar que un entendimiento adecuado del marcador le permitió al Despacho reconocer que esta evidencia económica hacía referencia a que, cuando los precios de las empresas aumentan, existe mayor uniformidad en precios cobrados a los consumidores. Esto, contrario a las afirmaciones de **ARGOS** y **HOLCIM** según las cuales el marcador solo indicaba aumentos de precios simultáneos entre las empresas y no relacionados con sus respectivos costos. No obstante, si en gracia de discusión la interpretación del marcador realizada por **ARGOS** y **HOLCIM** fuera cierta, las Gráficas 10, 11, 12 y 13 de la Resolución Sancionatoria serían más que suficientes para demostrar, por un lado que los precios si aumentan simultáneamente y, por otro, que los mismos no están relacionados con los costos de producción. Ahora bien, como lo que había que demostrar era que los aumentos de precio sucedían en simultáneo a una mayor uniformidad de precios cobrados a los consumidores, el Despacho procedió a realizar el ejercicio descrito en la Resolución Sancionatoria por el cual concluyó la existencia del marcador.

Por otro lado, sobre el hecho de que el profesor **Harrington** destaque que el indicador no es suficientemente efectivo porque los precios pueden aumentar por factores distintos a la colusión y que, como afirmó **ARGOS**, la tendencia a la baja del coeficiente de variación puede ser explicada por otros factores, este Despacho insiste a los investigados que el análisis económico presentado en la sección relacionada con los marcadores de **Harrington**, no fue utilizado para imputar responsabilidades ni mucho menos para declarar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia, como repetitiva y erróneamente lo afirman los investigados en sus argumentos.

Ahora bien, sobre el marcador 2 de **Harrington** (*"Aumentos sostenidos en precios precedidos por grandes caídas en los mismos"*) la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que, dado que

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81381 de 2017. Pág. 104

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

no contó con información suficiente que le permitiera afirmar con certeza la fecha exacta de inicio y finalización del acuerdo empresarial, no le era posible realizar un análisis sobre aumentos en precios propiamente por la formación de un cartel anticompetitivo. En este sentido HOLLCIM advirtió que, pese a que la Superintendencia de Industria y Comercio se abstuyó de realizar el análisis por desconocer que el comportamiento de los precios de los años anteriores correspondiera a un periodo en competencia, lo cierto es que no existe sanción alguna que ponga en duda tal situación y que, además, durante el periodo investigado la dinámica de sus precios fue de bajas, aumentos y estabilidad, que en ningún caso fueron sostenidos.

Frente a este argumento, el Despacho reitera a los investigados que precisamente por no poder concluir acerca de la situación en años anteriores y por ende, por no tener argumentos suficientes que pudiesen indicar el periodo exacto de inicio y fin del acuerdo investigado en la Resolución Sancionatoria, se abstuvo de concluir sobre la existencia del marcador, sin que esto signifique en ningún momento que desconoció la dinámica que siguieron los precios durante el periodo investigado, pero que en nada aporta para el análisis requerido en el marcador 2 de Harrington. En otras palabras, recalca el Despacho que la delimitación del periodo investigado en la presente actuación administrativa no corresponde exactamente con la fecha de inicio y finalización de la conducta de cartelización sancionada y, por tal razón, mal haría la Superintendencia de Industria y Comercio en calificar periodos anteriores a enero de 2010 como aquellos inmediatamente precedentes a la formación del cartel empresarial.

Ahora bien, haciendo referencia al marcador 3 de Harrington (*"Aumentos en los precios simultáneos a caídas en las importaciones"*), HOLLCIM aseguró que no es cierto que el mercado sea nacional y que, además, en el Expediente existe evidencia de aumento de importaciones de cemento al país.

En relación con la definición del mercado geográfico, como ya se ha indicado repetidamente en el presente acto administrativo, el alcance de la conducta investigada en la Resolución Sancionatoria es nacional y, dado que no es necesaria una definición de mercado relevante, los análisis adecuados en este aspecto son aquellos que se realizan sobre el mercado nacional. De esta forma, tal y como lo indicó la Resolución Sancionatoria, "(...) este marcador no aplica en el presente caso, por cuanto al existir un único "mercado natural" para todas las empresas investigadas, resulta improcedente aplicar el referido marcador". Lo anterior teniendo en cuenta que el marcador hace referencia a aquellas situaciones en donde los cartelistas tienden a reducir su oferta en los mercados naturales de sus co-cartelistas, situación que no podría presentarse en una situación como la aquí analizada en donde todos los sancionados son participantes del mismo mercado afectado.

Así, la conclusión del Despacho según la cual este marcador no puede analizarse sigue siendo la correcta. En cualquier caso, es importante hacer énfasis en que, de ser posible un ejercicio para replicar las afirmaciones del profesor Harrington al respecto, no son las importaciones al país la variable relevante sino aquellos flujos de producto que sucedan entre los mercados geográficos naturales de cada uno de los investigados. En el presente caso, las tres (3) empresas sancionadas comparten el mismo mercado geográfico, por lo que no tiene ningún sentido económico hablar de flujos entre ellos.

Respecto del marcador 4 de Harrington (*"Precios de las empresas alta y positivamente correlacionados"*) sobre el que el Despacho demostró su existencia por cuanto las correlaciones entre los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de las sancionadas correspondieron a un grado de asociación directo, casi perfecto, ARGOS afirmó que no es cierto que los precios de ARGOS estén altamente correlacionados con los de CEMEX y HOLLCIM, pues a nivel regional las correlaciones son significativamente menores que las nacionales y lo mismo sucede si se toman las diferencias y las variaciones mensuales en los precios. Al respecto, se insiste en que los precios de ARGOS, CEMEX y HOLLCIM tienen un alto grado de asociación directa, con coeficientes encontrados mayores a 0,92 o 0,97 dependiendo del ejercicio que se tome, y que en todo caso, son estadísticamente significativos, que dan cuenta de un grado de asociación directa, casi perfecto entre las series de precios analizadas. Dado que el alcance de la conducta investigada es nacional, mal podría servir el análisis regional realizado por ARGOS para invalidar el presentado por el Despacho en la Resolución Sancionatoria para concluir que el cuarto marcador de Harrington está presente en este caso, por cuanto partir de una definición errada del mercado, lleva a ARGOS a plantear ejercicios desacetados, como los que varias veces han pretendido introducir los

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

investigados, se reitera, partiendo de un error mayúsculo, que entre otros es, desconocer que en un cartel empresarial, el mercado afectado es determinado por el propio cartel.

Ahora bien, sobre el uso de diferencias y variaciones mensuales en los precios para el cálculo de las correlaciones, el Despacho no concuerda con la afirmación de ARGOS según la cual son estas las únicas variables válidas para el análisis de correlaciones y no los niveles de precios, cuando es precisamente el profesor Harrington quien señala que son los niveles de precios los que deben considerarse en el análisis y adicionalmente, que son los fijados directamente por las sancionadas. Por lo anterior, no es de recibo el argumento presentado por ARGOS para invalidar el ejercicio que le permitió al Despacho concluir que los precios de las empresas son alta y positivamente correlacionados.

Frente a este mismo punto, HOLLCIM indicó que la alta correlación en precios no puede usarse para evidenciar incidencias entre variaciones de precios, pues en una situación de cartel, las empresas que se encuentren por fuera del acuerdo también tenderían a ajustar sus niveles de precios a los de sus competidores y por tanto el coeficiente de correlación entre las mismas sería también alto. En este sentido, el Despacho considera oportuno recordar a HOLLCIM que dado el alcance que tiene el ejercicio en la Resolución Sancionatoria, el argumento según el cual empresas seguidoras no pertenecientes a un cartel también fijarían sus precios siguiendo a los miembros de este y, por tanto, tendrían altas correlaciones en dicha variable, no desdibuja la existencia del marcador, pues en ningún momento se concluyó que dicha correlación se debía únicamente a que las empresas estuvieran inequívocamente participando en un cartel empresarial, pues se insiste, su verificación solamente da cuenta de que los precios entre ARGOS, CEMEX y HOLLCIM están alta y positivamente correlacionados.

En relación con el marcador 6 de Harrington (*"Existencia de cambios estructurales en los precios"*), el Despacho presentó en la Resolución Sancionatoria los resultados de una prueba estadística propuesta por Lumsdaine y Papell (1997)⁶⁶ que le permitió encontrar dos (2) quiebres estructurales en la serie de precios ex fábrica promedios ponderados a nivel nacional. Ante el ejercicio en mención, ARGOS alegó que no es de recibo que la Superintendencia de Industria y Comercio se valga de la literatura académica para concebir la existencia de un supuesto paralelismo consciente de precios, pasando por alto advertencias de los mismos autores en relación con la aplicación práctica de sus teorías, particularmente porque Harrington afirma que en cualquier industria se puede esperar cambios estructurales.

Al respecto, y como reiteradamente lo ha resaltado el Despacho, no es cierto que la Resolución Sancionatoria haga uso de los marcadores de Harrington para concluir sobre la existencia del paralelismo consciente de precios, pues explícitamente dio cuenta de las limitaciones que el ejercicio tiene, afirmando que *"es importante advertir que esta evidencia económica circunstancial no es para la Superintendencia de Industria y Comercio la prueba irrefutable de la existencia del cartel empresarial, sino que constituye un elemento adicional indicativo de la existencia del elemento consciente del ya probado paralelismo de precios"*⁶⁷.

Por lo anterior, no es de recibo la afirmación de ARGOS de que el ejercicio es concluyente acerca del paralelismo consciente de precios, cuando en la Resolución Sancionatoria quedó claramente establecido que el referido análisis no podía entenderse como una prueba concluyente que demuestre la existencia del cartel empresarial investigado.

Sobre el mismo marcador, ARGOS manifestó que para realizar la prueba de Lumsdaine y Papell, la Superintendencia de Industria y Comercio agregó los precios de las tres (3) sancionadas en una única serie, desconociendo que cada una pudo presentar quiebres estructurales en diferentes puntos del tiempo y que además, la prueba está diseñada para identificar dos (2) cambios estructurales por lo que, de existir más de dos (2) no podrían identificarse en el ejercicio.

La metodología empleada en la Resolución Sancionatoria consistente en agregar en una serie los precios ex fábrica promedios ponderados a nivel nacional de todos los sancionados para determinar la existencia de quiebres estructurales, resulta adecuada y plenamente válida toda vez que, al

⁶⁶ Lumsdaine, R. L. and Papell, D.H. "Multiple trend breaks and the unit root hypothesis". *Review of Economics and Statistics* 79(2), 1997. Págs. 212-218

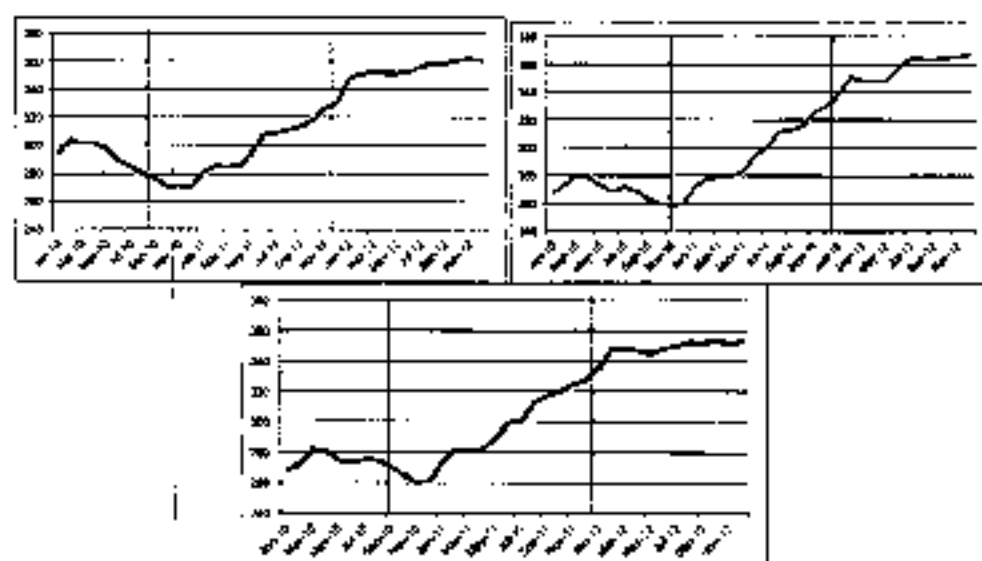
⁶⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017. Pág. 104

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

momento de realizar el ejercicio con las series de precios individuales por empresa, los quiebres estructurales se identificaron en los mismos periodos de tiempo en la mayoría de los casos, con dos excepciones que no resultan significativas para el análisis ni desvirtúan la metodología utilizada.⁵⁸

La siguiente gráfica presenta los resultados obtenidos de realizar la prueba de raíz unitaria propuesta por Lumsdaine y Papell (1997)⁵⁹, que permite encontrar si existen uno o varios quiebres estructurales en la tendencia y en el intercepto de una serie de tiempo y en qué periodos de tiempo suceden dichos cambios abruptos, para las series de precios ex fábrica promedio ponderados de cada una de las investigadas

Gráfica No. 4. Quiebres estructurales en las series de precios ex fábrica promedios ponderados a nivel nacional de ARGOS (izquierda), CEMEX (derecha) y HOLCIM (abajo) para el periodo enero 2010 – diciembre 2012 encontrados utilizando el test de Lumsdaine y Papell (1997)



Fuente: Folios 6251 Cuaderno Reservado No. 11 de HOLCIM, 6278 Cuaderno Reservado No. 5 de ARGOS y 6280 Cuaderno Reservado No. 2 de CEMEX. Elaboración: Superintendencia de Industria y Comercio.

Como puede observarse en las gráficas el test utilizado arrojó evidencia estadísticamente significativa de la existencia de dos (2) quiebres estructurales en cada una de las series de precios que, adicionalmente suceden en su mayoría en los mismos periodos de tiempo, teniendo en cualquier caso una diferencia de 1 o 2 meses respecto de las otras sancionadas. Por lo anterior, el Despacho se permite reafirmar la conclusión a la que llegó en la Resolución Sancionatoria de que este marcador está presente en el mercado de cemento gris Portland tipo 1.

Ahora bien, el Despacho coincide con ARGOS en que el test utilizado en la Resolución Sancionatoria no permite identificar más de dos (2) quiebres estructurales pero no concuerda con que esta circunstancia invalide la conclusión de la existencia o no del marcador 6 de Harrington ("Existencia de cambios estructurales en los precios"), por cuanto la existencia de al menos dos (2) quiebres estructurales para cada una de las series de precios analizadas es condición suficiente para acreditar la presencia del marcador en cuestión. Por todo lo anterior, el Despacho mantiene la conclusión de que el marcador 6 de Harrington ("Existencia de cambios estructurales en los precios") existe en el presente caso.

De otra parte, HOLCIM argumentó que, cuando realizó la prueba Zivot – Andrews para su serie de precios, pudo concluir que el quiebre estructural no coincide con el presentado en la Resolución

⁵⁸ La primera excepción corresponde a la serie de precios de CEMEX en donde el primer quiebre se presentó en noviembre de 2010, mientras que las de ARGOS y HOLCIM presentaron un primer quiebre en septiembre de 2010, y la segunda se presentó en la serie de ARGOS que tuvo un segundo quiebre en diciembre de 2011 y no en enero de 2012 como sucedió para las dos series restantes. Como se advierte, ambas excepciones presentan una diferencia de tan sólo un mes, por lo que no resultan significativas para el análisis ni desvirtúan la existencia del marcador.

⁵⁹ Lumsdaine, R. L. and Papell, D.H. "Multiple trend breaks and the unit root hypothesis". Review of Economics and Statistics 79(2) 1997 Págs. 212-218

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

Sancionatoria y que el mismo fue precedido por un quiebre estructural en la serie de despachos de cemento gris Portland tipo 1.

Al respecto, es importante precisar lo siguiente: (i) no es admisible la comparación entre los quiebres estructurales presentados en la Resolución Sancionatoria y el quiebre mencionado por **HOLCIM**, pues dicha comparación carece de soporte econométrico, por cuanto las metodologías utilizadas en ambos casos son diferentes, en la medida en que la prueba de Zivot - Andrews invocada por la sancionada permite reconocer un único quiebre estructural, mientras que aquella utilizada por el Despacho permite la existencia de más de un quiebre estructural; (ii) si en gracia de discusión fuera adecuado el ejercicio propuesto por **HOLCIM**, el hecho de que el quiebre estructural en la serie de precios de la empresa sea precedido por un quiebre estructural en la serie de despachos de cemento gris Portland tipo 1 de la empresa, no desdibuja la presencia de este marcador en el mercado por cuanto lo que resulta relevante es la existencia misma del quiebre estructural en la serie de precios; y (iii) en la Resolución Sancionatoria se justificó de manera clara y precisa las razones por las cuales era pertinente utilizar la prueba de Lumsdaine y Papell y no otras pruebas alternativas, para verificar la existencia de este marcador.

Por último, frente al marcador 7 de **Harrington** (*Baja varianza en los precios*) para el cual el Despacho afirmó que no existía información suficiente para determinar si se cumplía o no en el presente caso, pues no existió certeza sobre el momento exacto de inicio o finalización del acuerdo, **ARGOS** recalcó que, de acuerdo con la afirmación del Despacho según la cual *"el periodo investigado no necesariamente coincide con el periodo durante el cual efectivamente se llevó a cabo la conducta anticompetitiva"* y que por tanto no contaba con información suficiente para replicar el ejercicio propuesto por **Harrington**, tal afirmación debería bastar para que la Superintendencia de Industria y Comercio revocara la sanción pues la conducta sancionada no habría tenido lugar en el periodo investigado.

Frente a esta interpretación realizada por parte de **ARGOS** claramente equivocada y descontextualizada, el Despacho considera que una completa y adecuada comprensión del marcador por parte de **ARGOS** le permitiría entender que la afirmación hace referencia a que no necesariamente el periodo investigado corresponde a la totalidad de tiempo de ejecución del cartel. Esto es, enero de 2010 y diciembre de 2012 podrían no corresponder a las fechas de inicio y finalización del acuerdo de precios en modalidad de paralelismo consciente. Lo anterior pues no existe evidencia en el Expediente que permita concluir inequívocamente que sean estas fechas en particular las que dan inicio y fin al cartel. En este sentido, el Despacho procedió a indicar que no contaba con información suficiente para replicar el marcador propuesto por **Harrington** sin que esto significara en ningún momento que la conducta no estuviera acreditada durante el periodo investigado.

4.5. Argumentos relacionados con las explicaciones ofrecidas por las sancionadas al paralelismo de precios

Una vez reconocido el paralelismo de precios en la Resolución Sancionatoria, el Despacho procedió a analizar las explicaciones aportadas por los sancionados a propósito de la conducta endilgada. Para el efecto, contrastó cada uno de los argumentos presentados con este propósito con las pruebas obrantes en el Expediente y concluyó que ninguno de ellos correspondía con la realidad, y por tanto, llamó la atención en que la ausencia de razonabilidad y/o veracidad de dichas explicaciones constituiría evidencia circunstancial adicional.

Dentro del análisis referido, el Despacho tuvo en cuenta: (i) el Comité de Precios de **ARGOS**; (ii) el "Libro Azul" de **HOLCIM**; (iii) la firma consultora contratada por **GEMEX**; y (iv) los aumentos en los costos y en la demanda, presentados por los sancionados en sus diferentes documentos allegados a la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco del presente caso.

En primer lugar, **ARGOS** manifestó que no tiene la carga de explicar que sus precios de venta no obedecen a un cartel empresarial. Frente a este punto, es importante resaltar que no fue la Superintendencia de Industria y Comercio quien impuso la carga a los investigados de explicar que sus precios no obedecieron a un cartel empresarial como equivocadamente lo señala **ARGOS**, sino que por el contrario, fueron los mismos investigados quienes tuvieron a bien presentar, de manera libre y espontánea dentro de sus argumentos de defensa, algunas explicaciones de la dinámica de sus precios. Así la única misión de la Superintendencia de Industria y Comercio consistió en evaluar y constatar la veracidad de dichos argumentos, encontrando que los mismos no permitieron explicar

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

plenamente la dinámica de los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales del cemento gris Portland tipo 1.

Así las cosas, no es que la Superintendencia de Industria y Comercio le hubiera impuesto a los investigados una carga supra legal o más allá de lo previsto en el ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, la mínima expectativa que tenía la Autoridad era que las afirmaciones y explicaciones presentadas por los investigados fueran ciertas, verídicas y apegadas a la realidad y no, como se demostró en la Resolución Sancionatoria, un cúmulo de imprecisiones e inexactitudes, en cuanto a que se utilizan hechos objetivos ocurridos en el mercado tales como aumentos en los costos y en la demanda, para justificar sin fundamento la dinámica de los precios, y falacias y falsedades para hacer ver que existen explicaciones puntuales a todas y cada una de las modificaciones de los precios, cuando en realidad no existen.

Si bien el Despacho logró desestimar cada uno de los argumentos anteriormente señalados en la Resolución Sancionatoria, a continuación se presentarán y responderán las observaciones a los mismos realizadas por ARGOS y HOLCIM en sus respectivos recursos de reposición.

4.5.1. Argumentos relacionados con el Comité de Precios de ARGOS

Respecto de la relevancia del Comité de Precios de ARGOS como explicación de la dinámica de sus precios, la sancionada aseguró que no es cierto que dicha compañía hubiese tratado de justificar la formación de sus precios a través de la explicación del funcionamiento de dicho Comité.

Al respecto, el Despacho considera importante referirse a la respuesta dada por ARGOS a un requerimiento de información obrante en el Expediente, en donde al ser interrogados sobre las fechas de modificación de precios ex fábrica de cemento gris Portland tipo 1, ARGOS respondió que

"En el Anexo No. 1 se adjuntan las actas del Comité de Precios correspondientes a cada una de las modificaciones de precios, en las cuales para cada caso específico se indican los motivos que dieron lugar a la respectiva modificación" ⁶⁰ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Le queda claro al Despacho con esta respuesta, que ARGOS explicó inicialmente las modificaciones de los precios ex fábrica del cemento gris Portland tipo 1 en virtud del Comité de Precios. En efecto, de acuerdo con lo explicado por ARGOS, el Comité justificaba la dinámica que tenían sus precios, los cuales resultaron siendo paralelos con los de CEMEX y HOLCIM.

En segundo lugar, ARGOS indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio pretendía que todos los precios facturados fuesen idénticos y se ajustaran milimétricamente a los parámetros determinados por el Comité, pues este último sólo establecía precios base sobre los cuales debe aplicarse una política comercial de descuentos, que depende de las condiciones particulares de negociación con cada cliente. Así mismo, ARGOS manifestó que las ofertas de precios con fundamento en las directrices del Comité de Precios estaban, en todo caso, sujetas a las leyes de la oferta y la demanda, por lo que los precios efectivamente cobrados dependían de las negociaciones concretas con sus clientes. Como sustento de lo anterior, ARGOS presentó un análisis "aleatorio" de 500 facturas con el que pretendió demostrar que los precios fueron determinados de conformidad con las políticas y parámetros establecidos por el Comité de Precios.

Al respecto, este Despacho reitera que fue la misma ARGOS quien presentó el funcionamiento del Comité de Precios como explicación a todos los cambios en los precios del cemento gris Portland tipo 1. Así, no es cierto que haya sido esta Superintendencia de Industria y Comercio quien le otorgó a dicho Comité el valor de ser determinante en la fijación de precios de ARGOS, pues lo único que hizo fue comprobar la veracidad de lo afirmado por la sancionada.

Adicionalmente, durante la evaluación que hizo este Despacho para determinar si el funcionamiento del Comité de Precios era suficiente para explicar los cambios en los precios ex fábrica de ARGOS, pudo constatar, tal y como lo indicó en la Resolución Sancionatoria, que existieron marcadas diferencias entre las variaciones y las frecuencias con que cambiaron los precios versus las veces en las que se reunió el Comité para efectuar "dichas" modificaciones. Particularmente, se señaló en

⁶⁰ Foto 86 Cuaderno Reservado ARGOS No. 1

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

la citada resolución que "está probado que durante el periodo investigado, esto es, a lo largo de los 36 meses, existen tan solo cuatro (4) actas, todas con decisiones de cambios en precios a cobrar por la investigada para el cemento gris Portland tipo 1, en las que se establecen los precios ex fábrica por segmento y departamento, así como la fecha a partir de la cual tendrán vigencia los cambios", mientras que lo que en realidad sucedió fue que los precios presentaron variaciones con una mucha mayor frecuencia.

Lo anterior da cuenta de que, a diferencia de lo señalado por ARGOS, el Comité de Precios no explica "cada una de las modificaciones de precios", con lo cual el Despacho logró desvirtuar el argumento presentado por la sancionada.

De otra parte, esta Superintendencia encontró que, en efecto, ARGOS realizó cambios en sus precios sin análisis y aprobación previa por parte del Comité. Lo anterior se pudo evidenciar en el Acta No. 19 del referido Comité, en la que se encuentra consignado que "[e]l Dr. Juan David Uribe explicó que en razón al dinamismo que ha presentado el mercado recientemente, especialmente en los últimos dos meses, ha sido necesario hacer algunas movimientaciones menores de precios para poder aprovechar las oportunidades de ajuste que brinda el mercado."⁶¹

Frente a esta aceptación expresa por parte de ARGOS de que existen cambios en los precios que no fueron discutidos en el marco del Comité, en dicha acta se señaló que "() es entendible que en algunos momentos se tenga que responder muy rápidamente al mercado para no desaprovechar movimientaciones de precios que favorecen a la Compañía. Anotó además que considerando que la carga laboral en el segundo semestre del presente año hizo complicado coordinar agendas para efectos de poder reunir al Comité es procedente ratificar los movimientaciones de precios realizados."

Para el Despacho, lo anterior reafirma las fuertes limitaciones del referido Comité a efectos de establecer los precios de ARGOS y cuestiona aun más el supuesto proceso de formación de precios autónomo e independiente de la forma en que fue explicado por la propia sancionada, ya que como se presentó anteriormente, de acuerdo con ARGOS, las actas del Comité de Precios contenían la explicación de todos y cada uno de los cambios en precios.

Sobre las facturas aportadas por ARGOS con el recurso de reposición, el Despacho llama la atención sobre lo siguiente. La sancionada, al referirse al mecanismo supuestamente "aleatorio" mediante el cual seleccionó las 500 facturas presentadas, no allegó soporte metodológico alguno que diera cuenta de que la selección respondió a un proceso riguroso de aleatorización en la selección de las facturas. Así las cosas, para la Superintendencia de Industria y Comercio no es adecuado descartar la hipótesis de que la selección mencionada fue motivada por el afán de ARGOS de demostrar convenientemente que sus precios facturados se ajustaron a las políticas y parámetros establecidos por el Comité, más que por un ejercicio estadístico de muestreo aleatorio riguroso y significativo.

Vale la pena agregar que el hecho de que las facturas aportadas cumplan con los parámetros del Comité, no implica que todas las transacciones lo hagan, máxime si se tiene en cuenta, como ya se indicó, que no resulta lógico que todos los precios de ARGOS durante los tres (3) años que comprende el periodo investigado, se hayan regido por lo dispuesto en los cinco (5) Comités, que se realizaron en promedio cada seis (6) meses durante este periodo, lo cual llevaría a asumir en contra de toda lógica que durante dichos tres (3) años los precios de la investigada solo se hayan modificado en cinco (5) oportunidades.

El Despacho considera que mal puede verse esta insuficiencia en la explicación de sus precios como una especie de inversión de la carga de la prueba contra ARGOS pues solamente se trata de la normal expectativa de cualquier Autoridad de que lo que dice un investigado simplemente sea claro y suficiente para explicar lo que pretende explicar, cosa que aquí no ocurrió, y que además se prueba, cuando a ello hubiere lugar.

En tercer lugar, ARGOS aseveró que el análisis sobre el Comité de Precios no fue el adecuado toda vez que los precios FOB indicativos o teóricos calculados para dar cumplimiento al condicionamiento, no podían ser comparados con precios de venta que incluyen fletes. También aseguró que esta Superintendencia no consideró el hecho de que el precio de acta del Comité utilizado en el ejercicio de comparación es un precio teórico o indicativo ya que el flete óptimo está sujeto a variaciones y no incluye los descuentos por pronto pago. Adicionalmente, manifestó que el

⁶¹ Folio 3140 del Cuaderno Reservado No. 2 de ARGOS

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Despacho incurrió en un error al presentar los precios reportados por la compañía, agregando precios observados en transacciones con mayoristas como con detallistas que tienen estructuras de descuentos diferentes, razón por la cual el resultado presenta precios variables mes a mes

Al respecto, vale la pena indicar que, el hecho de que en este punto de la actuación administrativa ARGOS afirme que los precios FOB del Comité de Precios eran teóricos, no significa que el Despacho haya cometido alguna imprecisión, pues, habiendo demostrado que ARGOS fue quien indicó que todos sus precios se fijaban con base en aquellos establecidos en el referido Comité, cualquier fuente de confusión proviene de las incoherencias y contradicciones en los argumentos de ARGOS y no de errores metodológicos cometidos por la Autoridad de Competencia, tal y como lo señaló la sancionada. En virtud de lo anterior, no resulta cierto que el análisis adelantado por esta Entidad haya sido errado, pues fue la misma investigada quien, al manifestar que todas las modificaciones de sus precios estaban sustentadas en el señalado Comité, llevó a la Superintendencia de Industria y Comercio a comparar los precios de mercado con aquellos establecidos en el Comité de Precios, aun cuando estos últimos pudieran sufrir variaciones por la existencia de descuentos por pronto pago y cambios en los fletes

Frente a la agregación de precios de mayoristas y detallistas, el Despacho considera importante enfatizar que no es cierto que en el ejercicio de comparación de precios observados y precios de las actas del Comité se hayan agregado precios de mayoristas con detallistas, pues es evidente que las estructuras de descuento son diferentes, tal y como lo pone de presente ARGOS. De hecho, lo que afirmó el Despacho, después de presentar las comparaciones para el segmento mayorista y concluir que los precios observados no tenían como referencia los del comité, fue que: *"[e]ste comportamiento es similar cuando se realiza la comparación de los precios cobrados con los fijados en las actas del Comité de Precios en otros segmentos, como el detallista y constructor. Estas comparaciones no se reportan, porque considera este Despacho que el análisis anteriormente realizado resulta bastante ilustrativo para desvirtuar el argumento de la investigada."*⁶² (Subrayas fuera de texto).

De la anterior afirmación resulta claro que, a efectos de realizar el ejercicio en mención, la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que debía efectuar un análisis independiente por segmento (mayorista, detallista, constructor, entre otros), con lo cual es evidente que no es cierto que se hubieran agregado precios de los segmentos mayorista y detallista, tal y como lo aseguró ARGOS

En cuarto lugar, ARGOS indicó que los precios que la Superintendencia de Industria y Comercio presentó como reportados por la empresa son cálculos del Despacho que contienen errores metodológicos. Al respecto, debe recordarse que, como ya se ha reiterado en el presente acto administrativo, los precios calculados por el Despacho provienen de la información suministrada por las sancionadas que reposa en el Expediente y por otro lado, corresponden al mejor indicador lineal insegado, con el cual era posible comparar los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM dada la multiplicidad de transacciones en el mercado de cemento gris Portland tipo 1. Así, una afirmación que indique que los cálculos realizados por el Despacho contienen errores metodológicos sería equivalente a afirmar que un indicador como lo es un promedio ponderado, no es representativo de la distribución de una variable, o que la calidad de la información aportada por las sancionadas ya contenía dichos errores. Por lo anterior, dado que la Superintendencia de Industria y Comercio reconoce que lo primero no es el caso y confía en que lo segundo tampoco lo sea, a pesar del comportamiento procesal de ARGOS descrito en la Resolución Sancionatoria es posible afirmar que no es cierto que dichos cálculos contengan errores metodológicos

En conclusión, el Despacho insiste en que el fin del análisis adelantado en la Resolución Sancionatoria consistió en demostrar que la justificación inicial ofrecida por ARGOS, sobre las modificaciones de sus precios no resultó suficiente para, precisamente, explicar en su totalidad la dinámica de dichas modificaciones de precios. Así, no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiese esperado que los precios de mercado fuesen idénticos y se ajustaran milimétricamente a los del Comité de Precios, pero sí es cierto que ARGOS no explicó con suficiencia la verdadera dinámica de sus precios, pues se limitó a fundar sus explicaciones en el funcionamiento del mencionado Comité.

⁶² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81301, Pág. 93

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

4.5.2. Argumentos relacionados con el "Libro Azul" de HOLCIM

HOLCIM, MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ y JAIME ANTONIO HILL TINOCO aseveraron que la Superintendencia de Industria y Comercio no ha entendido la forma en que HOLCIM utiliza el "Libro Azul" pues, de acuerdo con los sancionados, en tal instrumento lo que se registra es la modificación del precio de referencia y no el precio al que finalmente la compañía tiene que negociar el producto.

En este sentido, el Despacho recuerda a los sancionados lo mencionado en sus descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos respecto de la supuesta explicación racional a la totalidad de los movimientos de sus precios:

"Adicionalmente, y como consta en los documentos que se adjuntan y que hacen parte del expediente (información en medio magnético del Cuaderno Reservado No. 1 de HOLCIM), cada vez que HOLCIM modificó sus precios, lo hizo con base en criterios debidamente fundamentados, lo cual demuestra que obró de manera unilateral y autónoma"⁶³

De acuerdo con la anterior afirmación, el Despacho reitera que fue HOLCIM quien indicó que todos y cada uno de los cambios en sus precios eran debidamente consignados en el "Libro Azul", es decir, "cada vez que (...) modificó sus precios", razón por la cual no es admisible para la Superintendencia de Industria y Comercio que en este punto de la investigación HOLCIM afirme que los cambios consignados no corresponden a los precios cobrados por la compañía, cuando la afirmación citada anteriormente, particularmente respecto del anexo mencionado en los Descargos, corresponde a la respuesta de la investigada a un requerimiento de información por parte de la Delegatura sobre modificaciones en los precios ex fábrica del cemento gris Portland tipo 1 y no a modificaciones en precios teóricos o de referencia.

En cualquier caso, la Superintendencia de Industria y Comercio llama la atención sobre la conveniencia y contradicción en los argumentos de HOLCIM al realizar tal aseveración en este punto de la actuación, cuando fue la misma sancionada la que respondió a esta Superintendencia que era el "Libro Azul" el fundamento inequívoco de que HOLCIM modificaba sus precios ex fábrica del cemento gris Portland tipo 1 de forma autónoma e independiente, para posteriormente asegurar que es normal que los precios reales de venta fuesen inferiores o superiores a aquellos consignados en el "Libro Azul" por cuanto "(...) se incorporan los cargos o descuentos correspondientes de acuerdo a la situación de cada cliente (...)"⁶⁴. De acuerdo con lo anterior, HOLCIM pareciera indicar en algunas ocasiones que los precios ex fábrica sí son explicados por el "Libro Azul", mientras que en otras asegura que los mismos pueden diferir de los expresados en tal documento por cuanto la política comercial permite que se cobren cargos o se realicen descuentos, con lo cual los precios efectivamente cobrados no estarían completamente fundamentados en las modificaciones consignadas en el "Libro Azul".

De acuerdo con lo afirmado por HOLCIM, es una empresa que, por su menor tamaño y por tener copada su capacidad instalada, actúa como tomadora de precios de las dos empresas con mayor participación en el mercado, es decir, debe seguir, en la mayoría de los casos, el precio de las empresas líderes.

Frente a este argumento, es importante resaltar que, per se, la existencia del paralelismo de precios, que como bien lo indica HOLCIM podría ser producto simplemente de un esquema de competencia en donde existe una o varias empresas líderes y otras seguidoras de precios, no fue reprochada por el Despacho en la Resolución Sancionatoria. Lo cierto es que, en conjunto con la acreditación del paralelismo de precios entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró evidencia que da cuenta de que el mencionado paralelismo fue consciente y que por tanto, se constituía en un acuerdo restrictivo de la competencia. Entonces, no es de recibo el argumento según el cual, HOLCIM estaría fijando sus precios siguiendo a sus competidores y de manera autónoma, por cuanto dicha afirmación contradice los elementos materiales probatorios que dan cuenta precisamente de lo opuesto, ello es, del elemento consciente que se encuentra acreditado a lo largo de la Resolución Sancionatoria.

⁶³ Folio 1093 Cuaderno Reservado HOLCIM No. 2 del Expediente

⁶⁴ Observaciones de HOLCIM al Informe Motivado, Pág. 150.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

4.5.3. Argumentos relacionados con otras explicaciones ofrecidas por los sancionados sobre el comportamiento de sus precios

La Resolución Sancionatoria, además de analizar el Comité de Precios de ARGOS y el 'Libro Azul' de HOLCIM, también investigó si el aumento en los precios del cemento gris Portland tipo 1 durante el periodo investigado estuvo justificado por aumentos en los costos e incrementos en la demanda, tal y como lo afirmaron las sancionadas en sus observaciones al Informe Motivado. El ejercicio realizado por el Despacho consistió en: (i) estimar la ecuación de la recta que representó la tendencia tanto de la serie de costos como de la de precios, obtener la variación promedio mensual de las mismas para cada uno de los sancionados y comparar dichas variaciones para determinar cuánto del incremento en costo podría explicar el aumento observado en los precios, y (ii) realizar un análisis gráfico de la dinámica de los precios observados y de las ventas totales en el mercado como proxy de la demanda enfrentada por los sancionados.

Con lo anterior, el Despacho llegó a la conclusión de que *"los costos representan un porcentaje muy bajo de los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de las empresas, y que, además, los incrementos observados en los precios no se corresponden, de manera siquiera cercana, con el cambio en los costos que enfrentaron ARGOS, CEMEX y HOLCIM en el periodo objeto de análisis"*⁶⁵ y que, además, los cambios en los precios tampoco se correspondieron con aquellos de la demanda, pues existieron periodos donde las ventas cayeron o aumentaron muy poco, mientras los precios presentaban incrementos importantes.

Respecto del ejercicio sobre la relación entre los precios y la demanda, HOLCIM señaló que la Resolución Sancionatoria analizó el comportamiento del incremento de la demanda considerando únicamente el cemento gris Portland tipo 1 en sacos, y desconoció que las compañías cementeras tienen que producir todos los tipos de cemento en las mismas plantas. En su opinión, la demanda debió ser analizada respecto de la totalidad de los tipos de cemento, considerando especialmente que HOLCIM tiene una sola planta.

Frente a este argumento, es necesario advertir que la finalidad del análisis de la dinámica de la demanda del cemento gris Portland tipo 1 realizada en la Resolución Sancionatoria, fue verificar si una de las explicaciones aportadas por las sancionadas respecto del incremento de sus precios, era o no suficiente para justificar el comportamiento paralelo entre los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM. De esta manera, no resulta necesario analizar qué ocurrió con la demanda de otros tipos de cemento, por cuanto dicho factor no fue en ningún momento mencionado por las sancionadas como determinante en la formación de los precios del cemento gris Portland tipo 1.

Lo anterior no quiere decir que la Entidad desconozca que las empresas investigadas tenían la capacidad de ser multi-producto y que tal condición puede influir en las decisiones de producción del cemento gris Portland tipo 1. De hecho, la Resolución Sancionatoria indicó que *"[l]a cadena productiva del cemento se caracteriza por ser un esquema multi-producto, pues del mismo proceso de producción se obtienen varios tipos de cemento, por lo que la capacidad de producción puede ser utilizada en uno u otro bien final."*⁶⁶

Así, no es cierto que la Superintendencia de Industria y Comercio haya desconocido el esquema multi-producto de las plantas de cemento de las sancionadas. Sin embargo, dicho factor no es determinante en el análisis que pretende cuestionar HOLCIM, por cuanto el objetivo del mismo era simplemente mirar el efecto de la dinámica de la demanda de cemento gris Portland tipo 1 sobre los precios propios del producto, y no efectuar un análisis entre el precio del cemento gris Portland tipo 1 y la demanda de otros bienes, como pretende erróneamente indicarlo la sancionada.

En este mismo sentido, ARGOS aseguró que el hecho de que los precios no cambien en función de los costos o de la demanda, responde a una lógica mediante la cual el objetivo de la empresa es maximizar sus utilidades.

Frente a este punto, es importante mencionar que la Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento aseguró que el hecho de que los precios no cambien en función de los costos o de la demanda no pudiese responder a una lógica mediante la cual el objetivo de la empresa es

⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391, Pág. 98.

⁶⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391, Pág. 44.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

maximizar sus utilidades. Sin embargo, fueron las sancionadas quienes aseguraron que sus decisiones de precios estaban sustentadas tanto en cambios de costos como de demanda del cemento gris Portland tipo 1. Así, habiendo argumentado dicha relación, el Despacho consideró relevante analizar si la misma era cierta o no y si era suficiente para explicar la dinámica de los precios que se presentó durante el periodo investigado.

Ahora bien, la conclusión del ejercicio realizado por el Despacho según el cual fue posible observar que los precios no cambiaron en función de los costos o de la demanda, en ningún momento fue prueba alguna de que dicha dinámica haya sucedido inequívocamente por la presencia de un cartel en el mercado. De lo que sí da cuenta el resultado obtenido es que las explicaciones aportadas por algunos sancionados sobre el mecanismo de formación de sus precios en el periodo investigado fueron insuficientes.

Así, si bien el Despacho reconozca que la afirmación de ARGOS pueda ser verdadera en algunos casos, lo cierto es que en el presente caso, y acreditado el paralelismo consciente en precios ex fábrica promedio ponderados de los sancionados, dicha explicación no resultó ser la correcta.

De otra parte, HOLLCIM argumentó que, de acuerdo con el uso de su capacidad instalada durante el periodo investigado, no estaba en condiciones para pretender ganar mercado mediante reducciones de precios, pues no podía elevar de manera inmediata y significativa las cantidades producidas y obtener ingresos vía volumen. Adicionalmente, afirmó la investigada que sobre este aspecto la Resolución Sancionatoria guardó silencio.

En cuanto a este argumento, el Despacho se permite resaltar que el análisis de capacidad ociosa propuesto en el Informe Motivado no fue utilizado en la Resolución Sancionatoria con el mismo fin con el que lo utilizó la Delegatura, pues como se ilustró anteriormente, tan solo fue referido al momento de caracterizar el mercado afectado por la conducta. Por tal razón, la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía por qué pronunciarse frente a un argumento que no utilizó en el análisis de la conducta anticompetitiva endilgada.

A su vez, propuso HOLLCIM que el hecho de que en un mercado oligopólico de un producto homogéneo, los participantes tomen en consideración el precio público del mercado en el cual participan, no significa que exista un acuerdo anticompetitivo. En este caso, la Autoridad debe probar que las compañías no actuaron de manera independiente, y este elemento probatorio no se encuentra en la Resolución Sancionatoria.

Al respecto, este Despacho insiste como se dijo de forma reiterada en la Resolución Sancionatoria, que no es posible entender de manera aislada e independiente el análisis y la conclusión sobre la existencia del paralelismo de precios ex fábrica promedio ponderado nacional de ARGOS, CEMEX y HOLLCIM, del estudio realizado en la sección en la cual demostró plenamente la existencia del elemento consciente en el caso concreto. De esta manera, llama la atención al Despacho que HOLLCIM no haya encontrado en la lectura realizada a la Resolución Sancionatoria, las extensas referencias hechas a los numerosos elementos materiales probatorios que dan cuenta de que el paralelismo de precios no obedeció a un comportamiento autónomo e independiente de las investigadas, sino que se debió a un acuerdo restrictivo de la competencia por parte de las investigadas en la modalidad de paralelismo consciente.

4.6. Argumentos relacionados con la existencia del elemento consciente

4.6.1. Argumentos relacionados con el principio de no meterse en obras comenzadas

En su memorial de descargos frente a la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos⁶⁷, HOLLCIM aportó una serie de evidencias agrupadas bajo el título "Comunicaciones sobre el cumplimiento de la política de libre y leal competencia"⁶⁸, de las cuales la Resolución Sancionatoria utilizó como prueba del factor plus del paralelismo de precios una cadena de correos electrónicos iniciada el 28 de enero de 2013, que daba cuenta de un denominado "principio de no meterse en obras comenzadas".

⁶⁷ Folio 1078 del Cuaderno Reservado HOLLCIM No. 2 a folio 2574 del Cuaderno Reservado HOLLCIM No. 9 de Expediente

⁶⁸ Folio 1127 del Cuaderno Reservado HOLLCIM No. 7 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

A continuación se muestra una imagen del mencionado memorial de descargos mediante el cual se aportó la cadena de correos señalada.

Imagen No. 1.

Respuesta Barrera Aragón
A través de correo electrónico

2-04	Control de perdidas de cemento de HOLCIM desde 2010 y hasta el 2013 y rotaciones de ventas de HOLCIM en una misma ciudad.
2-05	¿Se penalizó a la venta "Libro Abierto"?
2-06	Ejemplos de defunciones de cumplimiento del código de conducta. Si la SIC lo requiere, HOLCIM exhibió la evidencia de sus documentos.
2-07	Ejemplos de defunciones de cumplimiento de la política de documentos de comercial. Si la SIC lo requiere, HOLCIM exhibió la evidencia de sus documentos.
2-08	Comentarios sobre el cumplimiento de la política de libros y libros de cuentas.
2-09	Comentarios sobre el cumplimiento de la política de libros y libros de cuentas. Si la SIC lo requiere, HOLCIM exhibió la evidencia de sus documentos. QD que contiene información sobre diversos industriales y comerciales internacionales relacionados al comercio del cemento.
2-10	Presentación sobre proyecto "Barrio La Cumbre".
2-11	Certificados de abstracción y representación de Comercio Exterior S.A., Comercio del Atlántico S.A. e impresión de la página web de comercio.
2-12	Comentarios sobre el cumplimiento de HOLCIM en el mes de Octubre de 2013.

Fuente: Folios 1078 y 1127 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 2 del Expediente

El hecho de que la prueba haya sido aportada directamente por HOLCIM es relevante, en la medida en que sorprendente e increíblemente esta empresa acujo en su defensa que la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución Sancionatoria, había citado factores plus totalmente distintos de los que se utilizaron en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, cuya existencia no había sido indicada a lo largo de la actuación y frente a los cuales no se le había permitido solicitar y aportar pruebas para ejercer su derecho de contradicción, con lo cual supuestamente se le estaría violando el derecho de defensa.

Si bien este argumento será abordado en una sección posterior, lo cierto es que la cadena de correos mencionada, no solo ha estado a disposición de todos los investigados desde el vencimiento del traslado de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, sino que fue incorporada al Expediente por solicitud de HOLCIM, como una supuesta evidencia del cumplimiento de su política de competencia, lo cual entre muchas otras cosas, da cuenta del conocimiento que tuvo la investigada de la prueba, y de la oportunidad que siempre tuvo durante la actuación administrativa para pronunciarse sobre la misma. Por lo anterior, los argumentos sobre un aparente desconocimiento de la existencia de la prueba y la presunta violación del derecho de defensa en relación con esta evidencia deben rechazarse de entrada por su falta de seriedad, veracidad y fundamento, pero sobre todo por su extrema deslealtad procesal con la Autoridad. Planteamientos como este le permiten al Despacho interir una estrategia deliberada de algunos investigados, en este caso de HOLCIM, de dolerse casi que de forma automática, inflexiva, precipitada y sin ningún motivo, de supuestas violaciones del debido proceso, cuando en realidad la Superintendencia de Industria y Comercio ha respetado plenamente los derechos de los investigados y su actuar ha estado perfectamente apegado a las disposiciones legales.

Pues bien, la cadena de correos en mención fue iniciada el 28 de enero de 2013 con un mensaje en el que la **CONSTRUCTORA VALDERRAMA LTDA**, les solicitó a varias empresas, incluidas **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, una cotización para el suministro de 180 metros cúbicos de concreto para un proyecto denominado "Barrio La Cumbre" que tendría lugar en Floridablanca, Santander⁶⁹.

ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de **ARGOS**) dio respuesta al mensaje y envió los detalles de la oferta de su empresa a todas las personas a quienes se les había

⁶⁹ Folios 2500 a 2511 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 9 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

solicitado la cotización, incluidos sus competidores HOLCIM y CEMEX. Cuando fue advertida de tal envío masivo por parte de CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) —quien preguntó si el mensaje era para él—, aprovechó el espacio para sugerirle a este último que buscaran subir el precio, y le expresó su sorpresa porque se había metido en dos (2) obras comenzadas suyas con precios más bajos, lo cual solamente beneficiaría "al cliente" y representaría una violación de un "principio de no meterse en obras comenzadas" que "siempre" habían manejado entre sí.

El mensaje se cita a continuación:

**Ups no me di cuenta.*

Aprovecho Carfitos para saludarte y sugerirte que busquemos subir el precio, esta (sic) vendiendo con precios bajos del año pasado.

Sorprendida con ustedes cuando siempre tenemos como principio no meternos en obras comenzadas y ya te metiste en 2 más (sic) con precios más (sic) bajos y el único que sale ganando en todo esto es el cliente.

Hablemos cuando puedes?? (sic)

Saludos

AM⁷⁰ (Negritas y subrayas fuera de texto)

CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) envió a su superior el correo recibido de la funcionaria de ARGOS y describió lo dicho por esta última en relación con que se había metido en las obras de ARGOS con precios más bajos. Sobre el particular, aclaró que la funcionaria de ARGOS era quien había incumplido el principio aludido, pues le había "quitado" varias obras el año anterior. En su mensaje, CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) afirmó también que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) ganó la cotización enviada por equivocación porque cotizó con un EBITDA del 12%, cuando HOLCIM venía haciéndolo con EBITDA del 17%.

El mensaje es el siguiente:

()

Copio este correo de acuerdo a nuestra política (sic) de libre competencia para ponerla al tanto de la situación. Ella es la jefe comercial de la Zona... que opina al respecto (sic)... desde luego lo que dice no es cierto de hecho, la cotización que me copio (sic) por equivocación se le ganó porque para ese tipo de negocios cotizamos con Ebitda del 17% y ella lo hizo con el 12%, eran como 150 m3 (s.c).

A ella se le olvida o se hace la ... con ciertos temas.

- Se le olvida que nos quitó hace un año a prestigio metiendosale (sic) a la obra (sic) que ya habíamos iniciado nosotros ONIX
- Le extendió de igual forma el super (sic) descuento para la obra del dueño de prestigio en Ruitoque. Nosotros desde Honda nunca llegabamos (sic) con ese precio.
- Se le olvida también el tema de la obra de la esquina cerca a la planta
- Me quitó a mí (sic) la obra de centro abastos hace 1 año cuando ya había hecho la RIO y me habían (sic) dado orden de Compra.
- Acaba de quitarle una obra a Mary la del estadio de Firrida con 7% en precios.

Que opina? (sic)

PD/ La vieja está loca y me crea boba ... es de cuidado pues ella solo piensa en precio, no tiene más (sic) argumentos, yo la conozco negociando pues le compré concreto y sabía como (sic) manejarla⁷¹. (Negritas y subrayas fuera de texto)

En relación con esta cadena de correos, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que esta evidencia, valorada en conjunto con las demás pruebas y elementos analizados en la

⁷⁰ Foio 2504 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 8 del Expediente

⁷¹ Foio 2503 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 8 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

actuación, daban cuenta del ambiente de cooperación y del propósito de no competir que regia las relaciones entre ARGOS y HOLCIM, lo cual contribuyó a la acreditación del elemento consciente de la conducta investigada. También afirmó que la conversación resultaba altamente indicativa de un ambiente en el que se buscaba que no hubiera rivalidad, pues no es concebible que en un verdadero escenario de competencia, un competidor le proponga a otro subir los precios, que cause sorpresa el hecho de que un rival le quite un cliente al otro y que se haga referencia a un "principio de no meterse en obras comenzadas". Adicionalmente, esta Entidad cuestionó la fuente que le permitió a CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) afirmar que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) había ofrecido un precio equivalente a EBITDA de 12%, cuando la cotización enviada únicamente contenía el precio que se cobraría por los productos solicitados, sin que se realizara mención alguna de esta información.

Pues bien, respecto de esta prueba, ARGOS afirmó que no es dable para la Superintendencia de Industria y Comercio concluir a partir de un mensaje puntual y aislado, intercambiado entre dos funcionarios concretos de ARGOS y HOLCIM, que entre esas dos compañías existía ánimo colaborativo alguno. En línea con lo anterior, sostuvo que la referida cadena de correos, a lo sumo, daría cuenta de que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) y CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) se conocían y que, por razones que se ignoran, aparentemente habrían conversado en alguna ocasión sobre no meterse en las obras comenzadas del otro, lo cual no constituye indicio de la existencia de una práctica conscientemente paralela para la determinación de precios del cemento gris Portland tipo 1.

Sobre el particular vale la pena resaltar que esta Autoridad, al momento de analizar la cadena de correos objeto de estudio, señaló reiteradamente que la misma, valorada en conjunto con las demás pruebas identificadas y teniendo en cuenta el contexto de la actuación, daba cuenta del ambiente colaborativo que existía entre las empresas investigadas. Esto quiere decir que la existencia del escenario cooperativo en el que operaban las empresas no se demostró única y exclusivamente a partir de esta prueba puntual y aislada. Tal ambiente de colaboración, contrario a lo afirmado por ARGOS, se derivó de un análisis en conjunto de variados elementos materiales probatorios que apuntaron comúnmente a un entorno colaborativo y de no rivalidad, que tuvieron lugar en el marco de un paralelismo de precios que fue plenamente demostrado económicamente.

Es por eso mismo que la interpretación que propone ARGOS no es de recibo por parte de esta Autoridad, pues tal entendimiento de la prueba solo tendría validez si la misma no fuera analizada junto con los demás elementos probatorios recaudados, los cuales, se reitera, tuvieron ocurrencia de manera concomitante con un paralelismo de precios identificado por la Autoridad y apuntaron a un escenario de cercanía, apoyo y colaboración antes que de competencia real y rivalidad comercial en el mercado. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente, pues desconoce por completo el análisis integral y la articulación recíproca de las pruebas que hizo esta Superintendencia.

En este punto, es preciso hacer alusión a la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a los criterios de la sana crítica y las reglas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 del Código General de Proceso que reproduce con idéntico contenido la regla prevista en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil:

"Artículo 176. Apreciación de las pruebas. 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 sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos,

(...)". (Negrilla y subrayas fuera del texto)

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"1) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad. ⁷² (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble conmutación por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el razonamiento que le permitió fundar su convicción. (...) ⁷³ (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

"4. (...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación. (...) Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, alore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso" (G J T CCVIII, pág. 151) ⁷⁴ (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

"(...) 3.1. La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone "la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse" (Casación Civil, Sentencia del 6 de junio de 1995) ⁷⁵. (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de la sana crítica y las reglas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Incluso, respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfiere 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 paritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas

⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. 26 de junio de 2015. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Radicación 20031-23-31-000-2003-01951-01(35752).

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de agosto de 2004. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Expediente No. 7779.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 30 de septiembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente No. 11001-3103-022-1998-01485-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

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 olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento."⁷⁹ (Negrita y subrayas fuera del texto).

Así las cosas, debe ponerse de presente que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con los factores plus, fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio, que abarcó elementos de contexto y tuvo en cuenta la confluencia con un paralelismo de precios demostrado económicamente, y que utilizó además las reglas de la experiencia y de la sana crítica en la apreciación de todas y cada una de las pruebas.

Lo anterior representa una razón más por la cual debe ser descartado el argumento del recurrente que apunta a desacreditar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios y dejando de lado los puntos de convergencia o coincidencia que muestra con estos, toda vez que una posición en este sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional.

Por otro lado, ARGOS también afirmó que la cadena de correos no podía servir para probar el ambiente colaborativo, ya que hace referencia a un producto que no guarda ninguna relación ni con el producto que es materia de investigación ni con el supuesto paralelismo. En el mismo sentido, HOLCIM sostuvo que el correo que recibió por equivocación de la funcionaria de ARGOS constituye una prueba impertinente, inconcuente e inútil para demostrar la existencia de un acuerdo de precios respecto del cemento gris Portland tipo 1 en saco, debido a que se refiere a otro tipo de cemento, que es el cemento a granel.

Pese a que este argumento ya había sido resuelto por esta Autoridad en la Hoja No. 109 de la Resolución Sancionatoria⁷⁷ —lo cual permite inferir que los investigados pasaron por alto los razonamientos expuestos en este sentido— se reiterará lo dispuesto sobre el particular para efectos de dar total claridad al investigado acerca del análisis realizado.

En primer lugar, se recuerda que lo que el Despacho buscó dilucidar con el análisis conjunto de la evidencia recopilada fue la existencia de un ambiente de concertación y colaboración entre los investigados, y no el acuerdo de precios de cemento gris Portland tipo 1 como tal. Por ende, el fin de la prueba hacía innecesaria la alusión expresa al producto objeto de investigación.

En segundo lugar y en concordancia con lo anterior, esta Autoridad dispuso que la prueba dejaba ver que entre los competidores ARGOS y HOLCIM existía un relacionamiento cercano y, especialmente que tales agentes tenían comunicación respecto del incremento de los precios de los productos que comercializaban (independientemente de su especificación). Esta valoración, vale la pena resaltar, se muestra razonable y coherente con el resto de elementos probatorios recaudados y analizados en la presente actuación y con el comportamiento paralelo de los precios del cemento gris Portland tipo 1 de los investigados para el periodo 2010 – 2012.

Incluso, en este punto vale la pena poner de presente que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) involucrada en la cadena de correos, en la declaración que rindió el 6 de febrero de 2018 ante el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio, con ocasión de las pruebas decretadas de oficio mediante Resolución No. 2163 del 17 de enero 2018, manifestó que durante el periodo investigado había tenido a su cargo la comercialización de concreto y cemento en esa empresa:

"Despacho. ¿Usted para esa época qué vendía?"

Alexandra Monroy Téllez: Concreto y cemento

⁷⁹ Couture, E. "Fundamentos de derecho procesal civil". Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C 622 de 1998, M. P. Dr. Fabio Morán Díaz pp. 15 y 16.

⁷⁷ Folio 3925 del Cuaderno Público No. 31 de Excedente.

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

Despacho: *¿De quién?*

Alexandra Monroy Téllez: *De cementos ARGOS⁷⁸.*

Por su parte, **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de HOLCIM) en la declaración que rindió aclaró también que en esa empresa el concreto y el cemento comparten la misma línea de ventas, y que tanto **CARLOS QUIROZ** como su jefe —quien fungía como Gerente de Infraestructura a nivel nacional y Gerente Comercial de Zona Centro Ampliada— ejercían labores comerciales que abarcaban ambos productos:

***Despacho:** *CLARA INÉS MARTINEZ, Gerente Comercial ZCA y Proyectos de HOLCIM, ¿lo es respecto al mercado del cemento y del concreto?*

Sara Jiménez Fandiño, *1 o era*

(...)

Despacho: *Y CARLOS QUIROZ, jefe de zona Santander, ¿también está motido en los dos mercados? ¿Cemento y concreto?*

Sara Jiménez Fandiño: *También*

Despacho: *O sea, la línea de ventas para ambos negocios es la misma.*

Sara Jiménez Fandiño, *5^{ta}.*

Así las cosas, es posible afirmar que independientemente de que las comunicaciones aludieran a un producto diferente al cemento gris Portland tipo 1, lo cierto es que el ambiente colaborativo que se derivó de su interpretación tuvo en cuenta comportamientos de funcionarios que tenían funciones afines y que se encargaban de comercializar el producto objeto de investigación. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza, ya que además de resultar repetitivo y haber sido contestado en la Resolución Sancionatoria, desconoce el objeto de la prueba, el contexto de su análisis y el alcance antes mencionado.

De otra parte, **ARGOS** afirmó que teniendo en cuenta que la referida cadena de correos surgió con posterioridad al periodo en el que habría tenido lugar el supuesto paralelismo consciente de precios, la misma no puede revelar conciencia o coordinación respecto de esa conducta, puesto que es posterior a los hechos objeto de investigación.

En este sentido, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria⁷⁹ —lo cual fue también fue pasado por alto en el recurso de reposición de **ARGOS**— en relación con que los mensajes intercambiados hacen alusión a hechos pasados reiterados, que habían tenido lugar durante el periodo investigado. Se recuerda en este punto que la funcionaria de **ARGOS** usó la expresión 'siempre tenemos como principio no matarnos en obras comenzadas', y que **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de HOLCIM), cuando reenvió el mensaje a su superior, hizo alusión expresa a cinco (5) casos en los que **ARGOS** había incumplido el principio aludido desde el año inmediatamente anterior al mensaje (esto es, desde enero de 2012). Así las cosas, el hecho de que la fecha de la cadena de correos sea enero de 2013 resulta irrelevante, ya que los hechos a los que alude el contenido de los mensajes son pasados, denotan continuidad y si se circunscriben al periodo investigado (2010-2012).

Ahora bien, a propósito de los 'incumplimientos' del principio citados en la cadena de correos, **HOLCIM** afirmó que la Superintendencia 'dedujo' de los mensajes un presunto acuerdo para repartirse los clientes y subir los precios, pero que lo cierto era que su lectura —a partir de las obras reclamadas entre sí— lo que demostraba es que las empresas se están quitando clientes y están compitiendo con precios. En línea con lo anterior, sostuvo que no existe ninguna prueba que indique que **HOLCIM** decidió cambiar sus precios o dejar de buscar clientes como consecuencia de esos correos.

⁷⁸ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente, CD titulado "ALEXANDRA MONROY", Minuto 47-10.

⁷⁹ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente, CD titulado "SARA JIMÉNEZ", Minuto 1:57-48.

⁸⁰ Folio 3925 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Sobre el particular, el Despacho aclara que no se ha hecho "deducción" alguna en relación con el principio de no meterse en obras comenzadas y la propuesta de subir los precios del concreto, pues lo consignado en la Resolución Sancionatoria deviene de manifestaciones expresas y literales contenidas en la prueba analizada, la cual, se reitera, fue aportada por el mismo investigado, que valga recordar, sorprendentemente manifestó en el recurso de reposición "desconocer" una prueba por él mismo aportada en el escrito de descargos a la Resolución de Apertura de Investigación y Pliego de Cargos.

Adicionalmente, no es cierto que el mensaje dé cuenta de comportamientos competitivos. Una lectura sensata del mensaje y coherente con lo allí expresamente manifestado, lo que permite advertir es que alude a sugerencias y acuerdos anticompetitivos incumplidos por las partes, circunstancia que es a todas luces diferente. En este sentido, se aclara que el hecho de que el principio de no meterse en obras comenzadas haya sido incumplido por alguna de las partes no quiere decir que el principio en sí mismo no haya existido. Por el contrario, los reclamos de su incumplimiento terminan siendo demostrativos de su existencia. De ello, no existe la más mínima duda.

Incluso, no debe perderse de vista que el mensaje también incluye expresamente una sugerencia de incrementar los precios de uno de los principales productos que ambos competidores comercializan (concreto), propuesta que es tan ilegal que su misma autora lo reconoció como tal en la declaración que rindió ante esta Entidad:

"Despacho: ¿A usted le parece correcto hacerle una invitación a un funcionario de una empresa competidora de la que usted trabaja respecto de la que usted trabaja, para reunirse a subir el precio, a acordar subir los precios?"

Alexandra Monroy Téllez: No, por supuesto que no

Despacho: ¿Por qué eso no es correcto?"

Alexandra Monroy Téllez: Porque pues eso no está bien. Digamos cada compañía tenía sus directrices y yo tenía unas directrices. Además yo no podía hacer absolutamente nada con eso porque eso no estaba a mi alcance. Pero igual, vuelvo y le digo, lo hice de forma personal, en una ligereza, () a título personal (...).

Despacho: Pero explíqueme por qué usted cree que eso está mal. ¿Por qué usted cree que invitar a un funcionario a un empleado de una empresa competidora está mal?"

Alexandra Monroy Téllez: Porque pues cada uno digamos tiene sus lineamientos y sus directrices. Eso no estaba dentro de . . . Pues yo considero que eso no está bien

Despacho: ¿Pero por qué?"

Alexandra Monroy Téllez: Pues porque no debe haber en ningún momento unos precios iguales, o sea, cada uno tiene la libertad de establecer sus precios, o sea, yo pienso que no.

Despacho: ¿Entonces usted es consciente de que eso estaba mal?"

Alexandra Monroy Téllez: Yo soy consciente que cometí un error (..)⁸¹

En línea con lo anterior, se advierte que lo deseable en un ambiente de competencia no es que se incumplan principios o pactos anticompetitivos, o que no se sigan sugerencias de subir precios abiertamente ilegales sino que esla o ase de acuerdos no existan en absoluto en el mercado. Esto, teniendo en cuenta especialmente que este tipo de acuerdos son reprochables tanto por su objeto como por su efecto, por lo cual resulta indiferente que se ejecuten efectivamente. Así las cosas, el hecho de que no haya pruebas que indiquen que HOLLIM cedió cambiar sus precios o dejar de buscar clientes como consecuencia de esos correos, no desvirtúa el juicio de valoración, pues esto, como se dijo líneas atrás solo demuestra eventuales falencias del cumplimiento de pactos que jamás debieron haber existido

⁸¹ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado "ALEXANDRA MONROY". Minto 48-03

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Así pues, sorprende que HOLLIM crea realmente y que así trate de convencer a la Autoridad de Competencia, de que un correo electrónico entre dos empresas competidoras en el que se propone incrementar los precios y se reclama el incumplimiento de un principio de no meterse en obras comenzadas, pueda ser visto y leído como un actuar pro competitivo e indicativo de una vigorosa competencia en el mercado. Este argumento incluso es tan infundado que se contraponen con lo manifestado expresamente por SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO (Gerente Legal de HOLLIM), quien en el marco de su declaración afirmó que el mensaje, en efecto, aludía a prácticas anticompetitivas

"Despacho: De la lectura del correo del 20 de febrero que suscribe ARGOS la jefe de zona de Santander de ARGOS (...), ALEXANDRA MONROY, a CARLOS QUIROZ, ¿usted ve que le está proponiendo prácticas anticompetitivas, cuando le dice que se reúnan para subir el precio y que siempre tenemos como principio no meternos en obras ya comenzadas?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si porque yo no tengo por qué hablar con ARGOS de subir el precio⁶²

De hecho, afirmó también que, precisamente, fue la sugerencia de subir precios y la alusión al principio de no meterse en obras comenzadas, los contenidos que le generaron alarmas, de acuerdo con la política de competencia que manejaba HOLLIM

"Despacho: (...) Ese correo electrónico, de acuerdo con la vigorosa política, y rigurosa política de competencia al interior de HOLLIM, ¿debería causar alguna alarma, alguna sorpresa, alguna circunstancia que hiciera suponer, presumir o que generara indagar sobre la ocurrencia de alguna práctica anticompetitiva en la que pudiera estar involucrado quien en este correo se llama "Carlitos", que es "Carlitos Quiroz", jefe de zona de Santander en HOLLIM?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si claro. Por eso me lo dieron a conocer

Despacho: ¿Qué le causó alarma, curiosidad, inquietud, de ese correo a usted?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Que la señora de ARGOS está proponiendo que se suban los precios o está diciendo que deberían subir los precios. Está hablando de precios, cuando cada compañía tiene que tomar sus decisiones de precio de manera unilateral, sin compartir absolutamente nada con los otros. Y adicionalmente que está diciendo que no debería entrar, que HOLLIM no debería entrar a las obras que en ese momento está atendiendo ARGOS.

Despacho: O sea, le sorprendieron dos cosas, o le causan alarma o inquietud. Uno, que esté pretendiendo llegar a un acuerdo para subir los precios. (...) ¿Es correcto eso?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si.

Despacho: Y segundo, que, según el correo, tenían un acuerdo entre ARGOS y HOLLIM, esos funcionarios, ALEXANDRA MONROY y CARLOS QUIROZ, de no meterse (...) en obras comenzadas. ¿Cierto? ¿Eso también le causa inquietud?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Que ella esté pidiendo que no entren a las obras que ya está atendiendo otra compañía⁶³

En virtud de lo expuesto, queda claro que el argumento de HOLLIM relacionado con el supuesto carácter competitivo del mensaje debe ser rechazado por esta Autoridad en atención a su evidente falta de fundamento, sensatez, racionalidad y razonabilidad.

Por su parte, es preciso anotar que a pesar de que el contenido del correo hace alusión directa a un reparto de clientes y a un acuerdo para incrementar los precios, esta Autoridad concluyó que este mensaje no constituía a prueba directa del cartel empresarial objeto de la investigación (pues no fue el imputado en la Resolución de Apertura de Investigación y Pliego de Cargos), sino que, en conjunto con las demás evidencias circunstanciales recopiladas, daba cuenta de la existencia de un ambiente de concertación y colaboración entre los investigados que acreditaba el elemento

⁶² Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "SARA JIMÉNEZ". Minuto 58:36.

⁶³ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "SARA JIMÉNEZ". Minuto 29:41.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

consciente del paralelismo de precios. Esto quiere decir que, aparte de que el investigado le dé determinado alcance al contenido del mensaje, lo cierto es que este no se usó como prueba directa del acuerdo anticompetitivo imputado y sancionado sino como evidencia de un ambiente colaborativo que confluía con un paralelismo de precios. Así las cosas el argumento resulta impertinente e improcedente a la luz de la presente actuación administrativa.

Por otro lado, ARGOS sostuvo que las afirmaciones de CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) según las cuales "() la cotización que me copia (sic) por equivocación se la ganó porque para ese tipo de negocios cotizamos con Ebitda del 17% y ella lo hizo con el 12% eran como 150 m3" carecen de veracidad, ya que ARGOS nunca vendió para ese proyecto y además su EBITDA generado por la planta de concreto de Bucaramanga fue para el mes de enero de 2013 del 18%. tal y como lo certificó el Revisor Fiscal de esa compañía.

Sobre el particular, el Despacho advierte que el hecho de que ARGOS nunca hubiera vendido para ese proyecto no significa que nunca hubiera enviado cotizaciones para tal iniciativa comercial o que nunca hubiera intercambiado información en relación con ese proyecto (aspecto a donde debería apuntar su defensa). Además, pese a que el EBITDA generado por la planta de concreto de Bucaramanga fuera del 18% para el mes de enero de 2013, esto no certifica que ese haya sido el EBITDA con el que se hubiera enviado la cotización específica objeto de estudio, pues ese EBITDA del 18% hace referencia a la totalidad de proyectos de ese mes. No puede perderse de vista que para el cálculo de este indicador financiero debe conocerse la información de los ingresos, costos y gastos del competidor, por lo cual, independientemente de que el número haya sido acertado o no, e independientemente de que la venta efectivamente se hubiera concretado, lo cierto es que HOLCIM ha debido acceder a información sensible o tener alguna comunicación estratégica con su competencia para poder hacer un cálculo en relación con este indicador y aludir a un porcentaje determinado con tanta propiedad.

En este punto, es preciso traer a colación a explicación en relación con el EBITDA que ofrecieron CLARA INÉS MARTÍNEZ TAMAYO (Gerente Comercial de Zona Centro Ampliada de HOLCIM), y SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO (Gerente Legal de HOLCIM), durante la diligencia de testimonio que tuvo lugar en las instalaciones de esta Superintendencia, el 6 de febrero de 2018, en cumplimiento de lo dispuesto Resolución No. 2163 del 17 de enero 2018:

- Testimonio de CLARA INÉS MARTÍNEZ TAMAYO (Gerente Comercial de Zona Centro Ampliada de HOLCIM):

"Despacho: Usted en su momento, ¿qué pensó que estaba pasando? ¿Usted qué percepción tuvo sobre esos correos electrónicos?"

Clara Inés Martínez Tamayo: () Ah bueno, el otro tema raro era lo del EBITDA, y básicamente lo que pasaba era que él hacía con el precio que ella manda ahí en el correo, él hace las cuentas con la herramienta nuestra. Nosotras tenemos una herramienta en donde detallábamos todos los costos que tenía cada proyecto, incluidos inclusive costos de distribución, si la obra quedaba lejos o cerca. Teníamos una herramienta, o teníamos, yo supongo que todavía existe, desarrollada, y con eso hacemos las simulaciones a ver si estaba dentro del EBITDA que pedíamos manejar o no. (..)"⁶⁴

- Testimonio de SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO (Gerente Legal de HOLCIM):

"Despacho: A ustedes no les causó alguna sorpresa el que en el correo electrónico en el que CARLOS QUIROZ le envía a () CLARA INÉS MARTÍNEZ, explicando el tema de la cotización y de las obras comenzadas, no comenzadas, etc., hiciera referencia tan clara para explicar la forma en que se cotizó haciendo referencia a los EBITDA?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: No. Porque normalmente (...) el concreto se mide por EBITDA, entonces lo que hacen los comerciales cuando un cliente les dice 'vea es que el otro lo está dando más barato, el competidor me lo está dando en tanto', queriendo que nosotros bajemos el precio, lo que se hace es el cálculo con base en nuestro EBITDA. O sea con base en nuestros costos se trasladó ese precio como si fuéramos nosotros. Claramente nosotros no podemos conocer los costos ni los márgenes ni absolutamente nada de ARGOS. Pero lo que hacen ellos es tomar ese precio y los trasladan y dicen "no, yo no lo puedo igualar ese precio porque a mí me da tal EBITDA". Y evidentemente en la

⁶⁴ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado 'CLARA MARTÍNEZ' Minutos 20:26 y 22:36.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones”

conversación que tuvimos con CLARA eso lo vimos, y ese EBITDA es con base en nuestra propia información (...). Lo que ellos hacen es trasladar el precio que ven en esa cotización, que supuestamente estaba dando ARGOS y dicen no, si yo diera ese precio, a mí me daría un EBITDA muy bajo. Pero eso no la hace, porque él no puede conocer la información de ARGOS, no conoce ni los costos de ARGOS, ni el margen de ARGOS, ni los gastos ni nada, ni el tema logístico como para saber qué EBITDA daría. Luego, lo que hace es calcularlo con base en información de HOLCIM. Entonces si yo diera ese precio, a HOLCIM le daría un EBITDA del 12%”⁶⁵

De acuerdo con lo anterior, este Despacho advierte que: (i) las explicaciones rendidas no pueden desprenderse ni derivarse, en absoluto, de lo dispuesto en el correo electrónico enviado por CARLOS QUIROZ; (ii) ni al momento de aportar la prueba, ni en las observaciones al Informe Motivado, ni en el recurso de reposición se hizo alusión a la herramienta de cálculo y de simulación a la que aluden las declaraciones citadas; y (iii) en la defensa no se presentó evidencia alguna de las verificaciones internas que se hicieron en HOLCIM para constatar que el EBITDA citado en el correo fuera calculado en la forma en que manifestaron las personas interrogadas. En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que ninguna de las explicaciones rendidas logró en efecto justificar o explicar, de manera fehaciente, la fuente que usó CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) para hacer alusión a tal indicador financiero con tanta propiedad, por lo cual el juicio de reproche en relación con la obtención de esta información sensible se mantiene.

Adicionalmente, ARGOS puso de presente en sus argumentos de impugnación que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) es actualmente ex empleada de tal empresa. También afirmó que para la época en que envió el mensaje se desempeñaba como Asesora Comercial, cargo cuyo nivel jerárquico dentro de la empresa correspondía a un nivel medio, lo que acreditaría que no se trataba de una empleada con capacidad de formular las directrices comerciales ni corporativas de ARGOS.

Sobre este particular se aclara que el hecho que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) en la actualidad sea ex empleada de ARGOS no tiene relevancia alguna, ya que quedó plenamente demostrado en la actuación administrativa que al momento de emitir el correo electrónico analizado, e incluso desde mucho antes, era empleada activa de la empresa. Tal vinculación fue reconocida expresamente por ARGOS a lo largo de su defensa y fue reconocida también por ella misma tanto en el testimonio que rindió ante esta Superintendencia como en su declaración extrajudicial (prueba allegada por ARGOS en su recurso de reposición)⁶⁶, donde afirmó que se desempeñó como ‘Asesora Comercial’ dentro de la compañía durante dieciséis (16) años y manejó el rol de ‘Asesora Comercial del Negocio Industrial de la Zona Centro’ y, en específico en Santander desde abril de 2007 hasta mayo de 2013 –fecha en la que presentó su renuncia de forma voluntaria– y que coincide plenamente con el periodo investigado (2010-2012).

En relación con la capacidad que tenía ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) para formular directrices comerciales o corporativas, o incluso para tomar decisiones en materia de precios, es preciso traer a colación su declaración en lo que concierne a sus funciones y los alcances de sus facultades en ARGOS.

“Despacho: Cuando usted cotizaba, ¿cotizaba bajo lineamientos suyos, caprichosos suyos, por utilizar alguna palabra? (...) ¿C eran lineamientos que ARGOS daba?”

Alexandra Monroy Téllez: Con los lineamientos que la compañía me daba

Despacho: ¿Y esos lineamientos le permitían a usted tener algún juego al momento de cotizar, alguna libertad, algunas licencias, un margen al momento de cotizar?”

Alexandra Monroy Téllez: Si, habla rangos. O sea, Yo sabía hasta qué máximo descuento podía otorgar. En algún momento en la cotización inicial podía entregar todo el descuento o podía entregar con un descuento menor”⁶⁷

⁶⁵ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado ‘SARA JIMÉNEZ’. Minuto 1:11:46.

⁶⁶ Folio 3385 de Cuaderno Público No. 32 del Expediente

⁶⁷ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minuto 2:15:21.

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

Cabe anotar en este punto que las funciones y los alcances de las facultades que tenía su interlocutor en **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de **HOLCIM**) en materia de precios eran similares, según lo dispuesto por **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de **HOLCIM**):

"Sara Caroline Jiménez Fandiño. (.) Perdóneme, yo quiero aclarar una cosa (.). Nosotros tenemos una política comercial que consta en el expediente también y está clarísimo que el jefe de ventas no es la persona llamada determinar el precio al cual se vende, es una persona que no puede tomar decisiones de precio. Él puede tomar decisiones de dar un descuento, que es un descuento limitado. Esa persona tenía facultades de tomar, si no estoy mal [no estoy segura, en ese momento porque la política ha cambiado de dar un descuento del 8%. Quien toma la decisión de precio es el director comercial"⁸⁸.

Pues bien, en este sentido, el Despacho considera pertinente aclarar que el hecho de que estos agentes comerciales tuvieran la posibilidad de otorgar descuentos u ofrecer cotizaciones dentro de determinados rangos significa que, en efecto, y contrario a lo manifestado por los investigados, si tenían la posibilidad y la facultad de tomar decisiones en materia de precios (así tuvieran unas directrices generales de la compañía). Por ende, los argumentos en relación con la presunta incapacidad de los interlocutores de tomar decisiones comerciales o afines al precio carecen de toda veracidad.

Incluso, tal y como lo reconoció **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de **HOLCIM**), los acuerdos anticompetitivos de precios pueden tener lugar entre asesores comerciales así tengan facultades limitadas, y de hecho, estos agentes representan un riesgo en materia de competencia en virtud de las funciones inherentes a su cargo:

"Despacho. Entonces eso quiere decir que, según usted, ¿sería imposible que él participe en un acuerdo de precios porque tiene limitadas las funciones de vender con ciertos descuentos? ¿El no podría nunca estar involucrado en una conducta de cartelización? ¿Eso es lo que usted me pretende decir?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: No, no es imposible. De todas maneras son personas que están dentro del alcance de la política de competencia dentro de las capacitaciones y demás, porque obviamente todas las personas que estén en el área comercial tienen un riesgo (.)"⁸⁹

Adicionalmente, esta Superintendencia recalca que en vista de que se estaba comprobando el ambiente de colaboración que existía entre los agentes investigados, poca relevancia tiene que quienes intervinieron en el mensaje hayan tenido facultades amplias o reducidas para determinar precios o formular directrices comerciales, en relación con lo que se pretende probar.

En efecto, como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, independientemente del alcance de las facultades de las personas involucradas en el correo electrónico, no puede desconocerse que los mensajes reflejan una visión distorsionada de la libre competencia por parte de los funcionarios de **ARGOS**, especialmente por parte de la remitente del mensaje, quien hacía parte, precisamente, del área comercial de la compañía. Se recuerda en este punto que el contenido del mensaje de **ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ**, pese a ser bastante comprometedor (pues habla expresamente de subir precios y eliminar rivalidad comercial en obras comenzadas) es redactado y enviado con total naturalidad, cercanía e informalidad, lo cual demuestra la poca o nula consciencia que se tenía de la ilegalidad de este tipo de propuestas.

En línea con lo anterior, vale la pena resaltar que **ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ** sostuvo en su declaración que no recordaba haber recibido nunca alguna capacitación o instrucción en materia de libre competencia por parte de **ARGOS** (pese a haber laborado ahí por más de 16 años), hecho que concuerda con la espontaneidad de su escrito y respalda la conclusión de este Despacho en cuanto a la visión distorsionada de la libre competencia en esta empresa:

"Despacho: ¿Y usted en esa época recibió capacitación de ARGOS? ¿Le mostraron la política de libre competencia, le explicaron, le dieron cursos, le dieron asesoría, dónde se la dieron, cuántas horas, en qué época?"

⁸⁸ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "SARA JIMÉNEZ". Minuto 59:28.

⁸⁹ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "SARA JIMÉNEZ". Minuto 1:02:36.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones”

Alexandra Monroy Téllez: No. No recuerdo. No.

Despacho: ¿Usted no recuerda nunca haber sido capacitada por ARGOS en materia de libre competencia?

Alexandra Monroy Téllez: No⁴⁵

Ahora bien, en relación con el principio de *no meterse en obras comenzadas*, ARGOS presentó una declaración extrajudicial de ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS)⁴¹ en la que manifestó que tal principio era ‘personal’ y que no había sido adoptado en virtud de lineamientos o directrices de sus superiores. Esta afirmación fue ratificada por ella en la declaración que rindió ante esta Superintendencia, 6 de febrero de 2018, donde manifestó que sus expresiones en el correo (tanto en lo que concierne a los precios como en lo que atañe al aludido ‘principio’) se hicieron a título personal, no abarcaron a la compañía y se debieron a una ‘ligereza’ de su parte.

En relación con la declaración juramentada, el Despacho pudo constatar que: (i) se hizo atendiendo ‘voluntariamente’ una sugerencia que le hizo el señor ALEXANDER PEDRAZA, quien había sido su jefe en ARGOS y le había informado acerca de la Resolución Sancionatoria expedida por la Superintendencia⁴²; (ii) se hizo en virtud de una presunta ‘mala interpretación’ del correo que había hecho ‘la administración’ –que es esta Autoridad–, pese a que la declarante reconoció abiertamente no haber leído nunca la resolución de sanción⁴³, y (iii) se apoyó en la ‘indignación’ que le generó la publicación que hizo el noticiero CM& de la sanción y a alusión que tal medio hizo al correo en el que ella estaba involucrada⁴⁴.

Respecto del supuesto carácter personal del principio, es preciso contrastar esta afirmación con lo expresado en el propio correo electrónico, en el cual dispuso expresamente que entre ella y su interlocutor siempre tenían como principio no meterse en obras comenzadas. Además, debe tenerse en cuenta el hecho que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ reconoció que en la expresión ‘sorprendida con ustedes cuando siempre teníamos como principio no meternos en obras comenzadas’, la palabra ‘ustedes’ significaba ‘HOLCIM’⁴⁵. Así las cosas, de la literalidad del mensaje y de la misma declaración de la remitente, se desprende que el principio no era en realidad del todo suyo y de carácter personal, sino que era compartido con su competidor, lo cual deja ver que dicha directriz terminó siendo socializada con sus competidores y establecida como regla de conducta en sus vínculos comerciales como empleada de ARGOS.

Además, es preciso resaltar que ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS), en la declaración que rindió ante esta Superintendencia, nunca pudo explicar por qué el aludido principio (e incluso, la sugerencia de subir los precios) era de índole personal, cuando los fines perseguidos con las manifestaciones hechas y todo el contexto del escrito daban cuenta de una gestión totalmente comercial de ARGOS, que incluso había tenido lugar en el marco de una especial preocupación por una eventual depresión que estaba atravesando el mercado⁴⁶.

Sobre e particular, manifestó lo siguiente.

⁴⁰ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minuto 30:17.

⁴¹ Folio 3386 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

⁴² Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minutos 17:21 y 21:31.

⁴³ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minutos 20:39 y 24:30.

⁴⁴ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minutos 17:27 y 22:07.

⁴⁵ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minuto 51:55.

⁴⁶ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado ‘ALEXANDRA MONROY’. Minutos 40:23 y 42:21.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Despacho: Cuando usted en el correo del que hemos hablado (...) dice "sorprendida con ustedes cuando siempre teníamos como principio no meternos en obras comenzadas", y le hago énfasis en esto, "y ya me metiste en dos milas con precios más bajos". ¿eran obras tuyas, personales tuyas, o eran obras de ARGOS?

Alexandra Monroy Téllez: De ARGOS.

Despacho: O sea, eso no era personal, eso era de ARGOS

Alexandra Monroy Téllez: Sí.

Despacho: ¿Los precios eran precios personales o eran precios de ARGOS?

Alexandra Monroy Téllez: De ARGOS

Despacho: Los clientes, ¿suyos o de ARGOS?

Alexandra Monroy Téllez: De ARGOS

Despacho: ¿Quién le pagaba su sueldo?

Alexandra Monroy Téllez: ARGOS

Despacho: ¿Y sus comisiones?

Alexandra Monroy Téllez: ARGOS

Despacho: Cuando usted cotizaba, ¿cotizaba bajo lineamientos suyos, caprichosos suyos, por utilizar alguna palabra? ¿(...) O eran lineamientos que ARGOS daba?

Alexandra Monroy Téllez: Con los lineamientos que la compañía me daba

Despacho: ¿Y esos lineamientos le permitían a usted tener algún juego al momento de cotizar, alguna libertad, algunas licencias, un margen al momento de cotizar?

Alexandra Monroy Téllez: Sí, había rangos. O sea, yo sabía hasta qué máximo descuento podía otorgar. En algún momento en la cotización inicial podía entregar todo el descuento o podía entregar con un descuento menor.

Despacho: Cuando usted le escribe a CARLOS QUIROZ proponiéndole reunirse para fijar el precio, para subir los precios (...), ¿a qué precio se refería, a los de ARGOS?

Alexandra Monroy Téllez: Pues sí, a los que le compañía (.) Digamos, nosotros teníamos un precio promedio tanto del concreto como del cemento y había metas de subir ese precio. Como metas de la compañía. Entonces pues yo me refería a subir el precio pues teniendo en cuenta que pues yo tenía metas de subir el precio en Bucaramanga con ARGOS⁵⁷

Por su parte, frente a la afirmación de ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) según la cual el principio no provenía de sus superiores y la afirmación de ARGOS de que el actuar de esta funcionaria fue "por su propia cuenta" y de manera contraria a los lineamientos y parámetros que rigen el comportamiento de ARGOS en el mercado, el Despacho aclara que las acciones desplegadas por los empleados en ejercicio de sus funciones vinculan la responsabilidad de la empresa a la que pertenecen, por lo cual no resulta viable pretender desligar la persona jurídica de las faltas de sus empleados en ejercicio de sus funciones, máxime cuando estas pueden representar actos contrarios a la libre competencia económica en el mercado (derecho que es de naturaleza colectiva). Así las cosas, ese actuar abiertamente reconocido como indebido, necesariamente vincula a la empresa empleadora, especialmente considerando que se dio en ejercicio de un rol comercial y en el giro ordinario de los negocios que esta funcionaria adelantaba en nombre de la compañía.

A este hecho debe sumarse la amplia trayectoria que tenía ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS). Los 16 años de trabajo en esta empresa, sumados

⁵⁷ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 de Expediente CD titulado "ALEXANDRA MONROY". Minuto 2:14:11.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

a la "apropiación" reconocida del principio, respaldan la tesis según la cual este último se erigió como una directriz comercial común en sus vínculos con otros agentes, que difícilmente habría podido pasar inadvertida por sus superiores. Lo anterior se respalda por las siguientes declaraciones de **ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ** (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) en relación con la aplicación del "principio" y su correspondiente difusión:

"Despacho: () Es decir, ¿usted consideraba para ese momento (...) cuándo escribió este correo, adecuado, conveniente, no meterse a copiar en obras comenzadas donde un competidor ya hubiese empezado a hacer suministros de concreto?"

Alexandra Monroy Téllez: No en ese momento, pero digamos, en el ejercicio diario siempre lo tuve presente. Voy a tratar de no estar en obras donde esté la competencia. No es porque precisamente en ese momento lo tuviera presente, no, digamos era algo que me acompañaba todo el tiempo. Trataba de ser muy cuidadosa, que cuando vendiera concreto y si había la presencia de otra concretora pues tenía que identificar claramente hasta dónde se suministraba y dónde yo empezaba a suministrar. Pero si preferiblemente no lo hacía trataba de no estar en obras o pelear obras donde estuviera la competencia"⁹⁸.

"Despacho: (...) ¿Ese principio no se lo expresó a nadie más? ¿Solo a "Caritos"?"

Alexandra Monroy Téllez: () No. Cuando teníamos nuestras reuniones de orden comercial en la compañía y cuando expresábamos, por ejemplo, cuál es la situación actual de la obra, en qué condiciones estaba, digamos, había siempre una recomendación por parte del área técnica de la compañía, o sea, yo les decía "en lo posible pues yo trato de no estar en las obras donde ya hayan iniciado"⁹⁹. (Subrayas fuera del texto)

Adicionalmente, considerando que existía cercanía con el jefe de zona de Santander de **HOLCIM**, tal y como lo manifestó tanto en su declaración extrajudicial como en su testimonio¹⁰⁰, es dable concluir que su principio se aplicó igualmente en el relacionamiento comercial con este agente y, por ende, con esta empresa. Eso guarda coherencia con el contenido del mensaje intercambiado, el cual da cuenta, de manera expresa, de la aplicación continuada del principio mencionado. También tiene consistencia con los demás elementos probatorios recaudados, los cuales denotan un ambiente de cercanía y ausencia de rivalidad entre los investigados.

En virtud de lo expuesto, es posible concluir que el argumento de defensa de **ARGOS** en relación con el supuesto carácter personal del principio de no meterse en obras comenzadas y el envío del mensaje por parte de **ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ** (Asesora Comercial de Santander de ARGOS) "por su propia cuenta" y de manera contraria a los lineamientos y parámetros de la empresa en el mercado, carece de fundamento y por ende debe ser rechazado.

Volviendo a la cadena de correos, el Despacho dispuso que el envío de la oferta de **ARGOS** a todos los destinatarios de la cadena no constituyó un hecho aislado, por cuanto en el Expediente obran pruebas de otra situación similar. Específicamente, se trajo a colación un caso citado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos que consistió en una cadena de correos iniciada por una constructora (**CONSTRUIR 21**) y dirigida a varios agentes, entre ellos **HOLCIM** y **ARGOS**, en la que se solicitó una cotización de cemento para una obra. En esa oportunidad, de manera coincidente, una funcionaria de **ARGOS** nuevamente envió un mensaje en el que copió a todas personas de la cadena, incluidos sus competidores, que tenía información acerca de los precios de su empresa del cemento gris de uso general, incluido IVA y transporte, para los departamentos de Guaviare y Meta¹⁰¹.

Respecto de esta coincidencia, **ARGOS** sostuvo que la cadena de correos referida en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se debió a una equivocación humana en la que nada tuvo que ver la empresa. También afirmó que dos (2) correos electrónicos frente al sinnúmero de mensajes cruzados diariamente entre asesores comerciales de **ARGOS** y sus clientes, en un periodo de tres (3) años, no podían ser evaluados más que como hechos aislados. Contrario a ello,

⁹⁸ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "ALEXANDRA MONROY". Minuto 55:51

⁹⁹ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "ALEXANDRA MONROY". Minuto 1:16:15

¹⁰⁰ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "ALEXANDRA MONROY". Minuto 25:35.

¹⁰¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49141 de 2013. Págs. No. 57 y 58

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones.

afirmó ARGOS que esta Superintendencia había afirmado que este tipo de errores de envíos de cotizaciones de ARGOS a sus competidores ocurrió de forma permanente, lo cual permitía colegir una conducta constante y recurrente.

Al respecto, el Despacho reitera que las acciones desplegadas por los empleados en ejercicio de sus funciones vinculan la responsabilidad de la empresa a la que pertenecen, por lo cual el presunto "error humano" de difundir ofertas con información sensible no puede verse como un hecho ajeno o desligado de la empresa de donde proviene, especialmente cuando el "accidente" tuvo réplicas posteriores, incluso después de haberse iniciado una investigación que tuvo en cuenta su ocurrencia.

Además, precisamente el hecho de que la Autoridad haya identificado no un (1) percance de difusión de cotizaciones sino dos (2), permite concluir con suficiente fundamento que no se han tomado medidas en relación con el manejo de la información en ARGOS y que no es la primera vez que difusiones de esta naturaleza han tenido lugar y han tenido como destinatario a HOLCIM, tal y como se dispuso en la Resolución Sancionatoria. Se resalta especialmente que afirmar que "no es la primera vez" que el percance se presenta no equivale a calificar la conducta como "permanente", "constante" o "recurrente", expresiones que NUNCA fueron utilizadas al analizar este hecho en concreto. En este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio advierte que el investigado, en su afán de desconocer los argumentos expuestos en la Resolución Sancionatoria, acudió a reproches falaces que no guardan concordancia con lo dispuesto por esta Autoridad.

En línea con lo anterior, es preciso anotar que el investigado está comparando dos extremos que no son comparables cuando intenta minimizar el reproche hecho por esta Entidad aduciendo que son solo dos (2) correos electrónicos frente a un sinnúmero de mensajes cruzados diariamente en un periodo de tres (3) años. Sobre el particular, se aclara que no es lo mismo que en el normal devenir de la empresa se mantengan comunicaciones lícitas (caso en el cual las ilícitas sobresalen) a que en su cotidianidad se mantengan comunicaciones lícitas (donde la licitud representaría la excepción). Considerando que esta Superintendencia parte del primer supuesto, es a todas luces lógico que los dos (2) incidentes anticompetitivos identificados llamen la atención de esta Entidad y merezcan su especial atención.

Además, el Despacho considera pertinente aclarar que la demostración de conductas anticompetitivas no se apoya en aspectos numéricos. En ocasiones, basta con que exista una sola prueba fehaciente del actuar contrario a derecho para que el juicio de reproche tenga fundamento. Así las cosas, al no existir un número de pruebas determinado ni tarifa legal alguna para que un actuar pueda ser catalogado por la Autoridad como contrario al régimen de libre competencia, el argumento resulta a todas luces improcedente e impertinente.

Por su parte, ARGOS afirmó que cuenta con políticas y sistemas de monitoreo y control adecuados considerando el tamaño y particularidades de su operación que, como es obvio, no le permite mantener un control instantáneo sobre todos y cada uno de los correos que los empleados de la compañía intercambian con terceros, pues nadie está obligado a lo imposible.

En este sentido, se aclara que la Superintendencia de Industria y Comercio jamás ha pretendido que las empresas tomen medidas de tal envergadura. Lo que se reprocha no es la falta de control de los mensajes que emiten los empleados, sino la existencia de contenidos contrarios a las normas de libre competencia que, en un escenario de estricto cumplimiento legal, jamás han debido presentarse.

Sin embargo, vale la pena recordar que ARGOS ni siquiera le informó, comunicó o capacitó a funcionarios del área comercial en materia de libre competencia económica, como lo era ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ (Asesora Comercial de Santander de ARGOS), por lo que difícilmente podría esperar que una empleada que laboró en dicha compañía por más de 16 años no cruzara comunicaciones anticompetitivas con empresas supuestamente competidoras.

Ahora bien, volviendo a la cadena de correos, su parte final muestra que CLARA INÉS MARTÍNEZ TAMAYO (Gerente Comercial de Zona Centro Ampliada y Proyectos de HOLCIM) informó el asunto a SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO (Gerente Legal de HOLCIM) para saber cómo proceder. Esta última propuso responder el mensaje con un formato acomodado al programa de cumplimiento de competencia de HOLCIM. CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) le envió

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

este formato a **ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ** (Jefe de Zona Santander de **ARGOS**) el 15 de marzo de 2013, es decir, aproximadamente 2 meses después.

El formato aludido estaba redactado en los siguientes términos

"(...)

Estimada **Alexandra**,

*En primer lugar solicito revise cuidadosamente el nombre de los destinatarios a los que envías correos electrónicos, máxime cuando estás remitiendo cotizaciones a los clientes actuales o potenciales de la compañía para la cual trabajas. Al respecto, me permito informar que **Holcim** no está interesada en conocer la información remitida.*

*Sea la oportunidad para aclarar que **Holcim** establece autónomamente los precios en el mercado de acuerdo con nuestras propias proyecciones, planeación estratégica, condiciones de mercado, costos de producción, logística, transporte y demás costos comerciales y económicos; por lo que **Holcim** de forma independiente, presenta ofertas y cotizaciones a los potenciales clientes que consideramos poder atender*

*Finalmente reitero que **Holcim** tiene una política estricta de cumplimiento a las normas de competencia. Espero esta clase de incidentes no se vuelvan a repetir"¹⁰²*

Al respecto, esta Superintendencia encontró llamativo que el mensaje no se refiriera al "principio de no meterse en obras comenzadas" mencionado expresamente en el mensaje original, el cual era evidentemente contrario al régimen de libre competencia que el programa de cumplimiento de **HOLCIM** pretendía hacer cumplir. La Autoridad sostuvo también que este mensaje sustituyó el lenguaje fraterno por uno formal y lejano, se limitó a ofrecer explicaciones no pedidas sobre la fijación autónoma de los precios de **HOLCIM** y solicitó someramente que no hubiera repetición de este tipo de incidentes.

Sobre el particular, **HOLCIM** afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció que en este correo la empresa le advirtió a la funcionaria de **ARGOS** que la compañía no estaba interesada en recibir esa información y que las decisiones de precios y de clientes las tomaba autónomamente. Por lo tanto, en su entender, no es cierto que en su respuesta **HOLCIM** no le hubiera advertido a la funcionaria de **ARGOS** que no existía un acuerdo para no quitarse clientes.

Sobre el particular, este Despacho encuentra que la única mención en relación con los clientes que hizo **HOLCIM** en su mensaje formateado fue que esta empresa "(...) de forma independiente, presenta ofertas y cotizaciones a los potenciales clientes (...)". Este contenido, a criterio de esta Autoridad, no representa un cuestionamiento directo, veraz y serio del mencionado "principio", pues no indagó en absoluto sobre su existencia y no hizo alusión alguna a las obras presuntamente disputadas en incumplimiento de tal acuerdo.

Incluso, en este punto vale la pena poner de presente que según lo reconoció **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de **HOLCIM**) en la declaración que rindió ante esta Superintendencia, la alusión al principio de no meterse en obras comenzadas y la referencia a su incumplimiento fueron hechas por su parte como algo positivo.

*"Despacho: De acuerdo con la política vigorosa y rigurosa de **HOLCIM** para custodiar la libre competencia al interior de la empresa, ¿qué lectura le da a ese correo la persona encargada de aplicar ese sistema vigoroso de protección de la libre competencia al interior de **HOLCIM**? O sea, ¿eso qué inquietudes le genera, qué alarmas le generó, la existencia de un principio de no meterse en obras comenzadas?"*

*Sara Carolina Jiménez Fandiño: Lo que la señora está reclamando, lo que yo leo de eso es que la señora está reclamando que **HOLCIM** está entrando en obras comenzadas por **ARGOS**, lo cual me parece muy bien, que **HOLCIM** esté entrando a obras que ya están comenzadas me parece maravilloso, desde el punto de vista comercial y desde el punto de vista de la competencia. (...) "¹⁰³*

¹⁰² Folios 2499 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 9 del Expediente.

¹⁰³ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulado "SARA JIMÉNEZ". M nulo 33:51.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Sara Carolina Jiménez Fandiño. Lo que yo hice fue verificar con CLARA si evidentemente habíamos entrado, o nosotros entrábamos a (...) obras en las cuales estaba suministrando ARGOS y viceversa, y lo que CLARA me dice es "claro, eso pasa todo el tiempo", además esto se corrobora con los cuidados que yo sé que tenemos que tener en temas de calidad cuando convergen, digamos, dos productores en una obra suministrando el concreto, por lo cual me parece absolutamente lógico lo que CLARA me dice. "Si nosotros entramos a obras comenzadas, ellos también entran a obras comenzadas". Los clientes nos amenazan todo el tiempo que se van a desplazar con la competencia si no somos puntuales, si la calidad no da, si el producto específico que están solicitando no lo logramos suministrar, si no bajamos el precio o si queremos subir el precio, si no mantenemos el precio... Es una queja recurrente (...) que confirmo con ese correo (...).

Despacho: ¿Usted como Gerente Legal sabe que una de las características de los acuerdos anticompetitivos es que muchas veces se cumplen y algunas veces se incumplían? ¿O eso para usted es absolutamente nuevo (...)?

Sara Carolina Jiménez Fandiño. Si claro pero tendría que tener pruebas de cuando se cumplieron también. No hay pruebas de cuando se cumplieron¹⁰⁴

Llama la atención de este Despacho que la mención del referido principio y los reclamos de su incumplimiento fueran leídos por el área legal de la empresa como un aspecto que denota competencia, y que simplemente sirvieran para confirmar una queja recurrente que hacen los clientes de desplazarse con otras cementeras si no se satisfacen sus requerimientos comerciales. Incluso, según se expresa, si no hay pruebas del cumplimiento de tal principio no puede verse como sospechoso la mención de su aparente incumplimiento, lo cual pone en duda la efectividad de las alarmas con que cuenta la empresa para detectar prácticas comerciales restrictivas. Esto explica en parte por qué el principio en mención, contrario a lo afirmado por la empresa investigada, no generó una reacción significativa por parte de HOLCIM y corrobora la posición de esta Superintendencia en relación con la falta de un cuestionamiento directo, veraz y serio al respecto.

Adicionalmente, HOLCIM afirmó que al interior de la empresa si se verificó si sus funcionarios entraban a obras comenzadas. Señaló que del análisis realizado internamente se habría confirmado que en muchas ocasiones HOLCIM vende concreto a obras que han comprado con anterioridad a otro competidor, con lo cual se habría comprobado que los funcionarios de HOLCIM tenían claro el principio de actuar de acuerdo con las normas de libre competencia.

Vale la pena estudiar este argumento, teniendo en cuenta la declaración rendida por SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO (Gerente Legal de HOLCIM) ante esta Superintendencia, en la que manifestó lo siguiente:

Despacho: ¿Usted nunca leyó el correo electrónico que le acabo de mencionar como una explicación, como una justificación al incumplimiento de un acuerdo, y como causa de ese incumplimiento generar unas explicaciones sobre haberse metido en obras comenzadas ya iniciadas? ¿Me entiende la pregunta?

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si claro, y por eso verifiqué. Evidentemente yo verifiqué cómo se había portado la participación de mercado en la zona, y la participación de mercado en la zona, si usted la ve, es absolutamente variable. Y verifiqué si nosotros habíamos entrado a obras iniciadas por la competencia y la respuesta fue "sí, hemos entrado a muchas obras iniciadas por la competencia", entonces nunca hubo acuerdo en el pasado.

Despacho: ¿Y esas verificaciones constan en qué? ¿Usted rindió un informe?

Sara Carolina Jiménez Fandiño. No.

Despacho: ¿Qué verificaciones hizo?

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Hablé con CLARA INÉS si habíamos entrado en obras iniciadas por la competencia en la zona, hablé con CARLOS QUIROZ también, si eso había ocurrido, los cuales me dijeron que evidentemente habíamos entrado a obras iniciadas por la competencia y eso fue básicamente lo que hice. Y verifiqué la participación de mercado.

¹⁰⁴ Folio 4140 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "SARA JIMÉNEZ", Minuto 39:43.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Despacho: *¿Ustedes en HOLCIM nunca hicieron una investigación al funcionario ni siquiera en una indagación preliminar con estos correos electrónicos?*

Sara Carolina Jiménez Fandiño: *Se la preguntó.*

Despacho: *¿Y esas preguntas constan en alguna parte?*

Sara Carolina Jiménez Fandiño: *Por escrito no están*

Despacho: *O sea, ¿no hay evidencia documental de esas investigaciones, de esas averiguaciones, de esas pesquisas?*

Sara Carolina Jiménez Fandiño: *No*¹⁰²

De lo anterior se colige que la única verificación que HOLCIM manifestó haber realizado con ocasión del correo recibido por parte de **ALEXANDRA MONROY TÉLLEZ** fue preguntar si el principio de no meterse en obras comenzadas se aplicaba internamente e indagar por el comportamiento de las participaciones de mercado de la empresa. Según se advierte de su propia declaración, fuera de su dicho, jamás se aportó prueba alguna de tales indagaciones y averiguaciones internas, lo cual deja en evidencia la falta de fundamento del argumento

Además, vale la pena resaltar que **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de HOLCIM) también manifestó que HOLCIM le restó importancia al mensaje –al punto que no mereció una investigación interna mayor– debido a que no fue originado directamente por **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de HOLCIM). En otras palabras, el hecho de que él no hubiera iniciado la cadena de correos sirvió en parte como fundamento para que no se adelantaran indagaciones internas rigurosas, lo cual deja ver que la política de competencia de la empresa limita su acción a los casos en que los empleados sean presuntos propiciadores –no simplemente presuntos partícipes– de prácticas anticompetitivas

Despacho: *Pero más allá de esa respuesta suya, ¿eso no generó ninguna indagación más allá de su respuesta? El hecho de que alguien invite a otra persona a reunirse a subir los precios*

Sara Carolina Jiménez Fandiño: *Claro, porque él era el actor pasivo en ese evento. Era la otra persona la que le estaba sugiriendo a él. Si una persona de mi compañía le sugiere a otra persona del competidor subir los precios, por supuesto que ahí sí. Lo llamo y lo hacemos un proceso disciplinario y todo lo que corresponde. Pero es que en este caso él no hizo la invitación, él es el destinatario, y ¿qué le investigo a él? ¿Usted por qué no contó? Ya contó. ¿Él qué está obligado a hacer frente a una propuesta de ese tipo? Contarla, ponerla de presente a sus jefes o al área legal, hizo ambas cosas. La puso de presente a su jefe y la puso de presente al área legal y no siguió la invitación. Ya. Él no fue la parte activa en esta historia*¹⁰³

Esto fue corroborado por **CLARA INÉS MARTÍNEZ TAMAYO** (Gerente Comercial de Zona Centro Ampliada de HOLCIM) en la declaración que rindió ante esta Superintendencia el 6 de febrero de 2018, quien dejó ver que, en efecto, no se advirtió nada preocupante a partir del correo, al punto que no hubo necesidad de dejar registro alguno en relación con su rastreo y se decidió tener contacto con **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) únicamente vía telefónica, nunca presencialmente, como habría ameritado una investigación de mayor calibre:

Despacho: *¿De esas reuniones hubo actas? ¿Hubo estudios, hubo información, o sea, hubo algún reporte?*

Clara Inés Martínez Tamayo: *No, no debió haber nada porque, digamos que si nosotros hubiéramos visto algo realmente preocupante seguramente habríamos llegado a una instancia mayor, ya con una revisión de un tema profundo y seguramente con una sanción o alguna cosa donde ya requeríamos una documentación de acuerdo con las normas de la compañía, pero en ese momento no, no lo vimos necesario*

¹⁰² Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulecc 'SARA JIMENEZ'. Minuto 42:31.

¹⁰³ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente. CD titulecc 'SARA JIMENEZ'. Minuto 47:57.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Despacho: ¿Y ustedes se reunieron con CARLOS QUIROZ? Para que explicara .

Clara Inés Martínez Tamayo: No. Él estuvo por teléfono, no.

Despacho: Ah pero hablaron con él

Clara Inés Martínez Tamayo: Si

Despacho: ¿Por teléfono?

Clara Inés Martínez Tamayo: Por teléfono. Pues yo iba periódicamente a la regional, obviamente estaba bajo mi cargo, yo iba periódicamente, pero para específicamente ese momento en donde analizamos esta actuación fue telefónicamente

Despacho: ¿Y qué indagaron ustedes en relación con la propuesta que le hace (.) ALEXANDRA MONROY de ARGOS a CARLOS QUIROZ de HOLCIM para reunirse a subir los precios?

Clara Inés Martínez Tamayo: No pues recordarle que eso estaba completamente prohibido¹⁰⁷ (Subrayas fuera del texto)

Incluso CLARA INÉS MARTÍNEZ TAMAYO (Gerente Comercial de Zona Centro Ampliada de HOLCIM) manifestó que no recuerda que la abogada SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO hubiera tenido contacto directo con CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) como había afirmado, sino que obtuvo información acerca de su comportamiento través de ella en su calidad de jefe.

Despacho: ¿Usted sabe si SARA JIMÉNEZ habló con (.) CARLOS QUIROZ? (.)

Clara Inés Martínez Tamayo: No, hablé yo con él. No recuerdo que Sara hubiera hablado con él. Yo me encargué de darle la explicación a Sara de la investigación que había hecho yo y no me pidieron más explicación. No recuerdo si ella hubiera hablado con él directamente, no¹⁰⁸

Así las cosas, esta Superintendencia confirma que, en efecto, no se adelantaron acciones tendientes a investigar realmente si el proceder de CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) se dio en contra de las supuestas directrices de la compañía para respetar la libre competencia económica. En ninguna de las oportunidades procesales se mencionó siquiera que se hubieran realizado indagaciones sobre el contexto y los antecedentes que pudieran explicar por qué ARGOS le sugirió a HOLCIM subir el precio del concreto y por qué lo alentó a respetarse las obras entre sí. No se allegó tampoco ninguna prueba de indagaciones internas adelantadas contra CARLOS QUIROZ para conocer los antecedentes de su relación con la funcionaria de ARGOS y conocer más acerca de los incumplimientos del principio que fueron traídos a colación en el mensaje. Incluso, no hubo reuniones presenciales entre el área legal y él, no se revisaron sus correos electrónicos institucionales ni se vio necesidad de dejar registro alguno en relación con el percance vivido y las indagaciones realizadas.

Por todo lo anterior, se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en la medida en que un verdadero control de este tipo de situaciones habría mostrado un tratamiento interno de mayor rigor, especialmente cuando se cuenta con un área destinada específicamente al presunto cumplimiento de la política de libre competencia en la empresa.

4.6.2. Argumentos relacionados con el incumplimiento de subir el precio del concreto

Otra prueba del factor plus que se tuvo en cuenta en la Resolución Sancionatoria fue una cadena de correos electrónicos que también fue allegada por HOLCIM en sus descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos¹⁰⁹. La evidencia, así como la anterior, fue

¹⁰⁷ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "CLARA MARTÍNEZ". Minuto 26:20

¹⁰⁸ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "CLARA MARTÍNEZ". Minuto 37:58.

¹⁰⁹ Folio 1078 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 2 a Folio 2574 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 9 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

aportada el 4 de octubre de 2013 junto con otros mensajes que se agruparon bajo el título "*Comunicaciones sobre el cumplimiento de la política de libre y leal competencia*"¹¹⁰.

La cadena de mensajes inició con una carta del 28 de enero de 2013, con referencia '*precios Argos y Cemex*', que fue remitida por un distribuidor de HOLCIM llamado VALTA S.A.S.¹¹¹ y dirigida a JAIME ANTONIO HILL TINOCO (Director Comercial de HOLCIM). En esta comunicación, el distribuidor en mención le manifestó a HOLCIM una especial preocupación por un precio que había sido "propuesto" por esta empresa y que había sido "incumplido" por CEMEX y ARGOS en el mercado.

El mensaje decía expresamente lo siguiente:

()

Estamos preocupados pues el precio propuesto por ustedes no ha sido aceptado en el mercado ni cumplido por CEMEX y ARGOS; nosotros tenemos un precio de \$24.000,00 a ferreterías, \$25.000,00 precio público (...). (Negritas y subrayas fuera de texto)

HOLCIM, en respuesta a esta comunicación, envió nuevamente una respuesta preparada casi idéntica a la que se citó líneas atrás¹¹². Por lo anterior, el Despacho afirmó que tal contestación evadió por completo el contenido de la carta remitida por el distribuidor, y que antes de pretender satisfacer realmente sus inquietudes o solventar cualquier malentendido que se desprendiera de su mensaje, buscó simplemente dar apariencia de cumplir fielmente su política de libre competencia.

En relación con esta prueba, la Resolución Sancionatoria afirmó que no entendía cómo se pretendía demostrar con este intercambio de mensajes un cabal acatamiento de la política de cumplimiento interna de HOLCIM, cuando no se mostró evidencia alguna de indagaciones internas sobre cuál era el precio "propuesto" e "incumplido" al que aludía el distribuidor. También manifestó el Despacho que si en realidad no hubiera habido acuerdo cartelista, no se habrían presentado manifestaciones de inconformismo relacionadas con la exigencia de su cabal cumplimiento. Finalmente, sostuvo esta Autoridad que del mensaje se desprende la existencia de una expectativa de cumplimiento de un precio acordado previamente por las cementeras, y que, en últimas, esta evidencia corroboraba el escenario colaborativo y de abstención de competencia que se predicaba de los agentes investigados.

Respecto de esta prueba, ARGOS señaló que desconoce las razones por las cuales el distribuidor de HOLCIM escribió ese mensaje y desconoce igualmente su contexto. Además, sostuvo que debe tenerse en cuenta que, tal y como lo certificó su Revisor Fiscal, para el periodo comprendido entre 2010 y 2016, ARGOS no tuvo ningún tipo de relación comercial con VALTA S.A.S.

En este sentido, el Despacho aclara que el reproche emitido en relación con esta evidencia es indiferente a la existencia de vínculos comerciales de otros investigados con el remitente de la comunicación. No puede perderse de vista que lo que consideró relevante esta Superintendencia es que VALTA S.A.S. es un agente comercial que, a través de sus manifestaciones, dejó ver una expectativa de cumplimiento de un precio acordado previamente por las cementeras y proyectado al mercado, lo cual, como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, pone en entredicho la efectiva independencia que existe en la fijación de precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM y el rol autónomo que proyectan ejercer. Así las cosas, el hecho que ARGOS no hubiera tenido relación comercial con VALTA S.A.S. no contradice nada de lo afirmado en la Resolución Sancionatoria ni descarta su participación en concertaciones de precios cuyo cumplimiento se hubiera prometido a diferentes clientes. Es más, esta Superintendencia nunca afirmó que ARGOS tuviera una relación comercial con VALTA S.A.S., por lo que no se entiende el sentido de esta certificación si lo que el recurrente pretende contradecir es una afirmación inexistente en la Resolución Sancionatoria.

ARGOS también sostuvo que la Superintendencia, al asegurar en el análisis de esta prueba que "*(...) lo que vale la pena preguntarse es qué es exactamente lo que no cumplieron CEMEX y ARGOS y por qué se presenta el reclamo emitido (...)*", demostró abiertamente que no comprendía

¹¹⁰ Folio 1127 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 2 del Expediente.

¹¹¹ Folio 2488 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 8 del Expediente.

¹¹² Folio 2497 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 8 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

el alcance y contenido del correo, y que a pesar de ello decidió interpretar o de manera arbitraria en contra de ARGOS.

Sobre el particular, este Despacho considera importante aclarar que su labor interpretativa nunca ha buscado ir en contra o en perjuicio de un determinado agente del mercado. Los análisis realizados, antes que arbitrarios, han buscado ser exhaustivos, y por eso las pruebas se han analizado en su integridad y en conjunto con los demás elementos materiales probatorios recaudados. De no ser así, esta Autoridad no habría tomado la decisión de archivar dos (2) de tres (3) conductas imputadas, no habría excluido sujetos investigados y no se habría preocupado por responder, de la manera más íntegramente posible, los argumentos esgrimidos por los sujetos sancionados.

Además, no es cierto que esta Autoridad no comprendiera el alcance y el contenido de la prueba citada, pues es claro que el mensaje alude expresamente a un precio propuesto e incumplido por parte de las empresas investigadas, hecho que, inexorablemente, sugiere un actuar anticompetitivo. El contexto del incumplimiento reclamado es el que se desconoce, pero este hecho no incide en el juicio de valor emitido por la Superintendencia en relación con el contenido del mensaje objeto de estudio. Se recuerda en este punto que lo que concluyó esta Entidad en relación con esta evidencia es que, en efecto, al sugerir la existencia de una concertación previa, contribuye a la comprobación del escenario colaborativo y de abstención de competencia que se predica de los agentes investigados. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

Por su parte, HOLCIM afirmó que pese a que la Superintendencia interpretó a partir de esta prueba que debe existir un acuerdo de precios ya que unos distribuidores de HOLCIM le reclamaron que bajara sus precios porque en el mercado CEMEX y ARGOS tenían precios más bajos. Lo cierto es que estos mensajes lo que muestran es que no hay paralelismo, pues si los distribuidores piden cambio de precio para igualar la competencia es porque existen diferencias de precios que impican que los clientes se desplacen.

En la misma línea, SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDEÑO (Gerente Legal de HOLCIM), manifestó en la declaración que rindió ante esta Superintendencia el 6 de febrero de 2018 que el mensaje ni siquiera prendió alarmas de presuntos comportamientos anticompetitivos al interior de la empresa, toda vez que los hechos narrados, contrario a lo advertido por esta Superintendencia, daban cuenta de una efectiva competencia en el mercado.

Despacho: (...) Un correo electrónico en el que un distribuidor dice "estamos preocupados pues el precio propuesto por ustedes no ha sido aceptado en el mercado ni cumplido por CEMEX y ARGOS". ¿No genera ninguna alarma en HOLCIM? ¿Es un correo que ustedes lean normal?

Sara Carolina Jiménez Fandeno: Yo veo que lo que hay ahí es competencia. No me genera alarmas de actos anticompetitivos.

Despacho: Y entonces si ese correo no generaba alarmas, ¿por qué n-1, que es JAIME ANTONIO HILL TINOCO, se lo remite al área legal, si es un correo tan inofensivo (...)?

Sara Carolina Jiménez Fandeno: Porque es un correo donde nos comparan con el precio de la competencia y donde dice "oiga, más o menos ustedes deberían tener el mismo precio de la competencia y que por esa razón no me están dejando competir a mí". Él quiere que ya lo ayude a explicarle a ese distribuidor por qué nosotros no solamente podemos tomar en cuenta el precio público del mercado y simplemente igualarnos a la competencia sino que tenemos otras facturas que tenemos que tener en cuenta para fijar el precio"¹⁷

Pues bien, sobre el particular considera el Despacho que la prueba, antes que demostrar lo pretendido por el investigado, lo que deja ver es un rezago de una presunta concertación ilegal que se hizo evidente a partir de un aparente incumplimiento. Como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, si en realidad no hubiera habido acuerdo alguno, no se habrían presentado manifestaciones de inconformismo relacionadas con la exigencia de su cumplimiento.

Se recuerda en este punto que el comportamiento deseado en el mercado no es que se incumplan pactos anticompetitivos, sino que estos últimos no se presenten bajo ninguna circunstancia entre

¹⁷ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD titulado "SARA JIMÉNEZ" Minuto 1:28:46

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

competidores. Por ende, los acuerdos contrarios al régimen de competencia no deben dejar de ser perseguidos o incluso indagados simplemente porque sugieran no haber sido respetados. Así las cosas, considerando que la prueba lo que sugiere es un escenario de concertación con falencias de cumplimiento, lo cierto es que inevitablemente debe generar cuestionamiento por parte Autoridad de Competencia y, sin duda, ha debido generar por lo menos sospecha por parte de una supuesta "rigurosa política de cumplimiento" en materia de libre competencia.

Adicionalmente, esta Superintendencia se ve en la necesidad de reiterar que no comprende por qué se allegó esta cadena de mensajes como una prueba de "Comunicaciones sobre el cumplimiento de la política de libre y leal competencia", cuando según expuso **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de **HOLCIM**), su contenido no generó ninguna preocupación interna a la luz de lo dispuesto en la política de competencia de la empresa, al punto que no suscitó siquiera interés por conocer cuál era ese precio "propuesto" e "incumplido" al que aludía el distribuidor

Incluso, ella sugirió que no se le dio mayor relevancia a la comunicación ya que era habitual que se recibieran por parte de **VALTA S.A.S.** correos pidiendo que **HOLCIM** bajara el precio del cemento, como se señala a continuación:

"Despacho: Y este, ¿usted advierte que es procompetitivo?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si, es un distribuidor que está expresando que los precios de HOLCIM están por encima de los precios que supuestamente dan los competidores y que tenemos que bajarle el precio para permitirles ser competitivos en la zona. Y este correo no es el único. Como le digo, JAIME RAMÍREZ todo el tiempo esté mandando correos pidiendo que le rebajen el precio.

Despacho: ¿Y HILL TINOCO todo lo sube al área legal, lo que le manda JAIME RAMÍREZ?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si. Y también a veces la Gerente

Despacho: ¿Y usted nos podría mandar todos los correos de JAIME RAMÍREZ que TINOCO ha enviado al área legal?"

Sara Carolina Jiménez Fandiño: Si, puedo revisarlos¹¹⁴.

En atención a esta anotación, el Superintendente de Industria y Comercio le solicitó en audiencia a **SARA CAROLINA JIMÉNEZ FANDIÑO** (Gerente Legal de **HOLCIM**) que enviara copia de los correos provenientes de **VALTA S.A.S.** que hubiera recibido **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, Presidente de **HOLCIM**, y que él le hubiera reenviado al área legal, desde el año 2010 a la fecha. En respuesta a ese requerimiento, **HOLCIM** presentó ante esta Entidad una serie de correos electrónicos provenientes de **VALTA S.A.S.**, en virtud de los cuales el área jurídica de **HOLCIM** había sido consultada

Aunque en los documentos allegados pudo advertirse que, en efecto, **VALTA S.A.S.** le ha solicitado a **HOLCIM** en más de una oportunidad que baje sus precios, lo cierto es que todos los escritos presentados son posteriores al analizado en la Resolución Sancionatoria (el más reciente que se allegó es de finales de mayo de 2013, y el estudiado por la Superintendencia de Industria y Comercio es de enero de 2013)

Esto quiere decir que para la época en que el mensaje objeto de estudio fue recibido por **HOLCIM** no era común ni habitual que ese distribuidor enviara correos buscando variaciones en el precio. De hecho, llama la atención que el único escrito que alude a una "propuesta" de precios y a un "incumplimiento" de los mismos por parte de la competencia es precisamente el citado en la Resolución Sancionatoria, pues los demás documentos allegados no contienen dicha terminología en ninguno de sus apartes

Así las cosas, el hecho que el reclamo no hubiera generado ninguna reacción por parte de **HOLCIM** diferente de una respuesta acomodada al programa de cumplimiento de la empresa resulta reprochable, máxime cuando el mensaje carecía de antecedentes y su contenido usó una terminología inapropiada a la luz del régimen de libre competencia económica. En virtud de lo

¹¹⁴ Folio 4110 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente CD Mulado "SARA JIMÉNEZ" Minuta 1.32-53.

"Por la cual se docklen unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

expuesto, las excusas de la presunta cotidianidad del mensaje y su aparente carácter inofensivo se rechazan por su falta de fundamento y sensatez.

Finalmente, HOLLIM sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio no verificó si ante esas solicitudes de los distribuidores, la empresa hizo reclamos a los supuestos miembros del cartel para que respetaran lo supuestamente acordado.

Sobre el particular, esta Superintendencia aclara que no se recaudaron pruebas sobre reclamos en ese sentido, ya que, en concordancia con lo dispuesto líneas atrás, el fin de la evidencia no era demostrar de forma directa un acuerdo de precios, sino corroborar el ambiente cooperativo en el que los investigados ejercían su rol comercial. En virtud de ello, este argumento se rechaza por falta de pertinencia y congruencia con el análisis efectuado por parte de esta Autoridad.

4.6.3. Argumentos relacionados con los Escenarios de "competencia" en ARGOS y el "BOOK1.xls" de CEMEX

Como se señaló en la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia encontró diversas pruebas que dan cuenta de que ARGOS, CEMEX y HOLLIM se concebían a sí mismas como un solo bloque y a los demás competidores como "los otros" o "los terceros".

De una parte, la Resolución Sancionatoria hizo referencia al documento "Hoja_de_cálculo_de_Microsoft_Excel" de propiedad de ARGOS, con fecha de creación 25 de julio de 2012, en el que se proponen varios escenarios a 20 años (2012-2022) para proyectar ventas y precios de ARGOS.

Para el Despacho, este documento que obra en el Expediente, resultó llamativo por cuanto de un análisis integral del mismo pueden extraerse varias observaciones y conclusiones relevantes para la presente investigación, que reafirman la demostración del elemento consciente.

En relación con esta ejercida de ARGOS, destacó la Resolución Sancionatoria que las posibles modificaciones en las participaciones de CEMEX y HOLLIM (los competidores más grandes de ARGOS) no eran tenidas en cuenta para sus proyecciones y que la variable "competencia" solo incluía los pequeños productores y las importaciones, circunstancia que daba cuenta de una ausencia de rivalidad entre ARGOS, CEMEX y HOLLIM.

En efecto, en la Resolución Sancionatoria se resaltó una de las hojas del mencionado libro de Excel denominada "análisis cualitativo", que contenía una "descripción cualitativa de los escenarios de demanda a 10 años de cemento gris". En dicha sección se incluyó una variable de "competencia" en la que se presentan unicamente a los pequeños competidores e importaciones —que para 2012 no representaban más del 5% del mercado— y se omitió por completo tener en cuenta como competencia a sus "rivales" más grandes, CEMEX y HOLLIM.

Imagen No. 2. Hoja de cálculo del archivo "Hoja_de_cálculo_de_Microsoft_Excel"

2012		2022	
PIB	Proyección del volumen según proyecciones de tasa de crecimiento del PIB (Fidecra 2012) con 3 posibles escenarios: - Tendencia Actual de crecimiento moderado - Escenario de recesión - Escenario de crecimiento acelerado		
PIB Construcción	Proyección del volumen con base a datos del gobierno con las ANP y vivienda MS - Inversión en infraestructura del 1% del PIB + 100.000 unidades de vivienda MS - Inversión en infraestructura del 2% del PIB + 100.000 unidades de vivienda MS - Inversión en infraestructura del 3% del PIB		
Crecimiento Histórico	Escenario de la tendencia de crecimiento según comportamiento histórico reciente de las ventas de cemento que incluyen el crecimiento resultado del crecimiento del sector de infraestructura		
Competencia	El operador de última instancia cuenta la posible entrada de nuevos competidores y su impacto en el mercado - Aumento de la participación de las importaciones del 1% al 3% del mercado. - Aumento de la participación de los pequeños competidores y las importaciones del 4% al 8% del mercado, 3 y 5 - Aumento de la participación de los pequeños competidores 2% al 5%		

Fuente: Folio 5338 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente

Al respecto, esta Superintendencia destacó en la Resolución Sancionatoria que dicha circunstancia resultaba por sí misma atípica y muy diciente, pues se esperaba que una empresa que haga proyecciones de ventas con diversas variables, incluyendo la competencia, no prescindiera de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

posibles escenarios vinculados con el comportamiento de las empresas que cuentan con una participación conjunta de cerca del 50% del mercado.

Sobre el particular, **ARGOS** afirmó en su recurso de reposición que la apreciación del archivo "Hoja_de_c_lculo_de_Microsoft_Excel1" que hace este Despacho es parcializada, pues lo que refleja es que para la determinación y proyección de sus precios en el mercado, **ARGOS** si tiene en consideración variables como costos, Producto Interno Bruto (en adelante PIB), desempleo, tendencia de crecimiento histórico de las ventas del cemento gris, crecimiento del sector infraestructura, importaciones y competencia, de manera que no es cierto que el precio del cemento gris Portland tipo 1 obedezca a un paralelismo consciente sino al cuidadoso análisis de esas variables que se mencionan en el cuadro.

Frente a este argumento, se aclara que este Despacho no desconoce que existan variables como las analizadas para proyectar el comportamiento del mercado aun en escenarios de acuerdos restrictivos. En efecto, en otros carteles –expresos y probados incluso con delación de algunos involucrados– como el de Papeles Suaves, se encontraron también pruebas de análisis de escenarios de proyección del mercado, circunstancia que se explica en la medida en la que existen otras variables del comportamiento del mercado que son externas al cartel. En ese sentido, la presencia de este tipo de proyecciones no desmiente, por sí sola, la existencia de la conducta restrictiva.

No obstante, lo que sí resulta llamativo es que, si se tratara realmente de un escenario de competencia, se descarte cualquier posibilidad de perder volumen por un posible aumento de participación de alguno de los dos competidores más grandes, esto es, **CEMEX** y **HOLCIM**.

Ahora bien, este Despacho hizo mención también de la pestaña "ESCENARIOS" del mismo documento, en la que, al desarrollar cada una de las variables que podrían afectar la participación de mercado de **ARGOS** –entre las que se encuentra la competencia– nuevamente se incluye únicamente como competidores a los "pequeños productores", como si **CEMEX** y **HOLCIM** no tuvieran la condición de competidores de **ARGOS**, o lo que es lo mismo, como si no existieran para **ARGOS**, aun cuando históricamente han tenido participaciones cercanas al 35% y 15%, respectivamente:

Imagen No. 3. Hoja de cálculo del archivo "Hoja_de_c_lculo_de_Microsoft_Excel1"

PARTICIPACIÓN DE MERCADO	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Importaciones	1,0%	1,5%	2,0%	2,5%	3,0%	3,0%	3,0%	3,0%	3,6%	3,0%	3,0%	Las importaciones hoy representan el 1% de la industria y se simula que crecen 0,5% año hasta alcanzar una participación del 3%
Competencia	3,0%	4,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,0%	5,6%	5,0%	5,0%	Los pequeños productores hoy tienen una participación del 3% de la industria y se simula que crecen 1% año hasta llegar a una participación del 5%
Importaciones + Competencia	4,0%	5,5%	7,0%	7,5%	8,0%	8,0%	8,0%	8,0%	8,6%	8,0%	8,0%	Se suman los 2 efectos

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

Al respecto afirmó **ARGOS** que sí incluyó en la referida pestaña de este archivo a **CEMEX** y **HOLCIM**. Sin embargo, como se evidencia claramente en la imagen citada, en la variable "competencia" solo se hacen proyecciones respecto de los "pequeños productores" por lo que una vez más no es cierta la afirmación del investigado. Nuevamente llama la atención del Despacho que **ARGOS** acuda a una afirmación mentirosa, que queda en evidencia con solo leer el documento citado previamente.

Ahora bien, sobre esta parte del análisis, **ARGOS** también indicó que no se sabe de dónde colige la Autoridad que ese cuadro (correspondiente a la imagen recién citada) desarrolla todas las variables que podrían afectar la participación de mercado, pues previamente se habían mencionado otras variables macroeconómicas que no aparecen en la imagen.

Al respecto se aclara que si bien para efectos de la Resolución Sancionatoria se citó esta imagen, en la pestaña "escenarios" del documento original, al que se refirió la afirmación discutida por los investigados, sí se encuentran todas las variables, pero se hizo énfasis en el extracto en el que se aludía a la competencia, por ser el de mayor pertinencia.

La siguiente es la imagen completa correspondiente a la pestaña "ESCENARIOS":

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 4. Hoja de cálculo del archivo "Hoja_de_c_lculo_de_Microsoft_Excel1"

VARIABLES

PIB COLOMBIA	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Escenario Base Fedesantill estable	4.4%	4.0%	4.5%	5.3%	5.1%	5.0%	5.0%	5.2%	5.0%	5.0%	5.0%	Se mantiene el escenario de fortalecimiento hasta el 2016 y luego definimos que se sostiene en el 5% estable para todos los años
Escenario de crecimiento acelerado	4.4%	4.2%	5.0%	5.8%	7.0%	7.2%	6.0%	6.5%	6.5%	6.0%	6.0%	Se simula el movimiento de expansión de la economía de los años 2002 a 2007 y se mantiene la tendencia creciente adicionando 0.3% se estabiliza el crecimiento en 5.5%
Escenario de recesión	4.4%	2.4%	3.7%	3.8%	1.0%	3.2%	1.6%	2.2%	3.0%	3.0%	3.0%	Se simula con el movimiento recesivo de la economía de los años 1995 a 2002, se mantiene la tendencia creciente por lo que se le adiciona 0.3%. El dato de crecimiento de 1990 se excluye de la serie debido incluye un componente de seguridad, además del cambio del LPAC al UNW situaciones poco probables para el futuro cercano

TASA DE DESEMPLAO	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Escenario Base Fedesantill estable	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	Se mantiene el escenario de fortalecimiento hasta el 2016 y luego definimos que se sostiene para el resto del periodo
Escenario creciente	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	9.4%	Simulamos los movimientos que ocurrieron entre 1990 y 2006 aplicando la mitad del impacto
Escenario decreciente	9.4%	8.5%	8.6%	9.2%	8.5%	7.0%	7.1%	6.2%	6.4%	7.1%	6.7%	Simulamos los movimientos que ocurrieron entre 2007 y 2013 aplicando la mitad del impacto

PIB CONSTRUCCIÓN	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Escenario Base Fedesantill estable	0.6%	2.4%	2.4%	3.5%	3.8%	3.8%	2.8%	3.3%	3.8%	3.8%	2.8%	Se mantiene el escenario de fortalecimiento hasta el 2016 y luego definimos que se sostiene para el resto del periodo
Inversión en Infraestructura 3% del PIB a partir del 2012 + 100.000 unidades US de	PIB: 1.5% % + 20% de	PIB: 2% + 50% de	PIB: 3% + 25% de	PIB: 3% + 20% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	100.000 US a consumiendo en promedio 4 ton por Unidad y adicional el crecimiento en gasto de infraestructura promedio por el gobierno en conjunto con las APP pasivos del 1% al 3% del PIB
Escenario con 100.000 unidades de US	PIB: 1.5% % + 20% de	PIB: 2% + 50% de	PIB: 3% + 25% de	PIB: 3% + 20% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	PIB: 4% + 15% de	100.000 US a consumiendo en promedio 4 ton por Unidad

* El PIB de la construcción es el 6% del PIB y se le adiciona la de la cañita

PARTICIPACIÓN DE MERCADO	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Importaciones	1.0%	1.5%	2.0%	2.5%	3.0%	3.0%	3.0%	3.0%	3.0%	3.0%	3.0%	Las importaciones hay representar el 1% de la industria y se simula que crece 0.5% año hasta alcanzar una participación del 3%
Competencia	3.0%	4.0%	5.0%	5.8%	5.0%	6.0%	6.0%	5.9%	5.9%	5.0%	6.0%	Los pequeños productores hay tener una participación del 3% de la industria y se simula que crecen 1% año hasta llegar a una participación del 5%
Importaciones + Competencia	4.0%	5.5%	7.0%	7.5%	8.0%	8.0%	8.0%	8.9%	8.9%	8.0%	9.0%	Se suman los 2 efectos

MODELO ADICIONAL DE CRECIMIENTO SOSTENIDO DE VENTAS DE CEMENTO

MODELO DE CRECIMIENTO SOSTENIDO	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
MODELO DE CRECIMIENTO SOSTENIDO		11%	11%	11%	11%	9%	9%	9%	9%	9%	9%	Se estima un crecimiento sostenido de 11.5% (equivalente al promedio crecimiento 2000-2011) para 2012-2016, a partir de 2017 se cambia a incluir la mitad del crecimiento

Escenario de Precio	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Escenario Base Fedesantill estable	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Proyección de línea anual de la inflación hasta el 2016 apoyado en las metas del banco de la república de mantener la inflación entre 2% y 4%, el escenario mantiene la inflación constante en 3% y continúa la tendencia
Decremento moderado	-3%	-3%	-3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Se simula un escenario donde los precios caen 10% en los 3 primeros años y después crecen con la inflación
Dinámica decreciente de precios permanente	3%	3%	3%	-3%	-3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Se simula el efecto de la guerra de precios Durante 2004 - 2005, dando los precios bajaron en total casi 60% y después solo crecen con la inflación del 3%
Dinámica decreciente de precios temporal	3%	3%	3%	-3%	-3%	10%	10%	10%	10%	3%	3%	Se simula el efecto de la guerra de precios Durante 2004 - 2005, dando los precios bajaron en total casi 60% y después se recupera al mismo ritmo al que se recuperó después de la guerra (4 años), posteriormente crece con la inflación del 3%
Creciente fuerte	3%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	El precio del cemento crece aceleradamente como un efecto de los crecimientos acelerados de los precios de la energía y el petróleo, creciendo cada año al 10%
Creciente moderada	3%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	Creciente 3 puntos por encima de la inflación que es del 3% año

1 0.07 0.55 0.90 0.90 0.68 0.59 1.02 1.35 1.08 1.11 1.14
-16% 36%

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

De esta forma, es claro que la pestaña del documento a la que se refirió la Resolución Sancionatoria sí contenía la totalidad de las variables tenidas en cuenta para la proyección de variaciones de volumen y que, dentro de estas, no se incluyó como escenario, al menos remoto, la posible pérdida de volumen como consecuencia del comportamiento de los "competidores" más grandes, **CEMEX** y **HOLCIM**.

Adicionalmente, indicó **ARGOS** que en los ejercicios observados simplemente se está midiendo el impacto que las importaciones y los productores pequeños podrían tener en la participación de mercado de **ARGOS**, por lo que la imagen no da cuenta de que **CEMEX** y **HOLCIM** no sean considerados competidores.

Al respecto, es preciso señalar que este argumento resulta contradictorio, en la medida en la que **ARGOS** sostiene, por un lado, que efectivamente en el documento sí se incluye a **CEMEX** y **HOLCIM** como competidores y, del otro lado, afirma que **CEMEX** y **HOLCIM** no fueron incluidos en el documento, pues el ejercicio estaba destinado únicamente a verificar el impacto de las importaciones y de los productores pequeños.

Además, y como si lo anterior no fuera suficiente, se evidencia que no es cierto que fuera un ejercicio destinado específicamente a proyectar los efectos del comportamiento de los pequeños productores y las importaciones en la participación de mercado de **ARGOS**, pues como se indicó, en tal documento se incluyeron diversas variables adicionales a las mencionadas en el recurso de reposición como PIB, tasa de desempleo y crecimiento histórico. Además, una simple lectura del documento bajo análisis permite concluir que no hay nada en el archivo que pudiera demostrar la afirmación de **ARGOS** de que en esa precisa oportunidad sólo se querían medir los efectos de esas dos (2) únicas variables. Por el contrario, la naturaleza del documento apunta a incluir todas las variables posibles, pero extrañamente no la de posibles cambios de participación causados por los competidores, **CEMEX** y **HOLCIM**.

Ahora bien, en la Resolución Sancionatoria se resaltó que en 16 de los 19 escenarios proyectados en el archivo de Excel, la participación de los jugadores permanece idéntica, sin variación alguna. Y en los tres (3) escenarios en los que hay variaciones de participación, nunca se evidencia un escenario en el que **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** cambien sus participaciones entre sí, es decir que **HOLCIM** o **CEMEX** le arrebaten participación a **ARGOS** o viceversa. Por el contrario, las variaciones que se proyectan en los jugadores obedecen, única y exclusivamente, a variaciones en las participaciones de los pequeños productores y las importaciones, como si **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** jugaran como un mismo bloque, como si fueran un único competidor.

Al respecto, **ARGOS** indicó que no entiende por qué el hecho de tener escenarios sin variación de participación es llamativo, si es solo una proyección y no la realidad, y en todo caso, es así para todos incluyendo a los pequeños productores y las importaciones.

Para responder este argumento, se resalta que dicha situación resulta llamativa pues sería de esperar que las proyecciones que se realicen en un verdadero ambiente competitivo con diversas variables, exista por lo menos algún escenario con posibles variaciones en las proyecciones de participación de mercado. Sin embargo, como se indicó, para **ARGOS** esta circunstancia ni siquiera es tenida en cuenta, lo que reafirma la conclusión de la Resolución Sancionatoria de que los sancionados actuaron en el mercado como un mismo bloque. Adicionalmente, debe recordarse que lo que resultó verdaderamente llamativo para este Despacho fue que en los tres (3) escenarios en los que sí se proyectaban variaciones de porcentajes de participación, no se incluía una sola posibilidad de que **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** modificaran sus participaciones entre sí y que, por el contrario, perdieran respecto de los pequeños productores y las importaciones, de manera proporcional.

ARGOS pretendió soportar esta circunstancia argumentando que únicamente se trataba de una estimación de las participaciones de las importaciones y los pequeños productores. Sin embargo, se insiste en que las proyecciones se hacen con diversas variables, y existiendo tres (3) escenarios medidos por el comportamiento de la "competencia", no se entiende por qué no se proyecta una posible pérdida ante los competidores más grandes.

En efecto, en los únicos tres (3) escenarios en los que hay variación de participación, que corresponden a los escenarios de "competencia", se verifica lo siguiente:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

"Escenario base (COMPE-1)"

Proyección de ventas por productor por año
Cemento Gris
2012 - 2022

Participaciones	Participación
Argos	50,0%
Otros Grandes productores	44,0%
Pequeños productores	3,0%
Importaciones	3,0%
	100,000%

Aquí se modifican las participaciones de los escenarios de competencia... lo que ganan los pequeños y las importaciones, se le quita proporcionalmente al resto.

"Escenario base (COMPE-2)"

Proyección de ventas por productor por año
Cemento Gris
2012 - 2022

Participaciones	Participación
Argos	47,0%
Otros Grandes productores	45,0%
Pequeños productores	5%
Importaciones	3%
	100,000%

Aquí se modifican las participaciones de los escenarios de competencia... lo que ganan los pequeños y las importaciones, se le quita proporcionalmente al resto.

"Escenario base (COMPE-3)"

Proyección de ventas por productor por año
Cemento Gris
2012 - 2022

Participaciones	Participación
Argos	50%
Otros Grandes productores	45%
Pequeños productores	5%
Importaciones	1%
	100,000%

Aquí se modifican las participaciones de los escenarios de competencia... lo que ganan los pequeños y las importaciones, se le quita proporcionalmente al resto.

Así, la participación correspondiente a **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** se mantiene en los 16 escenarios en los que no hay variaciones, en una proporción de 51% para **ARGOS** y 45% para los "otros grandes productores", es decir, **CEMEX** y **HOLCIM**, que corresponde relativamente a la participación que han mantenido en el mercado históricamente.

Por su parte, en los escenarios en los que hay variaciones, son los posibles cambios en las participaciones de los pequeños productores y de las importaciones los que impactan **proporcionalmente** a **ARGOS** y a los "otros grandes productores", nunca es la participación de los "otros grandes productores" la que afecta o puede afectar la participación de **ARGOS** o viceversa. De hecho, tal y como se señala expresamente en cada una de las proyecciones, a pesar de llamarse "escenarios de competencia" las variaciones se realizan con un mismo ejercicio: "lo que ganan los pequeños y las importaciones, se le quita proporcionalmente al resto".

Esta situación es extraña si realmente existiese incertidumbre y rivalidad en el mercado, pues no resulta razonable que las proyecciones de un competidor omitan el posible comportamiento "incierto" de sus competidores más fuertes y que las posibles hipótesis de pérdida de participación afecten proporcionalmente a los jugadores grandes del mercado cuando, además, obedece únicamente a la variación de participación de los pequeños y las importaciones. En los escenarios proyectados por **ARGOS** nunca se evidencia siquiera una hipótesis en la que **ARGOS** pierda pero no **CEMEX** y **HOLCIM** o al revés, ni uno en el que ganen los "grandes productores" y pierdan los pequeños y **ARGOS**. De hecho, pareciera que **ARGOS** y los "grandes productores" fueran un solo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

agente del mercado, pues (i) si pierden (el bloque) es por los pequeños y las importaciones (los otros, los terceros); (ii) cuando pierden, pierden juntos (el bloque) de manera proporcional; y (iii) su participación nunca varía porque se la arrebatan entre sí.

Frente a este análisis, ARGOS insistió en que no encuentra qué relevancia tienen, para probar el elemento consciente, las proyecciones de participación de mercado de ARGOS y el impacto que sobre estas tienen las importaciones o los pequeños productores. En el mismo sentido, añadió que el análisis de proyecciones discutido no tenía relación con la explicación de teoría de juegos y, en particular de los juegos coalicionales a partir de transferencias de utilidades, presentada por el Despacho.

Al respecto se resalta que esta prueba es de gran relevancia para demostrar el comportamiento de las empresas sancionadas, en la medida en la que da cuenta de la concepción de las empresas como un mismo bloque, tanto, que en las proyecciones se ven como un mismo agente y no como rivales. Un comportamiento que es propio de empresas cartelizadas, que como consecuencia de sus acuerdos no se conciben entre sí como un riesgo en el mercado. Se trata de la tranquilidad de estar en un escenario de no competencia como lo precisó el reconocido economista inglés y nobel de economía (1972) John Hicks, quien señaló que "el mejor de todos los beneficios de un monopolio (cartel) es una vida tranquila"¹¹⁵.

ARGOS afirmó también que de acuerdo con el estudio elaborado por Ricardo Mauricio Reina Echeverri y Sandra Paola Oviedo Ariza, sí perdió puntos de participación con las demás cementeras sancionadas, hecho cierto y comprobado que debiera prevalecer en el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Al respecto, este Despacho advierte que en el marco de un acuerdo de precios también es posible, de una parte, pactar arrebatarse participación a modo de compensación, tal y como lo hacían desde 2008¹¹⁶ y, de la otra, que puedan existir desviaciones o incumplimientos de los acuerdos anticompetitivos. Así, aun cuando fuera cierto que en realidad se presentaron variaciones entre las participaciones de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, ello no desmiente la existencia del acuerdo anticompetitivo.

Además, se insiste que lo que evidencia la prueba bajo análisis no es un acuerdo de repartición de mercados o cuotas de suministro —que por lo demás no se sancionó—, sino que constituye una prueba clara y fehaciente del acuerdo aquí sancionado, esto es, que ARGOS, CEMEX y HOLCIM actuaban como un mismo bloque.

Así mismo, se destaca que de aceptar la afirmación de ARGOS frente a la pérdida de participación respecto de CEMEX y HOLCIM, resultaría aún más llamativa la proyección, pues no hace lógica que ni siquiera se proyecten escenarios de pérdida de participación que ya se han dado en el pasado. En todo caso, es importante señalar que en relación con el análisis de esta prueba, el Despacho no está reprochando que no hayan existido, en la práctica, variaciones en las participaciones del mercado, sino que lo que resultó llamativo para el Despacho, es que una empresa (ARGOS) no tuviera en cuenta dentro de las proyecciones que estaba realizando, a quienes deberían constituir su real competencia, ello es, quienes (CEMEX y HOLCIM) para esa época tenían participaciones de mercado conjuntas de cerca del 50%, y solo se enfocara en terceros que tenían participaciones de mercado cercanas al 5%.

De otro lado, en la Resolución Sancionatoria se destacó otro escenario de precios ante las variables analizadas en las diversas proyecciones que se encontraba en el mismo documento, tal y como se expone a continuación:

¹¹⁵ J. R. Hicks, *Annual survey of economic theory: The theory of monopoly*, *Econometrica*, Volume 3, Number 1, Jan. 1935, p. 8. Constituye una traducción libre del Despacho de la expresión "The best of all monopoly profits is a quiet life".

¹¹⁶ Tal y como se evidenció en la Resolución Sancionatoria No. 51694 de 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 5. Hoja de cálculo del archivo "Hoja_de_c_lculo_de_Microsoft_Excel1"

Escenario de Precio	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Observaciones
Escenario Base (Inflación estable)	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Proyección de comportamiento de la inflación hasta el 2012 basada en las metas del banco de la república de mantener la inflación entre 2% y 4%, el escenario mantiene la inflación constante en 3% y continúa la tendencia.
Decremento sostenido	-5%	-5%	-5%	1%	1%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Se simula un escenario donde los precios caen 10% en los 3 primeros años y después crecen como con la inflación.
Dinámica decreciente de precios permanente	3%	3%	3%	-10%	-10%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Se simula el efecto de la guerra de precios durante 2004 - 2005, donde los precios bajaron en total casi 60% y después suben como con la inflación del 3%.
Dinámica decreciente de precios temporal	3%	3%	3%	-10%	-10%	15%	15%	15%	3%	3%	3%	Se simula el efecto de la guerra de precios durante 2004 - 2005, donde los precios bajaron en total casi 60% y después se recuperan al mismo ritmo al que se recuperó después de la guerra (4 años), posteriormente crece como con la inflación del 3%.
Cemento fuerte	3%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	10%	El precio del cemento crece aceleradamente como un efecto de los cementos adicionales de los precios de la energía y el petróleo, creciendo cada año al 10%.
Cemento moderado	3%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	5%	Creciente 3 puntos por encima de la inflación que es del 3% año.

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

En este escenario se prevé la reacción a través de una "guerra de precios", como la que se dio entre 2004 y 2005 con la que, como ya se expuso suficientemente en la Resolución Sancionatoria, se expulsó del mercado a uno de los competidores "pequeños productores" (ANDINO), a través de un cartel predatorio en precios.

Adicionalmente, en ese escenario se simula una baja de precios de 60% en dos (2) años, lo que demuestra o que el precio del cemento es tan alto que incluso pueden permitirse bajar el precio a un nivel impensable en un escenario en el que el precio esté a niveles competitivos, o que ARGOS está dispuesto a bajar precios a tal nivel ante la entrada o el incremento de participación de un pequeño productor, repitiendo la otrora conducta cartelista predatoria desplegada contra ANDINO. Así, llama poderosamente la atención que ARGOS esté contemplando como uno de los posibles escenarios, incurrir en el futuro próximo en una práctica restrictiva de la libre competencia económica con tal de expulsar competidores del mercado, proceder que tal y como está consignado en el documento bajo estudio, no sería posible sin la participación de CEMEX y HOLCIM. Nótese cómo, para este cálculo de ARGOS, se da por descontado que el bloque conformado por ARGOS, CEMEX y HOLCIM actúa coordinadamente y baja conjuntamente el precio hasta en un 60% (escenario de guerra de precios) durante dos años, lo que se reitera, no es factible como escenario único para ARGOS, pues requeriría para ello del concurso de CEMEX y HOLCIM para materializar esa estrategia por tan largo tiempo, lo que en la práctica constituiría otro cartel de precios.

ARGOS simula también que recuperará el precio "al mismo ritmo que se recuperó después de la guerra (4 años)", situación que se daría después de cumplido el objetivo de expulsar del mercado a un "pequeño productor" y que, no sería probable sin la coordinación y cooperación con CEMEX y HOLCIM. En efecto, llama la atención de este Despacho que se proyecte, por un lado, un escenario que reproduce una situación que esta Entidad investigó en el pasado y, por el otro, que sería difícilmente lograda sin la participación y la coordinación de los "grandes productores", con la que ARGOS parece contar en su proyección. En resumen, un escenario posible para ARGOS es que el bloque conformado por ARGOS, CEMEX y HOLCIM actúe coordinada y conjuntamente otra vez para bajar el precio hasta en un 60% en dos (2) años (escenario de guerra de precios), para después subir el precio, también de forma coordinada y conjunta, durante cuatro años consecutivos un 15% anual hasta recuperar el 60% rebajado, lo que se reitera, nuevamente, no es factible sin el concurso de CEMEX y HOLCIM.

Respecto de este análisis, ARGOS argumentó que el uso de la expresión "guerra" está incluida bajo la casilla "observaciones" y para efectos de ejemplificación del escenario de "Dinámica decreciente de precios temporal", el cual se proyecta no porque ARGOS esté pensando iniciar una guerra de precios para evitar la entrada de terceros competidores al mercado, sino porque una estrategia de entrada al mercado, bien de parte de importadores o de otras compañías interesadas en posicionarse en el sector del cemento, puede ser el ofrecimiento de precios más atractivos que los que hay en el mercado, situación que temporalmente puede llevar a una dinámica de caída de precios, escenario que legítimamente puede proyectarse.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Sobre el particular, este Despacho resalta que no se trató de un simple ejercicio de simulación de disminución de precios, sino la simulación de un escenario idéntico al observado en el periodo 2004-2005, en el que de forma concertada los aquí sancionados disminuyeron precios para eliminar un pequeño productor del mercado. Aquí debe destacarse que esta no es una interpretación del Despacho, es una situación que se indica expresamente en el documento: *"Se simula el efecto de la guerra de precios Durante 2004 - 2005, donde los precios bajaron en total casi 60% y después se recupera al mismo ritmo al que se recuperó después de la guerra (4 años), posteriormente crece con la inflación del 3%"*.

Así, no se trata de un escenario en el que se proyecte una disminución de precios como un comportamiento de competencia, sino de una disminución coordinada del 60% ante la entrada de un posible nuevo agente.

Ahora bien, **ARGOS** también indicó que la Superintendencia de Industria y Comercio pareciera estar estigmatizando una práctica tan competitiva como necesaria en cualquier empresa, como lo es la de hacer proyecciones y simular situaciones estratégicas a largo plazo.

Nuevamente, el recurrente presentó un argumento evidentemente falaz, toda vez que en la Resolución Sancionatoria nunca se consideró reprochable o ilegal hacer proyecciones o simular estrategias. Lo que indicó el Despacho es que esas específicas proyecciones efectuadas por **ARGOS**, contemplan expresamente repetir un escenario claramente anticompetitivo ocurrido en el pasado y que ya fue sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio, además de que en las proyecciones no se incluye a los grandes "competidores" (**CEMEX** y **HOLCIM**) como reales rivales de **ARGOS** en el mercado.

Con todo lo expuesto, este Despacho reitera que esta prueba revela un comportamiento atípico, en el que las proyecciones de uno de los participantes del mercado (**ARGOS**), incluyen a los "grandes productores", **CEMEX** y **HOLCIM**, como si todos fueran un mismo jugador, con participaciones que no se afectan entre sí y con escenarios de precios que solo serían logrables ante un comportamiento coordinado proyectado para ser prolongado en el tiempo.

En efecto, el documento analizado refleja un comportamiento que es perfectamente consistente con la racionalidad de un cartel empresarial, en el que sus miembros se comportan en bloque, como una unidad, eliminando, como lo señaló el Nobel de Economía John Hicks, la intranquilidad que suscita estar en un mercado en competencia. Esta prueba es muy dicente de la presencia del elemento consciente de la conducta, que, analizada como parte de un conjunto de pruebas, permite afirmar que el elemento consciente está plenamente demostrado en la presente actuación administrativa.

Como se indicó en la Resolución Sancionatoria, este comportamiento conjunto de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** también se evidencia en el documento "BOOK1.xls"¹¹⁷ elaborado por empleados de **CEMEX**, en el que nuevamente se refleja la concepción de los "pequeños productores" como "terceros", es decir, aquellas empresas que no pertenecen al bloque mayoritario de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, y coincide en la búsqueda de lograr una invariancia en las cuotas de participación.

En efecto, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, en el documento "BOOK1.xls" se utilizan, para referirse a **ARGOS**, **HOLCIM** y **CEMEX**, las letras A, B y C, respectivamente, mientras que se refiere a los "pequeños productores" como terceros. Esta circunstancia fortalece la hipótesis de este Despacho según la cual los tres "competidores" se ven como un solo bloque o agente frente a los terceros, tratándose de un manejo del lenguaje que da cuenta de la concepción que se refleja también en el documento de **ARGOS** antes analizado:

¹¹⁷ Folio 5382 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 6. Hoja de cálculo del archivo "BOOK1.xls"

	A	B	C	D	E
1	AÑO	2011	2012	2013	
2	A	5.041.972	5.081.788	5.215.125	
3	B	1.520.965	1.555.182	1.627.781	
4	C	3.285.880	3.450.199	3.503.054	
5	SUB-ABC	9.848.817	10.087.169	10.345.960	
7	COMPRAS	49.670	73.034	78.296	201.000
9	TERCEROS	306.426	408.822	617.500	
10	IMPORTACIONES	64.709	110.104	273.356	
11	SUB-TERCEROS	371.135	518.926	890.856	
12					
13	DEMANDA TOTAL	10.219.952	10.606.095	11.236.816	
14					
15		51/35/14	50,5/34,5/15	50,5/34,5/15	
16	A	5.022.897	5.094.020	5.224.710	
17		(30.595)	(85.266)	(87.881)	(203.742)
18	B	1.378.834	1.513.075	1.551.894	
19		142.131	42.107	75.887	260.124
20	C	3.447.086	3.480.073	3.569.356	
21		(111.536)	43.160	11.994	(56.382)

Fuente: Folio 5382 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2 del Expediente.

Frente a este documento, el Despacho pasa a recordar el análisis realizado en la Resolución Sancionatoria, en el que se destacó que en la fila 15 del documento se presenta una serie de tres (3) números separados por el símbolo "/" (que se subraya en la imagen citada), cuya suma da un valor de 100 para cada año. Por el uso que se le da a dichos datos en las filas posteriores, es posible concluir que los mismos corresponden con participaciones de mercado de los agentes identificados como "A", "B" y "C" (ARGOS, HOLCIM y CEMEX).

Sin embargo, las participaciones señaladas no corresponden con las cuotas de mercado observadas para cada uno de dichos "competidores", pues cada serie de tres (3) valores suma 100, lo que permitiría inferir que muestra una especie de "sub mercado" en el que participa solamente el bloque de ARGOS, HOLCIM y CEMEX. Esto implicaría que el mercado se cubre exclusivamente con las ventas de ARGOS, HOLCIM y CEMEX, cuando en realidad, como bien se reconoce en el archivo objeto de análisis, parte de la demanda es atendida por aquellos agentes denominados "terceros" y otros importadores. Por otro lado, el uso que se le da a las cuotas asignadas para cada uno de los investigados da cuenta de que las mismas representan valores predeterminados – asignados –, que son sometidos al siguiente proceso de verificación:

(i) A partir del volumen de ventas de cemento gris observado para ARGOS, HOLCIM y CEMEX se calculó el total de ventas realizadas por estos tres (3) "competidores" para los años 2011, 2012 y 2013, asumiendo que corresponden con el 100% del mercado de cemento gris a nivel nacional.

(ii) Sobre dicho "total" y con las series de participaciones predeterminadas para cada uno de los investigados, se estimó el volumen que deberían haber vendido de manera individual para "cumplir" con dichas cuotas.

(iii) Para ARGOS y CEMEX se ajustaron las ventas estimadas con las compras realizadas por este último al primero. Es decir, al volumen de cemento gris observado para ARGOS se le descontaron las compras efectuadas por parte de CEMEX y, en concordancia, las mismas fueron adicionadas al volumen observado para esta última empresa.

(iv) El resultado estimado para ARGOS, HOLCIM y CEMEX fue contrastado con el volumen de ventas observado, con el fin de identificar las desviaciones que se hubieran presentado en dichas cifras, respecto de aquellas que se obtuvieron con las cuotas de mercado predeterminadas para

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

cada agente. Este cálculo arrojó como resultado una diferencia negativa en toneladas para **ARGOS** (-203.742), negativa para **CEMEX** (-56.382) y positiva para **HOLCIM** (260.124), para los años 2011 a 2013.

Ahora bien, del ejercicio descrito –frente al cual **CEMEX** se limitó a afirmar en las observaciones al Informe Motivado que se trataba de un monitoreo del desempeño comercial de **CEMEX** en el mercado–, resulta llamativo que fuera realizado exclusivamente con las ventas de los investigados, sin considerar aquellas provenientes de los competidores denominados como "terceros" y de otros importadores. Esto resulta particularmente cuestionable si se considera que **CEMEX** contaba con las cifras correspondientes con dicha porción del mercado. Así, no se entiende por qué, si el objetivo hubiera sido el de realizar un análisis de la cuota de mercado estimada de **CEMEX**, esta no involucró la totalidad de los agentes que le representan una fuente de competencia.

En segundo lugar, en el archivo objeto de análisis se observa que la cuota fijada para **HOLCIM** en el año 2011 (14%) se incrementa en un punto porcentual (pp) para el año 2012, con la reducción en partes iguales (0,5 pp – 0,5 pp) de las cuotas individuales de **ARGOS** y **CEMEX** en dicho periodo. Nótese que **CEMEX** proyectó una reducción de su propia cuota de mercado, lo cual resulta de difícil explicación, en un contexto de expansión de la demanda, como si tal situación, en lugar de representar una oportunidad de crecimiento para **CEMEX**, hubiera constituido una amenaza para esta empresa.

Al respecto, **HOLCIM** afirmó que resulta llamativo que **CEMEX** y **ARGOS** hubieran convenido entregarle a cada uno un porcentaje de 0,5%, lo que equivale a varios miles de millones de pesos a cambio de nada. Así mismo, indicó que parece curioso que **CEMEX** cediera el mismo porcentaje que **ARGOS** en favor de **HOLCIM**, si **ARGOS** tiene un porcentaje mucho mayor. En relación con este argumento, debe destacarse que no es la primera vez que se encuentran pruebas de estos tres (3) participantes del mercado cediéndose porcentajes de participación entre sí, aun cuando su valor es millonario.

En efecto, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, al ver el contenido del documento, las nominaciones A, B y C y el extraño ejercicio de participación, es imposible no traer a colación lo afirmado por esta Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria No. 51694 de 2008¹¹⁸, en la que se indicó:

¹¹⁸ Hoja 113 de la Resolución No. 51694 de 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

El Dr. Jorge Neira, en la declaración rendida ante esta Superintendencia, reconoce de manera expresa la autoría de este documento y explica el significado de los términos utilizados en el mismo así: A significa ARGOS, C significa CEMEX, B significa Boyacá que es la marca de HOLCIM y Uno A es Andino. A continuación se transcriben el texto de dicho documento:

***Caracterización de la serie**

- *Periodo 88 – 92 : Participaciones de partida estables para los tres grupos así:*
 - A 61 %
 - B 12%
 - C 27%

Periodo 93 – 96: C gana agresivamente participación con A, B se mantiene estable;

- A 50 %
- B 12%
- C 38%

- *Año 97: Año de la trampa. A pierde 6 puntos mas contra C y B pierde 2*
 - > A 47 %
 - > B 10 %
 - > C 43 %

Año 98: Año de la guerra. A recupera levemente junto con B, a costa de C.

- A 49 %
- B 12 %
- C 43 %

Años 1999 a 2005: Años de convivencia. En el 99 C paga la multa y B adquiere CH

- *A partir del 99 se estabilizan las participaciones en :*
 - A 51 %
 - B 14%
 - C 35 %

En el año 2000 An adquiere CH y alcanza hasta 6 puntos de participación, quedando estas para el periodo 2000-2004 así:

- A 48 %
- B 13 %
- C 34 %
- An : 5%

Año 2005: Última guerra. A recupera, C pierde y B se mantiene estable:

- A 51%
- B 13%
- C 32%
- An 4 %

Con esta lógica se podría establecer que lo natural es que los 4 puntos de An, se entreguen así: 3 a C y 1 a B y que se crucen los costos de la guerra según lo asumido por cada uno,

La pretensión de C no parece lógica a la luz de las cifras, ya que estos niveles solo fueron alcanzados durante el periodo "agresivo" de este grupo,

B como buen pequeño gana poco, pero también pierde poco durante todo el periodo analizado, con lo cual su pretensión de mantener el 14 % suena razonable,

Se podría concluir finalmente, que de mantenerse la pretensión, el tema es mucho mas entre A y C y poco (o nada) involucra a B."

Como se observa, en este documento se hace una presentación que coincide en altísimo grado con la forma en que se han comportado las participaciones de mercado entre las empresas durante los últimos veinte años, incluido el periodo de investigación.

Ahora bien, del análisis el comportamiento de las participaciones en el año 2005 y del lenguaje utilizado por el Director Comercial de HOLCIM se puede inferir la existencia de una estrategia de negociación entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM. En efecto, en esta presentación HOLCIM, a partir de las participaciones obtenidas por dichas empresas a través de los años, analiza la forma como sería "natural" que se "entreguen" los 4 puntos de Andino.

Dentro de este análisis se establece que 3 puntos deberían entregarse a CEMEX, y 1 a Boyacá (HOLCIM) y que se crucen los costos de la guerra según lo asumido por cada uno.

Lo que más llama la atención de este Despacho sobre este documento, es que habiendo sido ARGOS la empresa que compró ANDINO, no resulta lógico, salvo que medie un acuerdo de reparto de mercado, que el Director Comercial de HOLCIM, elabore una presentación en la que se analice la forma en que ARGOS debe "entregar" esta participación a sus empresas competidoras.

Lo manifestado por el Director Comercial de HOLCIM sobre la distribución de la participación de ANDINO entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, refiere claramente el escenario de un reparto de mercado entre dichas empresas, toda vez que, se refiere, si ARGOS compró a ANDINO, no debe "entregar" la participación de mercado del mismo a sus competidores. Contrario a lo manifestado por el apoderado de ARGOS, en el documento señalado si se menciona a su representada, de hecho es la que debe "entregar" la participación de la empresa con la cual se integró.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Como puede observarse, el documento "BOOK1.xls" tiene múltiples coincidencias con el análisis que sobre el archivo denominado "presentación Panamá" realizó esta misma Superintendencia en el 2008. En efecto, se reitera que (i) se refiere a **ARGOS, HOLCIM y CEMEX**, como A, B y C; (ii) en el archivo se evidencia una entrega de puntos de participación a **HOLCIM y CEMEX** por la compra de **ANDINO**, como en "BOOK1.xls" parece entregarse puntos de participación, esta vez a **HOLCIM**; (iii) las participaciones ideales de "BOOK1.xls" coinciden con las que **ARGOS, HOLCIM y CEMEX** pactaron en el periodo de "convivencia" al que se refiere la Resolución Sancionatoria de 2008, esto es, 51% para A, 14% para B y 35% para C; y (iv) se denota la misma idea de **ARGOS, HOLCIM y CEMEX** como un mismo bloque, frente a los otros que simplemente son "terceros".

Todo lo expuesto se explica perfectamente en un escenario de coordinación en el que **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** actúan en bloque como si se tratara de un solo agente del mercado.

Ahora bien, en relación con el archivo "BOOK1.xls", **ARGOS** argumentó que: (i) no suministró a **CEMEX** información relativa a su volumen de venta de cemento para 2011 a 2013; (ii) las cifras que aparecen en ese archivo bajo la casilla "A", no corresponden con las reales de **ARGOS**; (iii) **ARGOS** no tiene forma de saber cuál era el objeto o propósito de las proyecciones allí plasmadas por **CEMEX** ni de los datos contenidos en las casillas 15 a 21; y (iv) no se tuvo en cuenta que **CEMEX** puede construir esa tabla a partir de información que circula públicamente.

Al respecto, este Despacho resalta que para el análisis que se realizó en la Resolución Sancionatoria en relación con el documento "BOOK1.xls" es indiferente si la información fue obtenida a través de medios públicos o mediante el intercambio de información entre las empresas. Lo relevante del documento es la materialización de un escenario en el que es evidente la forma en la que se perciben **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** frente a los demás, el extraño ejercicio de seguimiento que se realiza de sus participaciones y la coincidencia con comportamientos anticompetitivos detectados en el pasado, en el marco de actuaciones administrativas adelantadas por esta Superintendencia y que se reflejan en decisiones de público conocimiento en las que los aquí sancionados fueron parte.

Así, aun cuando las afirmaciones de **ARGOS**, respecto de que **CEMEX** pudo construir esa tabla a partir de información que circula públicamente y que **ARGOS** no suministró a **CEMEX** información relativa a su volumen de venta de cemento para 2011 a 2013, fueran ciertas, el análisis que se hizo de la prueba (en conjunto con las demás) no sufre ningún detrimento. Ahora bien, las diferencias que puedan existir entre las cifras exactas de **ARGOS** y las cifras plasmadas en el documento, tampoco desvirtúan el alcance que le dio este Despacho a la prueba objeto de estudio, pues incluso las cifras totales reportadas por **CEMEX**, creador del archivo, tampoco coinciden perfectamente con las señaladas en el documento.

De otro lado, indicó también **ARGOS** que el archivo "Presentación Panamá" data de varios años antes al documento "BOOK1.xls" y no puede ser valorado como prueba en esta investigación porque no fue incorporado como tal por la Delegatura. Además, afirmó que "Presentación Panamá" da cuenta de hechos ocurridos fuera del periodo investigado y es un documento que no proviene de **ARGOS**, en esa medida nada podría acreditar en su contra.

Sobre el particular, se destaca que la cita de la Resolución Sancionatoria No. 51694 de 2008¹¹⁹ no se usó como referencia ante la coincidencia de los hallazgos que ha realizado esta Superintendencia en dos actuaciones administrativas, que dan cuenta del comportamiento de los aquí investigados.

Se trata de una decisión de público conocimiento de una autoridad colombiana. Aceptar la tesis del recurrente llevaría al absurdo de impedir la utilización y aplicación de decisiones de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Constitucional, por citar algunos ejemplos, por el simple hecho de que el documento que contiene la decisión no haya sido incorporado al expediente como prueba documental. En ese sentido, carece de fundamento el argumento presentado por el investigado.

Ahora bien, frente al análisis realizado por este Despacho en la Resolución Sancionatoria en relación con el documento "BOOK1.xls", **HOLCIM** argumentó que nada dijo la Autoridad del hecho consistente en que las verdaderas participaciones de mercado de **HOLCIM** fueron de 14,72%,

¹¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51694 de 2008. Pág. 113.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

15,57% y 16,78%, lo que demuestra que **HOLCIM** no participó en acuerdo alguno, pues ganó más mercado del que supuestamente le correspondía.

Así mismo, indicó **HOLCIM** que la Superintendencia de Industria y Comercio había afirmado que la información contenida en el archivo referido correspondía a proyecciones, cuando tenía fecha de 2014 y contenía datos que van solo hasta 2013. Además, manifestó que, en todo caso, un documento que habla de participaciones de mercado no puede ser prueba de un acuerdo de precios, pues no existe relación entre las dos cosas.

Respecto de estos argumentos de **HOLCIM** se aclara que, en primer lugar, las participaciones a las que alude corresponden a aquellas calculadas con todos los participantes del mercado, y las plasmadas en el documento de seguimiento son limitadas a los porcentajes de **ARGOS**, **HOLCIM** y **CEMEX**. De otro lado, el hecho de que las participaciones observadas fueran superiores a las asignadas no afecta en modo alguno el análisis de la prueba, pues en efecto los valores asignados también iban al alza para **HOLCIM** y, en todo caso, justamente en el documento "BOOK1.docx" se hace una comparación entre las participaciones observadas y las asignadas.

En segundo lugar, se precisa que esta Entidad nunca afirmó que el documento "BOOK1.docx" se tratara de una proyección a futuro como lo pretende indicar **HOLCIM**. Por el contrario, siempre se indicó que la explicación más razonable (que no pudo ser desvirtuada por los investigados) apunta a que se trataba de un seguimiento de cuotas asignadas versus cuotas observadas en tres (3) años. Por lo tanto, carece de fundamento el argumento de **HOLCIM**.

En tercer lugar, es claro que una prueba como la expuesta sí tiene relación con el elemento consciente de la conducta, en la medida en la que da cuenta del comportamiento de las empresas como bloque frente a los demás pequeños competidores, que es propio de empresas que hacen parte de un cartel.

Ahora bien, sobre el argumento coincidente de los investigados según el cual esta prueba, al tratarse de un documento de 2014, no podría ser valorada, debe aclararse que tal alegato carece de fundamento cuando la prueba, con independencia de su fecha de creación, dice del comportamiento de los sancionados en el periodo objeto de investigación.

De otro lado, los recurrentes argumentaron que de la prueba de los escenarios de competencia en **ARGOS** y del archivo "BOOK1" de **CEMEX** resulta evidente la duda razonable existente en el caso. Al dejar preguntas abiertas en el análisis de estos elementos probatorios, la Superintendencia de Industria y Comercio pretendió trasladar la carga de la prueba a los investigados, en una etapa en la que ya se agotaron las posibilidades para solicitar y aportar pruebas, todo por llegar a conclusiones fundadas en hechos no probados e inciertos.

Al respecto, se resalta que esta Superintendencia realizó un análisis adecuado bajo los principios de la sana crítica, que desde el análisis integral dan cuenta de la existencia de la conducta restrictiva. Considera este Despacho que es una acusación infundada de los investigados indicar que esta Superintendencia actuó con el fin de llegar a "conclusiones fundadas en hechos no probados", pues, por el contrario, la Resolución Sancionatoria realizó un análisis minucioso y detallado de cada una de las pruebas y estudió las explicaciones de los investigados, cumpliendo con su deber, lo que arrojó como conclusión la existencia de una conducta restrictiva de la competencia.

Por último, frente al documento "Hoja_de_c_lculo_de_Microsoft_Excel1", **ARGOS** argumentó que no había podido acceder al archivo completo, pues al solicitar su copia en esta Entidad se le indicó que solo podría expedirse copia de la imagen forense correspondiente al folio 5336 del Expediente, en el que se supone estaría el documento objeto de la solicitud. Sin embargo, señaló que una vez revisada la imagen forense por parte de un experto, se encontró que la ruta señalada correspondía al computador de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** y, por lo tanto, no pudo accederse al documento requerido.

Sobre el particular se resalta, en primer lugar, que de acuerdo con lo que consta en el acta de revisión de información reservada del 18 de diciembre de 2017, la solicitud de copia se dio específicamente frente al folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5, copia que efectivamente se expidió, sin que los solicitantes expresaran de manera inmediata o posterior, la existencia de errores o la imposibilidad de acceder a la información.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En segundo lugar, es relevante resaltar que, de hecho, es en la imagen forense del computador de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** donde se encontró el documento objeto de análisis, por lo que bastaba seguir la ruta o buscar el archivo con las referencias de nombre y fecha de creación para poder consultarlo.

De igual forma, resulta por lo menos llamativo, que sea **ARGOS** quien alegue que no pudo tener acceso al documento, si se tiene en cuenta que justamente se trata de un archivo de una de sus empleadas, por lo que incluso podría haberse buscado el documento original en su propio computador. Por todo lo anterior, este argumento también debe rechazarse por carecer completamente de fundamento.

4.6.4. Argumentos relacionados con la venta de cemento concretero con "precio especial" entre ARGOS y CEMEX

En la Resolución Sancionatoria se expusieron una serie de pruebas que dan cuenta de la venta de cemento concretero (Pórtland tipo 3) entre **ARGOS** y **CEMEX**, en la que el valor de venta a **CEMEX** es menor al de todos los clientes de **ARGOS**, incluyendo a su propia concretera.

ARGOS pretendió desvirtuar esta circunstancia en sus observaciones al Informe Motivado con argumentos que, una vez fueron analizados y estudiados en la Resolución Sancionatoria, resultaron contrarios a la verdad. Ahora, en su recurso de reposición, **ARGOS** afirmó que en efecto *"entre agosto de 2012 y marzo de 2013 el precio de venta de cemento concretero a CEMEX fue ligeramente inferior al de la concretera filial de ARGOS"* –circunstancia que negó rotundamente en sus observaciones al Informe Motivado–, aunque al tiempo pretendió negar la existencia de un trato especial entre **ARGOS** y **CEMEX**.

A continuación, se pasan a exponer las pruebas usadas en la Resolución Sancionatoria, dando respuesta a los argumentos en los que **ARGOS** fundamentó su recurso.

Para probar la extraña situación en el tratamiento de precios entre **ARGOS** y **CEMEX**, en la Resolución Sancionatoria se expuso el archivo denominado *"Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx"*¹²⁰, que fue enviado como adjunto a un correo electrónico remitido el 16 de enero de 2013 por **PAOLA SUSANA VALENCIA** (Jefe de Información Comercial de **ARGOS**) a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**), en el que se indicó:

"Adri te adjunto el comparativo de precio de Cemex por zona franca con los demás clientes, inicialmente lo compare (sic) solo con los clientes de Bolívar pero solo me salieron 3 clientes por lo que lo compare (sic) con los clientes de norte (23 Clientes), la extracción se hizo para clientes con compras en Diciembre de 2.012 de cemento gris granel tipo concretero o tipo III". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En el libro de Excel adjunto al correo se encontraron dos (2) hojas, la primera titulada *"BOLIVAR"* (sic), cuya imagen se presenta a continuación:

Imagen No. 7. Archivo denominado "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx"

PRECIOS DE VENTA REAL DICIEMBRE 2.012
CEMENTO GRIS CONCRETERO - TIPO III
BOLIVAR



Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

La segunda pestaña se denomina *"ZONA NORTE"* y contiene la siguiente información:

¹²⁰ Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 8. Archivo denominado "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx"

PRECIOS DE VENTA REAL DICIEMBRE 2012
CEMENTOS CONCRETERO TIPO B
ZONA NORTE

SEGMENTO	SUBSEGMENTO	CLIENTE	Toneladas	Precio Real por Tonelada	% Variación con Cx.
[Redacted content]					

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, estos documentos dan cuenta de que a CEMEX le fue cobrado un precio 9% menor al dado a la propia concretera de ARGOS y hasta 48% menor que a los demás clientes.

Además de los documentos ya expuestos, este Despacho encontró una serie de correos electrónicos que acreditan que CEMEX tuvo, en palabras de ARGOS, un "precio especial" que implicaba un menor valor por tonelada al otorgado a los demás clientes de cemento concretero en Zona Norte, incluyendo a su propia concretera, no solo en una transacción aislada, sino por lo menos en todo el segundo semestre de 2012 y para todo 2013.

Al respecto, se aclara que contrario a lo afirmado por ARGOS, este Despacho no estigmatizó la expresión "precio especial" ni desconoció que también otros clientes de la investigada pertenecieran a esa categoría. Lo que se resaltó fue que justamente CEMEX, el "competidor" más grande de ARGOS, estuviera dentro de los clientes con "precio especial" y que, en el caso específico, el precio especial implicara tener el precio más bajo de entre todos los clientes de concreto de zona norte, incluyendo a su propia concretera.

Dentro de las pruebas que dan cuenta de esta conclusión, se encontró un correo electrónico remitido por JUAN GONZALO URIBE (Gerente Negocio Industrial de ARGOS) a TOMÁS RESTREPO PÉREZ (Vicepresidente Regional Colombia de ARGOS) del 21 de enero de 2013, en el que se indicó:

"Hola Tomás,

Como sabes, en la zona norte le estamos vendiendo un cemento a granel a Cemex. El precio está fijo desde Enero de 2012 y por definición de la organización no se le aplicó alza en agosto (nosotros subimos 15% para nuestra concretera en norte).

Ahora que estamos subiendo nuevamente, considero clave nivelar el precio de Cemex para no perder competitividad.

(...)"

Frente a este correo, se resaltó el hecho de que por "decisión de la organización" se mantuvo el precio igual durante todo el año 2012, a pesar de que incluso para la propia concretera de ARGOS se subió un 15% el precio. Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, esta circunstancia resulta anómala si se tiene en cuenta que no es esperable que una empresa venda a su más grande rival en el mercado a precios menores a los que vende a sus propias filiales, menos por una decisión de política empresarial que no tiene sustento en un escenario competitivo. La anterior situación es

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

aún más llamativa, si se tiene en cuenta que **ARGOS** no ha estado en capacidad de ofrecer una explicación económica razonable para explicar este tratamiento más favorable dado a su supuesto más grande "competidor" en el mercado y, por el contrario, en las observaciones al Informe Motivado ofreció unas justificaciones que no solo resultaron falsas, sino que ahora son contradictorias con los argumentos ofrecidos en el recurso de reposición, en donde curiosamente reconoce que sí existe un precio especial para **CEMEX**.

Sobre el particular afirmó **ARGOS** que, si bien en el correo se indicó que "El precio está fijo desde Enero de 2012", lo cierto es que "según se desprende de la Factura de Venta No. 1873855 de 14 de marzo de 2013 (sic), el precio sí incrementó en un 10%", lo que demuestra que en este tipo de comunicaciones pueden tenerse imprecisiones o errores.

Al respecto, se resalta que al revisar el anexo allegado por **ARGOS** se verifica una factura de marzo de 2012 por ventas a **CEMEX** con el valor que se tiene reportado en los documentos usados en la Resolución Sancionatoria como el correspondiente al periodo comprendido entre enero y junio de 2012, esto es \$295.900, por lo que el documento solo prueba que para marzo de 2012 el precio de venta por unidad a **CEMEX** era de \$295.900, pero no que para este mes se hubieran aumentado los precios.

Sobre el mismo correo –y otros correos que se expondrán a continuación–, **ARGOS** afirmó que en agosto de 2012 se incrementó el precio para su concretera, incremento que no se aplicó a **CEMEX**, pues ya se había efectuado un alza en marzo de ese año. Al respecto, se resalta que dicha circunstancia no se probó y en todo caso sigue resultando –por lo menos– llamativo que el precio de venta del cemento concretero vendido al más grande "competidor" (**CEMEX**) sea 9% menor que el precio al que **ARGOS** vende a su concretera filial en un periodo de, al menos, nueve (9) meses.

En relación con lo anotado, también se expuso en la Resolución Sancionatoria una cadena de correos en la que se evidencia que ese precio no solo no se modificó durante todo 2012, sino que se mantuvo por todo el primer trimestre de 2013. Sobre el particular, se halló una cadena de correos entre **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**), **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**), identificada con el usuario "Administrador de Precios", e **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**), entre el 13 y el 15 de febrero de 2013, con asunto "precios de CX por ZF", en la que se evidenció que el "precio especial" de 2012 se prorrogó hasta el 28 de febrero de 2013 y luego hasta el 15 de marzo del mismo año. En efecto, el 15 de febrero de 2013, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**) escribió el siguiente mensaje:

"Hola Ingrid

El precio de CX vence hoy por lo que no hemos recibido confirmación del nuevo precio, pedí la ampliación de la vigencia al 28 de febrero, en caso que nos la confirmen antes cerramos la vigencia de este precio, peor (sic) no quería que por ningún motivo se dañaran los precios." (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Del anterior correo se resaltó en la Resolución Sancionatoria, además de la permanencia de los precios bajos hasta el 28 de febrero de 2013, la existencia de una preocupación revelada por una de las empleadas de **ARGOS** que, en el contexto, sólo puede interpretarse como una preocupación de que deban imponerse a **CEMEX** los precios estándar que eran más altos que los que venían aplicándole: "que se dañen los precios".

Sobre el particular, **ARGOS** argumentó que la preocupación expresada por su empleada solo se fundaba en la posibilidad de que el sistema generara automáticamente un precio que no correspondiera con el pactado con **CEMEX**. Al respecto, este Despacho considera que aun de ser cierta esta afirmación, que no lo es, no se afectaría el análisis realizado en la Resolución Sancionatoria, pues en todo caso, ese error en la facturación tendría como consecuencia asignar un valor superior al que para entonces tenía **CEMEX**. Además, lo que no tiene duda es que este correo demuestra que el precio bajo de **CEMEX** se mantenía, que se insiste, fue lo que se observó como reprochable y prueba de un ambiente colaborativo entre los investigados, que se le vendiera cemento concretero a **CEMEX**, supuestamente su "competidor" más cercano, a un precio sustancialmente menor que el ofrecido a su misma concretera.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Frente al mismo asunto, se encontró el correo de 14 de marzo de 2013, remitido por **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**), a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**), en el que se indicó:

"Hola Adriana,

La vigencia de precio especial del proyecto del asunto a \$309.300 + IVA cemento gris tipo III granel entregando Argos y retirando el proyecto su producto (FOB) a \$295.900 + IVA finaliza mañana.

En caso de que no se amplie empezaría (sic) con precio de política actual, precio base de Bolívar \$26.200 descuento del subsegmento 20%, tonelada a \$393.903,4640 +IVA entregando Argos y a \$380.503 + IVA retirando el proyecto su producto (FOB)."
(Negritas y subrayas fuera de texto).

Con esta comunicación se acreditó la ampliación de la vigencia del precio especial, ahora hasta el 5 de abril de 2013. Los anteriores correos evidencian que para **CEMEX** se seguía vendiendo, durante los primeros cuatro meses de 2013, a un precio de \$295.900, mientras que, de acuerdo con la política del momento que se refleja en el correo citado, el precio ofrecido a los demás clientes era de \$380.503 por tonelada, incluyendo el descuento. Es decir que el precio de venta de **CEMEX** era, aproximadamente, 28% menor que el precio de venta a otros clientes, incluso cuando ya se realizaba el descuento del 20%, es decir, un 48% menor al precio *full*.

Además de los correos expuestos, en la Resolución Sancionatoria se presentaron otras comunicaciones que acreditan que para todo 2013 (desde el 4 de abril hasta el 31 de diciembre) el precio con el que se vendió cemento concretero a **CEMEX** estuvo aproximadamente 18% por debajo del precio base.

De esta forma, quedó suficientemente acreditado que, contrario a lo afirmado por **ARGOS**, **CEMEX** si tenía un precio menor (incluso al dado a la concretera de **ARGOS**), no sólo en diciembre de 2012, sino durante el segundo semestre de 2012 y todo el 2013.

Frente a dicha circunstancia, **ARGOS** indicó en su recurso de reposición que los precios dados a **CEMEX** no obedecieron a una decisión de privilegiar a ese competidor en un contexto colaborativo y de colegaje, sino a una dinámica comercial reglada por las condiciones pactadas en el contrato de suministro con **CEMEX**.

Este argumento solo demuestra que efectivamente en el contrato celebrado entre **ARGOS** y **CEMEX** se tenían condiciones que permitían que el precio vendido fuera inferior al cobrado a los demás clientes. Sin embargo, no se acreditó que dicha condición tuviera una justificación económica diferente a la voluntad contractual de los contratantes, por lo que la alegación de **ARGOS** relativa a que no existía una decisión de privilegiar a **CEMEX**, no deja de ser una afirmación que fue ampliamente controvertida por las pruebas expuestas en la Resolución Sancionatoria.

Así mismo, **ARGOS** afirmó que el precio promedio de venta de cemento concretero a **CEMEX**, durante la vigencia del contrato, fue de \$294.101, mientras que el precio promedio de venta de cemento concretero a su filial fue de \$287.727. Sin embargo, en relación con esta afirmación **ARGOS** no ofreció prueba que la sustente, razón por la cual, en vista de las demás pruebas del expediente que contradicen expresamente lo afirmado por **ARGOS**, el Despacho encuentra que dicha circunstancia no se acreditó.

En tercer lugar, el argumento de la recurrente no desvirtúa ni demerita el análisis que desarrolló esta Entidad, con base en el cual se concluyó que desde junio de 2012 y al menos hasta marzo de 2013, el precio de **CEMEX** estuvo por debajo de los precios de venta de los demás clientes de **ARGOS**, incluyendo a su filial. En efecto, se resalta que esta Superintendencia no destacó únicamente que el precio de **CEMEX** fuera inferior al de la propia concretera de **ARGOS**, sino que también se hizo énfasis en que tenía el precio más bajo de entre todos los demás clientes, circunstancia que **ARGOS** no logró desvirtuar.

Ahora bien, **ARGOS** insistió en indicar en su recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria que esta Entidad había cometido una imprecisión en la comparación de precios, pues mientras que el precio de **CEMEX** era un precio FOB, es decir un precio sin flete, los precios de los demás clientes eran precios CIF, esto es, precios que incluyen el flete. Así, **ARGOS** argumentó que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

CEMEX habría pagado prácticamente el mismo precio que el cobrado por **ARGOS** en otras operaciones, si se considera que al precio FOB del contrato se le debería sumar un flete comercial de referencia, con lo cual el valor resultante es un precio teórico CIF que es mayor al precio CIF cobrado a otras concreteras en la zona.

Añadió **ARGOS** que la Superintendencia de Industria y Comercio carece de elementos probatorios suficientes para aducir que los precios contenidos en esa tabla para cada uno de los clientes son CIF o FOB.

Sobre el particular, el Despacho resaltó en la Resolución Sancionatoria que, en primer lugar, resulta por lo menos llamativo que si los precios fueran distintos, unos FOB y otros CIF, el documento no especificara nada al respecto, ello no implica, como lo pretende afirmar **ARGOS**, que esta Entidad obligue a la investigada a hacer los documentos de una forma u otra, sino que se trata únicamente de una observación objetiva sobre el contenido del documento que, contrastada con las demás pruebas del Expediente, le permiten al Despacho concluir sobre la poca o nula razonabilidad de la afirmación de **ARGOS**.

En segundo lugar, no se explica por qué si se trataba de precios distintos, **PAOLA SUSANA VALENCIA** (Jefe de Información Comercial de **ARGOS**) los comparó como si fueran de la misma naturaleza. En efecto, no puede olvidarse el contexto en el que se hallaron los documentos: se trata de un correo electrónico en el que se anunciaba la comparación de los precios de los demás clientes de cemento concretero de la zona norte y Bolívar en diciembre de 2012, con los precios a los que se vendía a **CEMEX**. De hecho, como se percibe claramente de los documentos, se comparan todos los precios de los clientes con el precio de **CEMEX** a través de una variación porcentual, en donde se evidencia que el precio de **CEMEX** es 9% menor que el de la propia concretera de **ARGOS** y hasta 48% menor que el precio de venta a otros clientes:

Imagen No. 9. Archivo denominado "Precios cemento concretero - Till Norte.xlsx"

PRECIOS DE VENTA AL DICIEMBRE 2012
CEMENTO GRIS CONCRETERO TIPO II
ZONA NORTE

DOCUMENTO	SUBDOCUMENTO	CLIENTE	Toneladas	Precio FOB por Tonelada	% Variación con Cc.
[Redacted content]					

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

En ese sentido, si se hubiera equivocado esta Entidad en la comparación de precios, primero se habría equivocado **ARGOS** con su propia información al comparar precios que, en palabras de esa investigada, no eran comparables.

Sin embargo, como se expuso en la Resolución Sancionatoria, lo cierto es que ni la Superintendencia de Industria y Comercio ni **PAOLA SUSANA VALENCIA** (Jefe de Información Comercial de **ARGOS**) se equivocaron al realizar la comparación de precios, pues: (i) efectivamente todos los precios de los documentos eran de la misma naturaleza; (ii) el precio de **CEMEX** sí era para entonces el más bajo, incluyendo a la concretera de **ARGOS**; y (iii) en consecuencia, **ARGOS** mintió –nuevamente– en este punto.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En efecto, se encontró en el acervo probatorio un documento de **ARGOS** titulado "Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013.xlsx"¹²¹, creado el 15 de enero de 2013 por la misma **PAOLA SUSANA VALENCIA** (Jefe de Información Comercial de **ARGOS**) en el que se encuentran tres (3) pestañas, una de ellas denominada "Precio ZF", con la siguiente información:

Imagen No. 10. Hoja de Cálculo del archivo "Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013.xlsx"

CEMENTO GRIS CONCRETERO - TIPO III BOLIVAR					
Segmento	Ciudad	Entrega	Precio por Tonelada		
			Febrero-Julio 2.012	Agosto - Diciembre 2.012	Enero 2.013
[Redacted content]					

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

Como se ilustra en el anterior cuadro, cuando se comparan precios de diferente naturaleza se indica expresamente a qué tipo de precios corresponden, si CIF o FOB. Al respecto se reitera que, contrario a lo afirmado por **ARGOS** en su recurso, el documento es de las mismas fechas de origen del archivo "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" y fue la misma funcionaria **PAOLA SUSANA VALENCIA** quien lo creó. Por lo tanto carece de sustento el argumento según el cual la diferencia de precios en el documento obedece a diferencias en las circunstancias de creación.


Adicionalmente, frente al documento citado, se resaltó en la Resolución Sancionatoria que, teniendo en cuenta que de nuevo se está haciendo una comparación entre los precios de venta de cemento concretero en Bolívar para el mes de diciembre, es claro que, aun cuando fuera cierto que en el primer documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" los precios eran de naturaleza distinta, lo cierto es que el precio de **CEMEX** en diciembre seguía siendo menor al precio de venta de la concretera de **ARGOS**: de hecho, como puede verse, mientras que el precio FOB de **CEMEX** es \$295.900, el precio FOB de la concretera de **ARGOS** es \$312.465 y el CIF \$325.865, circunstancia que en su recurso aceptó **ARGOS**.

Además, al comparar los precios del documento "Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013.xlsx" con los precios del documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" usado por la Delegatura en el Informe Motivado, se evidencia que los precios del documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx", contrario a lo afirmado por **ARGOS**, eran todos FOB:

¹²¹ Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 11. Comparación "Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013.xlsx" vs. "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx"

"Precios cemento concretero - TIII Norte"	"Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013"
	

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

Como puede verse, los precios reales por tonelada reflejados en el documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" son cercanos a los precios FOB del documento "Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013.xlsx" y no a los valores CIF. Así, el precio real de **CEMEX** es \$295.877 por tonelada y el precio promedio FOB es \$295.900; el precio real de la concretera de **ARGOS** es \$315.435, el precio promedio FOB es \$312.465, mientras que el precio promedio CIF, que según **ARGOS** era el que correspondía con el real, era \$325.865.

Adicionalmente, el propio **ARGOS** afirmó en su recurso que para agosto de 2012, el precio de venta a la concretera filial era de CIF \$325.865 y FOB \$313.878, por lo que nuevamente se comprueba que los precios del documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" correspondían a precios FOB, pues el precio presentado para la concretera de **ARGOS** fue \$315.435, que por supuesto es un precio aproximado al precio FOB \$313.878 y no al CIF \$325.865 reportados por **ARGOS**.

A pesar de lo expuesto, **ARGOS** insistió en indicar en su recurso que todos los precios del documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx", menos el de **CEMEX**, son CIF, hecho que pretendió demostrar con unas certificaciones de la revisora fiscal Deloitte (anexos 21 y 22 del recurso de **ARGOS**).

Sin embargo, las certificaciones aportadas se limitan a enunciar la facturación y cantidad total de ventas por cliente, por lo que resultan impertinentes frente al objeto que pretende probarse, pues no acreditan que en el documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" se hayan registrado únicamente precios CIF. En efecto, la certificación allegada por **ARGOS** solo logra acreditar la facturación con precios CIF y FOB, circunstancia que no ha puesto en entredicho esta Entidad, pues una cosa es la facturación final y otra es la comparación de precios que se hizo en el archivo "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx".

De otra parte, este Despacho reitera que **ARGOS** no logró dar una explicación racional que desvirtuara la conducta indiciaria de cooperación, que aporta a la hipótesis de coordinación en la fijación de precios como elemento consciente. De hecho, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, la explicación para el trato especial a **CEMEX** no tuvo sustento ni en el volumen comprado ni en criterios distintos, como el buen comportamiento de cartera por parte de **CEMEX**.

En razón del análisis expuesto, salta a la vista lo extraño de las transacciones realizadas entre **CEMEX** y **ARGOS** y cómo resultan ser un claro ejemplo de un comportamiento incompatible con los propios intereses de **ARGOS**, a pesar de que el recurrente afirme que se trataba de una decisión racional, comportamiento que tiene explicación en el escenario de colaboración y coordinación entre dichos agentes de mercado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Por todo lo expuesto, es claro que, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, efectivamente **CEMEX** recibía un precio menor que los demás clientes de **ARGOS** (al menos entre 2012 y 2013) por compra de cemento concretero, sin explicación racional alguna distinta al ambiente cooperativo.

4.6.5. Argumentos relacionados con el préstamo a título gratuito de ladrillo refractario

En la Resolución Sancionatoria se citó una cadena de correos iniciada el 17 de agosto de 2012 por **LUISA FERNANDA CASTIBLANCO LEAL** (para entonces Asistente de Dirección de Operaciones de **CEMEX**) y remitida a **ALFREDO ESTRADA** (para entonces Director de Operaciones de Cemento de **HOLCIM**), identificada con el asunto "CARTA PRESTAMO (sic) LADRILLO REFRACTARIO BÁSICO"¹²², en la que la empleada de **CEMEX** le solicitó a **HOLCIM**, mediante una carta formal¹²³, el préstamo a título gratuito de ladrillo refractario básico para su empresa. En la carta se informó que se necesitaba el insumo toda vez que **CEMEX** atravesaba una situación de crisis, ya que debía reparar de emergencia uno de sus hornos en su Planta Caracolito, ubicada en el Departamento del Tolima.

A partir de comunicaciones internas de **HOLCIM**¹²⁴ fue posible advertir que esta última había accedido a cooperar, incluso en condiciones más favorables de las que **CEMEX** había requerido inicialmente, pues había estado dispuesta a adelantar procedimientos internos para prestar un número mayor de ladrillos del que finalmente le fue requerido por parte de la cementera solicitante.

En relación con esta cadena de mensajes, el Despacho afirmó que la situación descrita daba cuenta una vez más de un evidente ambiente de colaboración entre los agentes involucrados, pues no es común que en un escenario de rivalidad comercial los competidores "acudan unos a otros en momentos de crisis, revelen sus debilidades industriales, soliciten ayuda gratuita para el suministro de insumos esenciales y se brinden amablemente soporte para solventar eventuales obstaculizaciones del normal funcionamiento de su producción"¹²⁵.

Pues bien, respecto de esta prueba, **HOLCIM** sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que el préstamo de materiales a **CEMEX** para que arreglara un daño en su planta representaba una conducta contraria a sus intereses y, por lo tanto, que existía demonstración de conductas colaborativas entre los investigados. A su parecer, el único hecho demostrado es que **HOLCIM** le ayudó a un competidor que sufrió un caso fortuito.

En este sentido, el Despacho debe aclarar que, contrario a lo afirmado por el investigado, la Resolución Sancionatoria no calificó el préstamo de ladrillo refractario como un actuar en contra de los propios intereses de **HOLCIM**, de manera que las alegaciones en relación con esa supuesta valoración no tienen lugar.

Lo que sí comparte esta Entidad es que el hecho demostrado a partir de esta evidencia es que **HOLCIM** le brindó ayuda a **CEMEX** en una situación de crisis. Brindar ayuda, se resalta, es igual que prestar colaboración. Fue precisamente en virtud de ello que se concluyó que las particularidades del escenario descrito daban cuenta de un ambiente de cooperación y colegaje (que es hacia donde comúnmente apuntaban los demás factores plus), en lugar de uno de rivalidad e independencia comercial. De esta forma, el argumento de **HOLCIM** simplemente respalda la conclusión a la que llegó esta Entidad en el análisis de esta evidencia, en lo que concierne a la ayuda y la colaboración que tuvo lugar entre ambas empresas con ocasión de la avería del horno de **CEMEX**.

HOLCIM también afirmó que tenía su capacidad instalada utilizada casi al máximo y que no podía pretender ganar participaciones de mercado a partir de los casos fortuitos que les ocurren a sus competidores. Afirmó también que tal vez ser un buen vecino podía ser una conducta que la Superintendencia de Industria y Comercio considerara inapropiada, pero deducir de ello la existencia de un acuerdo de precios y de repartición de mercados no resultaba lógico.

¹²² Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017, Pág. 132.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Sobre el particular, esta Superintendencia resalta que la Resolución Sancionatoria, en lo que concierne al análisis de esta prueba, no hizo reproche alguno en relación con la capacidad instalada de **HOLCIM** y no manifestó ni sugirió que lo deseable era que esta empresa hubiera ganado participaciones de mercado a partir de la emergencia sufrida por **CEMEX**, menos que "ser un buen vecino fuese reprochable". De hecho, esta Autoridad expresamente manifestó lo contrario, en los siguientes términos: *"el Despacho no está sugiriendo que lo mejor habría sido no suministrar el ladrillo, o que lo ideal habría sido aprovecharse de la crisis del competidor"*¹²⁶.

Además, del préstamo descrito no se dedujo la existencia de un acuerdo de precios (lo que se dedujo fue, precisamente, la existencia de un ambiente colaborativo) y mucho menos la existencia de un acuerdo de repartición de mercados (máxime cuando esta Superintendencia archivó la investigación en lo que concierne a esa causa). En virtud de lo expuesto, esta Autoridad rechaza el argumento por carecer de veracidad y por no guardar correspondencia alguna con lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria.

Finalmente, **HOLCIM** argumentó que en el caso de la integración **HOLCIM-TREMIX** (Resolución No. 42497 de 2013), la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo conocimiento de que **HOLCIM** celebraría con la sociedad integrada un contrato de suministro de cemento que nunca prohibió, por lo cual resultaría contradictorio que ahora la celebración de contratos de suministro de materias primas o el préstamo de materiales sea prueba de acuerdos de precios.

Al respecto, esta Superintendencia aclara que la comparación resulta, además de extraña, improcedente, ya que en ningún momento se han prohibido las transacciones entre competidores ni se ha catalogado *in genere* a los préstamos de materiales como indebidos, como lo sugiere el recurrente. En este caso en particular, se reitera, el préstamo no se tomó como una prueba de un acuerdo de precios, sino como una evidencia más que corrobora el escenario de colaboración en el que operaban las empresas investigadas, el cual tuvo lugar de manera concomitante con un paralelismo de precios.

Incluso, vale la pena reiterar que la interpretación de la prueba no se hizo de manera aislada, sino en conjunto con otros elementos probatorios que comúnmente daban cuenta de un escenario de ausencia de rivalidad. Por eso, no fue el préstamo de ladrillo refractario analizado en su individualidad lo que llamó la atención de esta Autoridad, sino el acto de colaboración dentro de una investigación que contaba con otros elementos materiales de prueba de cooperación, en el marco de un paralelismo de precios y en un escenario económicamente propenso a la colusión. Así las cosas, nada tiene que ver la autorización de integraciones empresariales y el aval de determinados contratos de suministro, realizados en otras actuaciones diferentes e independientes, con la presente actuación administrativa ni con el análisis efectuado en este caso en particular, por lo cual el argumento se rechaza por improcedente.

4.6.6. Argumentos relacionados con las coincidencias migratorias

Otro de los factores plus tenido en cuenta por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria fueron las coincidencias en algunos viajes internacionales que tuvieron lugar durante el periodo investigado entre altos funcionarios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, muchos de los cuales eran investigados en la presente actuación administrativa.

Las coincidencias migratorias fueron analizadas y tenidas en cuenta por esta Autoridad en atención a postulados de la **OCDE**, que señalan que un tipo de evidencia circunstancial que puede considerarse como un factor plus del elemento consciente son las participaciones de competidores en reuniones o los viajes de estos agentes a destinos comunes¹²⁷. Lo anterior, por cuanto tales coincidencias podrían representar oportunidades para comunicarse entre sí.

Así las cosas, con el único fin de verificar si tal factor plus podía predicarse del caso en concreto, esta Superintendencia, con base en información suministrada por **MIGRACIÓN COLOMBIA**¹²⁸,

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ **OCDE**. "Prosecuting Cartels Without Direct Evidence". 2006. Pág. 20. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>

¹²⁸ Folios 6417 a 6419 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

identificó ocho (8) coincidencias migratorias en las que convergieron altos directivos de las empresas investigadas, siete (7) de las cuales tuvieron lugar en Ciudad de Panamá, Panamá. La octava coincidencia tuvo lugar en Quito, Ecuador, e incluyó a empleados de las tres (3) empresas investigadas de forma concomitante.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio resultó llamativo que las fechas de ingreso y de salida fueran casi idénticas y que los viajes tuvieran duraciones no superiores a tres (3) días, especialmente cuando algunos investigados afirmaron que los destinos podían ser simples conexiones. Además, el hecho que la mayoría de las coincidencias fueran en Panamá también llamó la atención, teniendo en cuenta que, mediante Resolución No. 51694 de 2008, esta Superintendencia sancionó a las mismas empresas cementeras por haber incurrido en un cartel de fijación de precios y de repartición de mercados, tomando como evidencia clave de tal acuerdo anticompetitivo un documento que se denominó, casualmente, "*Presentación Panamá*"¹²⁹.

Pues bien, en relación con esta prueba, **ARGOS** sostuvo que las coincidencias en el exterior de sus empleados con los de las otras cementeras sancionadas no podían ser valoradas como pruebas indiciarias ni evidencia circunstancial de un acuerdo restrictivo de la competencia, porque: (i) la información suministrada por **MIGRACIÓN COLOMBIA** no indica las razones de las salidas del país y además no acredita que las personas hayan viajado en los mismos vuelos; (ii) **ARGOS** cuenta con operaciones en la región Caribe y Estados Unidos, por lo que es un hecho común que sus directivos tengan que desplazarse con frecuencia fuera del país a atender compromisos relacionados con el ejercicio de sus funciones; y (iii) la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene certeza sobre la existencia de encuentros con fines colusorios entre las sancionada.

En línea con lo anterior, **HOLCIM** sostuvo que para la Superintendencia de Industria y Comercio resultaba sospechoso que en algunas ocasiones el país al que viajaron diferentes empleados de las compañías sancionadas hubiera coincidido. Sobre el particular, afirmó que si esta Superintendencia se atrevió a usar este argumento debía al menos demostrar que el destino era el mismo, que en el lugar de destino se reunieron los empleados de las empresas competidoras y que además hablaron de cosas inapropiadas. En últimas, esta Entidad debía tener alguna prueba de que estos viajes no se trataron de simples coincidencias.

En relación con estos argumentos simplemente se reitera lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, en lo relativo a que el único fin de esta prueba era el de verificar si el factor plus identificado por la **OCDE** en su doctrina, correspondiente a participaciones de competidores en reuniones o viajes a destinos comunes, se presentaba en este caso. Es precisamente en virtud de lo anterior, que resultaba innecesario profundizar, en la Resolución Sancionatoria y en el presente acto administrativo, sobre los aspectos planteados por los investigados.

Vale la pena aclarar también que estas coincidencias no fueron usadas como prueba del acuerdo de precios, sino simplemente como evidencia de que el factor plus de oportunidad de comunicación planteado por la **OCDE** efectivamente tuvo lugar. Por eso, aparte de señalar los hechos circunstanciales que resultaron llamativos para esta Autoridad, no se emitió juicio de reproche alguno en relación con las coincidencias migratorias, diferente a que permitieron evidenciar que el factor plus señalado por la doctrina tuvo ocurrencia en la presente actuación administrativa.

En línea con lo anterior, vale la pena resaltar que el Despacho, al momento de emitir su conclusión en relación con esta evidencia, hizo la siguiente afirmación: "*Nótese en este punto que no se están calificando tales coincidencias como un actuar ilícito, sino como un hecho que se acomoda a los elementos que la OCDE sugiere tener en cuenta a la hora de analizar el elemento consciente de las prácticas restrictivas de la competencia que se investigan (...)*"¹³⁰. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

Por su parte, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ (HOLCIM)** afirmó que el viaje a Quito, Ecuador, que se le atribuyó como sospechoso, se llevó a cabo para asistir a una reunión de la Federación Interamericana del Cemento – **FICEM**, en el cual no tuvo reuniones con empleados de otras empresas cementeras colombianas.

¹²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51694 de 2008. Págs. 112 a 115.

¹³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017. Pág. 136.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Sobre el particular, este Despacho considera pertinente recordar que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, Presidente de **ARGOS** (2012), también asistió a este encuentro¹³¹, por lo cual es posible afirmar una vez más que el factor plus de la **OCDE** relacionado con participación común de competidores en reuniones tuvo lugar. En otras palabras, aunque de esta coincidencia migratoria no es posible deducir si hubo encuentros o conversaciones entre competidores, legales o ilegales, la misma sí permite corroborar que se cumple el criterio señalado por la **OCDE** como factor plus del elemento consciente. Así las cosas, el argumento refuerza la conclusión a la que arribó esta Entidad en el análisis que realizó en la Resolución Sancionatoria.

Por otro lado, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** (**ARGOS**) afirmó que las coincidencias migratorias no constituyen prueba directa del conocimiento del presunto acuerdo, así como tampoco conductas ilegales de su parte, ya que la sola coincidencia de un viaje no da cuenta de si hubo una reunión. En la misma línea, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** (**HOLCIM**) aseguró que independientemente de que hubiese coincidido en un viaje con empleados de otras empresas, ello no le permitía concluir a la Superintendencia de Industria y Comercio que se reunieron para acordar precios. **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** (**CEMEX**) afirmó también que esta Superintendencia no logró probar que en las coincidencias migratorias los sujetos investigados se hubieran reunido o hubieran coincidido con el fin de concertar precios de mercado. Incluso, afirmó que no es constitucionalmente posible que el Estado, con meras conjeturas, imponga una sanción sin haber realizado el esfuerzo probatorio que le corresponde.

Pues bien, en relación con estos argumentos, la Superintendencia de Industria y Comercio simplemente reitera que el fin de esta prueba no era demostrar que los sujetos que viajaron tenían conocimiento del acuerdo endilgado o que efectivamente participaron en reuniones para acordar precios. Si ese hubiera sido el fin de la evidencia, esta Autoridad habría hecho un análisis diferente y seguramente habría buscado demostrar todos los elementos que señalan los sancionados.

Contrario a lo anterior, en este caso solo se buscó comprobar si las coincidencias migratorias o si la participación común en reuniones tuvieron lugar. Por ende, tampoco es procedente afirmar que esta Entidad no realizó el esfuerzo probatorio que le correspondía, pues sus esfuerzos efectivamente se encaminaron al fin que la doctrina de la **OCDE** estipula.

Por último, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** (**HOLCIM**) afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio reconoció que sus viajes fueron plenamente justificados, ya que no emitió ningún pronunciamiento al respecto.

Sobre el particular, esta Autoridad aclara que independientemente de los criterios que hubiera tenido en cuenta la Delegatura al momento de emitir su Informe Motivado, lo cierto es que este Despacho, en su Resolución Sancionatoria, solo consideró los viajes en los que coincidieron altos directivos de las empresas investigadas –en atención a sus roles y las responsabilidades a su cargo–. Los viajes de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** (**HOLCIM**) no fueron analizados por esta Autoridad en su decisión de sanción, simplemente porque no mostraron coincidencias con empleados de alto nivel de sus competidores. Así las cosas, no hubo juicio de valoración alguno en relación con este sujeto que permitiera colegir lo que aduce el investigado. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza de plano.

4.6.7. Argumentos relacionados con la conducta procesal de ARGOS

En la Resolución Sancionatoria este Despacho evidenció y puso de presente que **ARGOS** incurrió en un comportamiento procesal reprochable en el trascurso de esta actuación administrativa. En efecto, el Despacho destacó que, además de las falsedades relacionadas con la formación de sus precios y con pruebas como la venta de cemento concretero a **CEMEX** –frente a las cuales ya se analizaron los argumentos presentados por **ARGOS**–, se encontraron diversas inconsistencias en la información reportada en respuesta a los requerimientos realizados por la Delegatura. Lo anterior, además, constituye un indicio en contra de **ARGOS** de conformidad con lo establecido en el artículo 241 del Código General del Proceso –que reproduce íntegramente el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil–¹³².

¹³¹ Folio No. 7810 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

¹³² "Artículo 249. La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

A continuación, se retomarán las situaciones que fundamentaron las conclusiones presentadas en la Resolución Sancionatoria y que llevaron a encontrar la conducta procesal de ARGOS como reprochable, respecto de las cuales ARGOS se pronunció en su recurso de reposición.

- Sobre los precios sin IVA y flete requeridos por la Delegatura¹³³

Durante la visita administrativa practicada en las instalaciones de ARGOS, ubicadas en Medellín (Antioquia) el 6 y 7 de diciembre de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio hizo el requerimiento de información que a continuación se enlista, para que la misma fuera entregada por ARGOS a más tardar el 10 de diciembre de 2012¹³⁴:

"Durante la diligencia se requiere la siguiente información:

(...)

3. Cuadro en formato Excel que contenga los precios según canales de distribución manejados por ARGOS por planta de producción diferenciando costos de transporte para los años 2009-2012. (en caso de no poseer la información solicitada explicar las razones por las cuales se presenta de una manera diferente).

4. Lista de precios del cemento Portland gris tipo 1 por departamento (todos los departamentos del país, incluido San Andrés y Providencia), de manera mensual para los años 2009-2012, de acuerdo al formato entregado en la visita administrativa realizada los días 6 y 7 de diciembre para cemento portland Tipo I Granel y ensacado.

(...)* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

El formato entregado en la visita indicaba que los precios deberían incluirse sin IVA y sin costo de transporte.

Tal requerimiento de información fue atendido por ARGOS mediante comunicación del 10 de diciembre de 2012¹³⁵, en la que indicó:

"En atención a la visita realizada el día 7 de diciembre en las instalaciones de mi representada CEMENTOS ARGOS S.A. en la calle 7D No. 43^a- 99 Piso 10 Medellín, a continuación relaciono la información que estamos entregando:

(...)

4. Anexo No. 4. Se adjunta el cuadro de Excel entregado por la Superintendencia con los siguientes datos mensuales por departamento para el cemento empacado y cemento a granel desde enero de 2009 a junio de 2012:

(...)

Para que exista un entendimiento integral de la información que se adjunta, es importante efectuar las siguientes precisiones:

(...)

- Cabe resaltar que en la Compañía no se maneja información de Precio Ex Fábrica por cuanto como ya se anotó el cemento es entregado al cliente en el lugar que él indique y por tanto el precio que se cobra incluye costos de flete. No obstante en la medida en que por varios años en razón al condicionamiento impuesto por esa Superintendencia con ocasión de la adquisición de los activos que era propiedad de Cemento Andino fue necesario llevar ese registro exclusivamente para el Cemento Gris Tipo 1 Ensacado, la información que se incluye en el cuadro adjunto corresponde exclusivamente a ese tipo de cemento.

¹³³ En este aparte el Despacho acoge el análisis realizado por la Delegatura en el Informe Motivado.

¹³⁴ Folios 180 a 181 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

¹³⁵ Folios 183 a 185 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

(...)*. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La respuesta de **ARGOS** fue acompañada de un CD en el que se incluyó el Anexo No. 3. Este anexo corresponde a un documento en formato Excel que contiene el precio promedio de venta de cemento gris por segmentos, departamentos y canales con periodicidad mensual, desde el 2009 hasta junio del 2012 (sin flete y sin IVA) así:

Imagen No. 12. Anexo 3 de la respuesta allegada a la Superintendencia de Industria y Comercio

PRECIO PROMEDIO VENTA CEMENTO GRIS
POR SEGMENTO:

Fuente: Folios 183 a 185 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

Como se observa, pese a que el requerimiento se realizó respecto de toda la información de precios de los años 2009 a 2012, es decir, hasta diciembre de 2012, **ARGOS** únicamente envió la información hasta junio de 2012, lo que quiere decir que omitió enviar la información desde julio hasta diciembre de 2012.

Sobre este punto, **ARGOS** indicó en diversas comunicaciones¹³⁶ que la compañía no llevaba o no contaba con esta información (precios sin flete y sin IVA - ex fábrica) requerida por la Autoridad, no obstante, en razón del condicionamiento impuesto por esta Superintendencia mediante Resolución No. 13544 de 2006, llevaron este registro desde la fecha de dicho condicionamiento hasta junio de 2012¹³⁷ y por eso, solo pudieron allegar la información solicitada por la Delegatura hasta el primer semestre de 2012. Es decir, **ARGOS** planteó que si bien antes sí manejaban la información de precios ex fábrica (precios sin flete y sin IVA), una vez vencidos los condicionamientos en junio de 2012 ya no contaban con ella, por cuanto ya no tenían la obligación de hacerlo.

Este argumento fue reiterado por **ARGOS** en sus observaciones al Informe Motivado y ahora en su recurso de reposición, al que añadió que se presentó una confusión respecto de la entrega de información por parte de **ARGOS**, pues en la respuesta del 10 de diciembre de 2012, **ARGOS** decidió de buena fe entregar para un mismo corte el cálculo teórico de precios elaborado para dar

¹³⁶ Folios 183 a 185 y folios 626 a 628 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

¹³⁷ Mediante Resolución No. 13544 de 26 de mayo de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó una operación de integración, en la que **ARGOS** era uno de los intervinientes, con condicionamientos. Los condicionamientos impuestos por esta Superintendencia, entre otros, consistieron en que las intervinientes se obligaron a "establecer la misma política de precios y condiciones comerciales en los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, Guajira, Magdalena y Sucre, para el cemento Portland gris Tipo 1, de tal forma que el precio aplicado a sus diferentes canales de venta en cada uno de esos departamentos sea equivalente o no supere, en ningún caso, al precio más bajo aplicado en otro departamento del territorio nacional en donde se encuentre ARGOS". Para la verificación del cumplimiento de este condicionamiento, señaló la Superintendencia que debía tenerse en cuenta el "precio transado, descontando los costos de transporte e IVA".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

cumplimiento al condicionamiento sobre la información de precios promedio de venta de cemento gris por segmentos. Añadió que la Superintendencia de Industria y Comercio habría cometido un error al afirmar que **ARGOS** había esgrimido que no contaba con precios promedio por canal y departamento, pues con los precios que nunca ha contado son con los precios ex fábrica (sin IVA y flete).

Sobre el particular, se destaca que **ARGOS**, nuevamente, pretende tergiversar las afirmaciones de este Despacho. En efecto, se aclara que este Despacho nunca afirmó que **ARGOS** no tuviera o no aportara los precios promedio por canal y departamento, en general, sino justamente los precios sin flete y sin IVA (precios ex fábrica), que fueron los que se requirieron desde 2012. **ARGOS** toma de forma descontextualizada una afirmación de la Resolución Sancionatoria que, por supuesto, leída de buena fe y de forma conjunta da cuenta de que todo el análisis realizado por este Despacho se refería a los precios requeridos, esto es, sin IVA y sin flete (precios ex fábrica).

Ahora bien, frente a las afirmaciones realizadas por **ARGOS** que se reiteran en su recurso de reposición, según las cuales no contaba con los precios sin IVA y sin flete después de junio de 2012, esta Superintendencia pudo advertir que se trata de una evidente falsedad, toda vez que la empresa sí contaba, para el momento de responder el requerimiento realizado por esta Superintendencia, con los precios solicitados, pero en una decisión que esta Autoridad no entiende, decidió no entregarlos y afirmar que no contaba con ellos, lo cual se insiste, es una evidente falsedad.

Lo anterior se encuentra plenamente demostrado en el Expediente con un documento de **ARGOS**, consistente en el correo electrónico de 8 de diciembre de 2012¹³⁸, remitido por **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**) y dirigido a **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**), con asunto denominado "información SIC" y adjuntos "Precio Promedio por Segmento 2.009-2.012.xlsx"; "Copia de Barranquilla – entrega 081212.xlsx"¹³⁹, en el que se indicó:

"Hola Ingrid,

Te envío los archivos que hablamos para el requerimiento de la SIC para tu revisión.

Me queda una duda sobre el periodo del (sic) de los precios promedio por segmentos, debería ser hasta junio? Lo dejamos hasta diciembre para que me confirmes y eliminarlas si lo consideras.

Quedo atenta a tus comentarios.

Gracias". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Como se observa, la Directora de Información Comercial de **ARGOS** preparó el cuadro con la información íntegra del requerimiento realizado por esta Superintendencia, ello es, hasta diciembre de 2012, lo cual no solo indica que efectivamente **ARGOS** sí tenía la información a disposición, sino que bien sabía que el requerimiento también abarcaba los meses de junio a diciembre de 2012 y, además, en lo que atañe a lo que aquí se analiza, se consideró incluso la posibilidad de que la destinataria del correo "*eliminar[a]*" lo que considerara.

En efecto, como puede apreciarse, esta empleada envió la información a **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**), para que decidiera si debían eliminarse los precios incluidos con posterioridad a junio de 2012. Ahora bien, lo que efectivamente ocurrió fue que **ARGOS**, en su comunicación de 10 de diciembre de 2012, como ya se había anunciado en el correo interno, eliminó o mutiló la información que decidió entregarle a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los precios de junio a diciembre de 2012, información que se insiste, **ARGOS** ya había elaborado y tenía en su poder, solo que decidió no enviarla a la Autoridad.

El episodio habla por sí solo y no necesita de mayores elucubraciones. **ARGOS** contaba con la información completa que la Autoridad de Competencia le había requerido, decidió mutilarla,

¹³⁸ Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

¹³⁹ Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

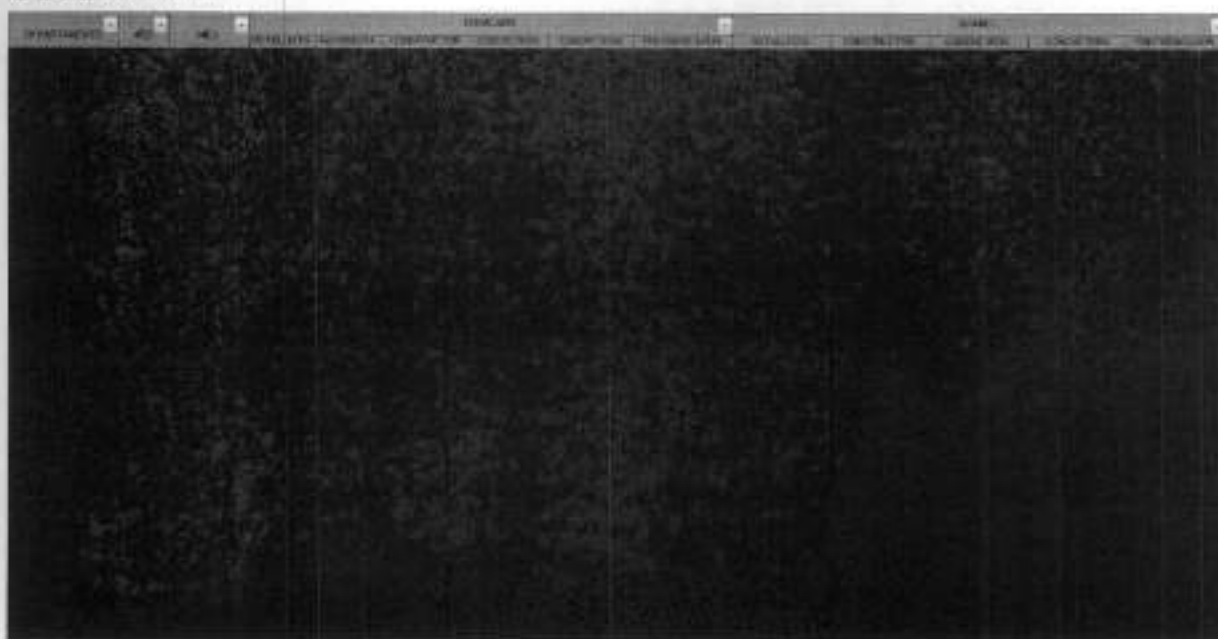
eliminarla u omitirla de manera consciente y deliberada y, enterado del alcance del requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, lo atendió con información incompleta.

Ahora, una vez revisado el archivo adjunto del correo cruzado entre las empleadas de **ARGOS**, pudo verificarse que en dicho documento se incluía la información solicitada por la Delegatura, incluyendo los meses de junio hasta diciembre de 2012, es decir, el periodo completo que había sido solicitado por esta Entidad en la visita administrativa practicada el 6 y 7 de diciembre de 2012 en las instalaciones de **ARGOS**.

Como si lo anterior no fuese suficiente, el Despacho pudo constatar en los anexos de un correo electrónico interno de **ARGOS** del 8 de diciembre de 2012, cuando aún **ARGOS** no había allegado la respuesta al requerimiento realizado por esta Superintendencia, que dicho anexo efectivamente sí contenía la información hasta diciembre de 2012, es decir, la información completa requerida por la Superintendencia de Industria y Comercio, que sorprendentemente y de forma deliberada **ARGOS** decidió mutilar o eliminar antes de enviarlo a la Autoridad¹⁴⁰.

Imagen No. 13. Hoja de Cálculo del archivo "Precio Promedio por Segmento 2.009-2.012.xlsx"

HECHO FRENTE A LOS HECHOS
FUNDAMENTOS



Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

La anterior imagen, que corresponde al documento adjunto al correo electrónico cruzado entre las empleadas de **ARGOS**, muestra el cálculo de los precios promedio de venta de cemento gris por segmento y por departamento, sin IVA y sin flete, incluida la información de los precios promedio en el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2012. Información que luego se entregó incompleta a esta Superintendencia, bajo el argumento –falaz– de que no tenía ni podía calcular esta información, sumado a la afirmación de que cuando lo hizo fue para cumplir con un condicionamiento impuesto por esta Entidad que ya había vencido.

En el curso del proceso y con el fin de esclarecer lo que venía ocurriendo con la entrega de la información, en la práctica de las declaraciones de **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**) y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**) se indagó sobre este punto.

Respecto de esta situación, **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**) señaló que **ARGOS** no entregó esta información porque no la tenía y, además, el área jurídica no lo permitió. Adicionalmente, en su declaración, **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**) afirmó:

"No tenemos listas de precios ni hoy ni desde agosto de ese momento."

¹⁴⁰ Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

(...)

Eso no lo entregamos porque es una interpretación equivocada de la persona que me envió la información

(...)

La lógica que tiene nuestro sistema es unos precios a nivel de departamento y un precio asignado por segmento

(...)

Entregamos la información hasta el momento que estaba disponible". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En relación con la declaración de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**), la investigada intentó justificar la situación, afirmando que el documento hallado por la Delegatura en el correo electrónico intercambiado con **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**) correspondía a una información de precios distinta a la entregada a esta Superintendencia. Sin embargo, este Despacho encontró que, como es evidente, se trata de la misma información, con la única diferencia de que la recibida por esta Superintendencia tenía solo la información hasta junio de 2012 como consecuencia de la mutilación de que fue objeto antes de ser enviada a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sobre el particular, **ARGOS** indicó en sus observaciones al Informe Motivado y reiteró en su recurso de reposición, que decidió de buena fe entregar información hasta el corte de los condicionamientos impuestos. Es decir, que habría remitido la información únicamente hasta junio de 2012 para ser "consistente", pues solo para esa fecha se tenían precios ex fábrica.

Para este Despacho resulta más que llamativo este argumento, pues en ninguna parte del requerimiento se indicó o sugirió que la información solicitada se refiriera a la relacionada con el condicionamiento realizado por esta Superintendencia respecto de una operación de integración de **ARGOS**, de manera que pudiera explicar la supuesta "confusión" alegada por la investigada.

Además, los términos en que se requirieron los precios ni siquiera se refirieron al nombre de "ex fábrica" (que podrían sustentar la confusión con el lenguaje de los condicionamientos), sino a precios sin costo de transporte (flete) e IVA, que aun de no ser manejados por la empresa podían ser obtenidos fácilmente (como de hecho se hizo en el documento completo que decidieron no enviar a esta Superintendencia), más cuando –como se vio– **ARGOS** manejaba precios "FOB", que justamente eran precios sin flete, por lo que bastaba con restar el IVA de los precios FOB.

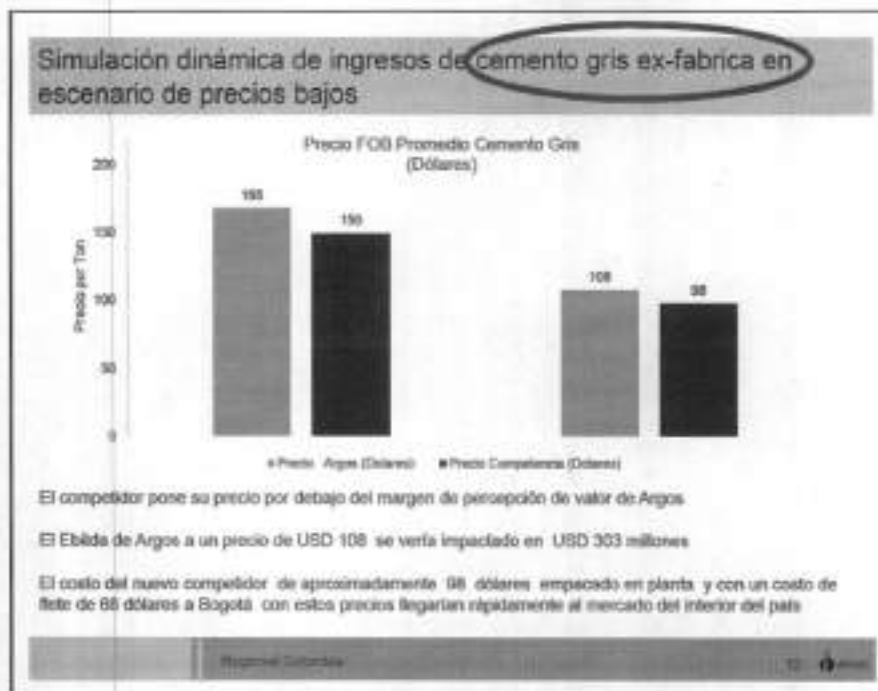
Sobre el particular, **ARGOS** afirmó en su recurso que no resulta proporcionado acusarla de incurrir en una conducta procesal reprochable por no haber realizado el cálculo de los precios ex fábrica, pues este cálculo no le fue solicitado. Al respecto se destaca que **ARGOS** haya planteado como desproporcionado un sencillo cálculo que además ya tenía y había efectuado, solo que decidió mutilar la información. Dicho en otras palabras, lo absurdo del argumento queda en evidencia con el hecho probado de que **ARGOS** ya tenía los precios ex fábrica requeridos hasta diciembre de 2012 (o había realizado los cálculos pertinentes para obtenerlos), pero terminó borrándolos en su respuesta. Esta circunstancia demuestra que **ARGOS** había logrado recaudar toda la información requerida sin que esta Entidad le hubiera detallado si tenía que realizar cálculos o no, por lo que su argumento se cae por su propio peso.

De otra parte, este Despacho encontró que **ARGOS**, contrario a lo afirmado por la investigada, si manejaba precios ex fábrica para periodos posteriores a junio de 2012 y para asuntos ajenos al condicionamiento de esta Superintendencia. En efecto, la siguiente imagen es una reproducción de una de las diapositivas de la presentación "Junta Abril v1.ppt"¹⁴¹, creada en 2014, en la que se evidencia el uso de este tipo de precios en sus proyecciones:

¹⁴¹ Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente: IMG_PST_DOCS_ADRIANA_RODRIGUEZ.ad1\1\PHYSICALDRIVE0:Partition 2 [228992MB]:Datos [NTFS]\root\Users\arodriguezu\Documents\Archivos de Outlook\2014.pst\2014\Principio del archivo de datos de Outlook\Envio\Junta Abril v1.ppt\Junta Abril v1.ppt.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Imagen No. 14. Diapositiva del archivo "Junta Abril v1.ppt"



Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

Frente a esta prueba, el recurrente señaló que no resulta admisible afirmar que **ARGOS** sí contaba con precios ex fábrica con base en la diapositiva del archivo de PowerPoint "Junta Abril v.1" que se incluyó por primera vez en la Resolución Sancionatoria, pues contrario a la certificación del Revisor Fiscal, se trata de una simulación dinámica de ingresos de cemento gris ex fábrica en escenarios de precios bajos.

Al respecto se resaltan dos cosas: en primer lugar, la certificación del Revisor Fiscal correspondiente al anexo No. 19 del recurso de reposición de **ARGOS** no acredita que **ARGOS** no contara con o no pudiera calcular los precios ex fábrica, lo único que certifica es que del sistema de facturación de **ARGOS** no se podían obtener directamente los precios ex fábrica. Así, se reitera que, como se indicó antes en el capítulo relativo a los precios especiales otorgados por **ARGOS** a **CEMEX**, una cosa son los precios facturados y otra cosa son los precios que maneja la empresa.

En efecto, las empresas no sólo cuentan con los precios finalmente facturados, sino con los precios con los que hacen estimaciones, con las listas de precios con los que se llegan a nuevos clientes, con los precios promedios con los que se hacen informes, etc. Así, que el sistema de facturación no arroje los precios sin IVA y sin flete es absolutamente normal, pero ello no implica que la empresa solo cuente con esos precios, más cuando, como ya se ha probado suficientemente, **ARGOS** manejaba precios FOB, que eran precios sin flete.

En segundo lugar, más allá del propósito con el que **ARGOS** usara los precios ex fábrica en el archivo PowerPoint "Junta Abril v.1", este Despacho puso de presente esta prueba para desvirtuar la reiterada afirmación de **ARGOS**, según la cual no tenía, no usaba ni podía calcular los precios ex fábrica y que el único período y para el único propósito que habría usado precios semejantes, fue para cumplir con el condicionamiento impuesto por esta misma Entidad en un trámite de integración empresarial. Por lo tanto, la alusión realizada por este Despacho resulta pertinente y útil para desvirtuar las afirmaciones mentirosas de la investigada.

Por lo expuesto, es claro que no existe explicación razonable que justifique el comportamiento procesal de **ARGOS** antes descrito respecto de la entrega de la información requerida.

Sobre el particular, se resalta que esta Superintendencia, luego de varios intentos, contó con la información requerida a **ARGOS**. En efecto, finalmente hasta el 8 de febrero de 2016, con ocasión del requerimiento que la Superintendencia de Industria y Comercio se vio obligada a realizar incluso después de practicada la audiencia de argumentación verbal, **ARGOS** allegó la información solicitada, con las observaciones respectivas que ello le mereció. Lo que pudo haberse realizado en 2012 y 2013.

"Por la cual se deciden unos requisitos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En relación con lo anterior, se resalta que se evidenció otra omisión de parte de ARGOS en la respuesta dada a otro requerimiento realizado por la Delegatura en 2013, en el que se solicitó "(A)ctualizar para los años 2012 y hasta junio de 2013, la información que se requiere a continuación, referente al producto cemento pórtland tipo 1 o cemento gris, desagregando por tipo de empaque (empacado o granel)", dentro de la cual se solicitó la información relacionada con los precios ex fábrica del cemento gris Portland tipo 1 discriminado por canal de comercialización.

En esta ocasión, ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ (Directora de Información Comercial de ARGOS), el 17 de julio de 2013, solicitó a PAOLA SUSANA VALENCIA (Jefe de Información Comercial de ARGOS) que le enviara los archivos que, se resalta, ya estaban listos para su respectiva revisión. Líneas más abajo, se observa que ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE cambia la orden y le indica a PAOLA SUSANA VALENCIA que ya no, que la respuesta que debe darse es que ARGOS: **"no maneja información de precio Ex Fábrica (sic) por cuanto el cemento es entregado al cliente en el lugar que él indique y por tanto el precio que se cobra incluye costos de flete (.)"**.

A continuación, se transcribe la referida conversación encontrada en el sistema de mensajería interna de ARGOS¹⁴²:

HOLA

RECUERDA PASARME LOS ARCHIVOS (sic) QUE YA ESTAN (sic) LISTOS

Paola Susana Valencia [02:28 p.m.]

ya

te pase (sic) los de clientes

dale una mirada

no te han llegado

Adriana Maria Rodriguez [03:41 p.m.]

Llamame (sic)

Paola Susana Valencia [03:41 p.m.]

estoy con sandra

Adriana Maria Rodriguez [03:41 p.m.]

dile que ya no

cambia de info

Adriana Maria Rodriguez [03:45 p.m.]

La compañía no maneja información de precio Ex Fábrica (sic) por cuanto el cemento es entregado al cliente en el lugar que él (sic) indique y por tanto el precio que se cobra incluye costos de flete . No obstante (sic) en la medida en que por varios años en razón al condicionamiento impuesto por esa Superintendencia con ocasión de la adquisición de los activos que eran propiedad de Cemento Andino fue necesario llevar ese registro exclusivamente para el Cemento Gris Tipo 1 Empacado, El (sic) cual se presenta en el cuadro hasta el primer semestre de 2012. Para el segundo semestre 2012 y año 2013 no contamos con dicha información (sic) toda vez que nuestra venta a los clientes es entregado al cliente (sic) en el lugar que el cliente indique" (Suoraya y destacado fuera de texto)

Días después de dicha conversación, ARGOS respondió el requerimiento, mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-100 de 24 de julio de 2013 en los términos señalados por ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (Directora de Información Comercial de ARGOS), con lo que se omitió, nuevamente, enviar la información completa a esta Superintendencia cuando parecía ya estar lista

En la respuesta al requerimiento se indicó:

¹⁴² Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

"En atención a su solicitud radicada en nuestras oficinas el pasado 2 de julio y de acuerdo con la reunión sostenida en dicha Superintendencia el pasado lunes 15 de julio estamos adjuntado un CD con la información requerida. A continuación hacemos una descripción de la información entregada:

(...)

4. En relación con el cuarto punto, cabe anotar que el cuadro correspondiente al enunciado es el del punto tercero. En ese sentido, estamos entregando un archivo con la información solicitada para Cemento Gris Portland Tipo I. Es importante tener en cuenta que los precios ex fábrica solicitados en tres de las celdas solamente pueden entregarse hasta el primer semestre de 2012. Lo anterior teniendo en cuenta que nosotros entregamos el producto en la dirección informada por el cliente y no tenemos la información desagregada.

Hasta el primer semestre de 2012 estuvo vigente el condicionamiento ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio con motivo de la compra de las compañías Cementos Apolo y Cementos La Unión a las cuales se habían aportado activos que anteriormente eran propiedad de Cemento Andino y por esa razón podemos incluir la información desagregada hasta esa fecha, ya que debemos llevar ese registro. Con posterioridad al vencimiento del condicionamiento no se tiene dicha información por cuanto la misma no es relevante para la Compañía

En lo concerniente a los campos de ingreso operacional y utilidad neta, aclaramos que estos corresponden a datos totales de la compañía para los meses solicitados debido a que no contamos con la información discriminada por departamentos" (Subraya y destaque fuera de texto)

En ese sentido, ARGOS volvió a incumplir el requerimiento de información de esta Superintendencia de forma injustificada, pues se probó que si contaba con los datos requeridos y, en todo caso, aun cuando no los tuviera, podía obtenerlos o calcularlos fácilmente de su registro de precios. Estas situaciones reflejan un comportamiento inaceptable que, por supuesto, se enmarca en una indebida conducta procesal, de la que puede deducirse un indicio derivado del interés de ocultamiento y obstrucción de la actuación administrativa.

Fronte a estas conclusiones expuestas por el Despacho en la Resolución Sancionatoria, ARGOS argumentó que no puede calificarse su comportamiento como una conducta procesal reprochable, pues para ello se requiere dolo o mala fe, según se desprende del artículo 78 del Código General del Proceso.

Este argumento no fue sustentado por la investigada, quien se limitó a hacer una afirmación sin desarrollar. No obstante, aquí se realizarán algunas precisiones que desmienten tal afirmación.

Lo primero que debe advertirse es que el artículo 78 del Código General del Proceso únicamente enumera deberes de comportamiento de los abogados y las partes, entre los que se encuentra 'proceder con lealtad y buena fe', pero en ningún momento el Estatuto Procedimental condiciona la aplicación del artículo 241 del mismo código, que dispone que "el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes", al incumplimiento de este deber "proceder con lealtad y buena fe". De hecho, el juez puede deducir indicios aun cuando no se evidencie mala fe o dolo procesal, como no contestar la demanda, no acudir a las audiencias, etc.

No obstante lo anterior, en el caso concreto nos encontramos ante una conducta procesal de la que es posible deducir indicios y que, adicionalmente, puede encuadrarse en un claro incumplimiento de los deberes previstos en el artículo 78 del Código General del Proceso, al haberse probado la dolo de ARGOS al ocultar los datos con los que ya contaba. Además, de acuerdo con lo establecido en los numerales 4 y 5 del artículo 79 del Código General del Proceso, se presume de mala fe las actuaciones tendientes a obstruir la práctica de pruebas o cuando por cualquier medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito de la actuación.

En efecto, establece el artículo 79 del Código General del Proceso lo siguiente:

"Artículo 79. Temeridad o mala fe. Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad

2. Cuando se aduzcan calidades inexistentes.

3. Cuando se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos

4. Cuando se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas.

5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso.

5. Cuando se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas". (Negritas y subrayado fuera de texto)

En ese sentido, es claro que la conducta procesal de ARGOS puede valerse como un indicio en su contra, al haber ocultado y omitido entregar la información sobre precios requerida en varias oportunidades y que era fundamental para el análisis de la conducta investigada.

Además, el comportamiento procesal de ARGOS no se limitó a mutilar, eliminar u omitir la información sobre precios ex fábrica que se acaba de ver, sino que se evidenció por lo menos en dos situaciones más que se pasan a exponer.

- Respecto de la información sobre la capacidad de producción

Como se indicó en la Resolución Sancionatoria, ARGOS fue requerida varias veces para que aportara información respecto de la capacidad nominal y real de producción de cada una de sus plantas, a lo que respondió que, por diversas razones, no contaba con información suficiente para realizar dichos cálculos. En efecto, a pesar de que se requirió en varias oportunidades información sobre la serie de capacidad real de producción de cemento gris Pórtland tipo 1, ARGOS se limitó a entregar información sobre la capacidad de producción nominal para cada una de sus plantas y la producción efectiva histórica, por lo que esta Superintendencia nunca pudo contar con la información requerida completa.

Adicionalmente, se encontró un documento elaborado por la firma de consultoría CW ADVISORY AND TEAM OVERVIEW de CW GROUP LLC, en el que se presentaba el método de cálculo de las variables omitidas por ARGOS, que en ese sentido, daba cuenta de que habrían podido obtener fácilmente la información solicitada por esta Superintendencia, pero que no obstante se negaron a entregar.

Con base en tal documento, la Delegatura estimó la capacidad real de ARGOS. Sobre el particular, la investigada se limitó a decir que dicho ejercicio presentaba desviaciones relevantes y sobreestimadas. Sin embargo, en ningún momento explicó cuál debía ser el ejercicio adecuado, ni cuáles eran los resultados correctos, en una clara muestra más de lo que ha sido un comportamiento procesal, a todas luces reprochable, en la presente investigación.

Al respecto, ARGOS afirmó que resulta insólito que además de demostrar el error en el que incurrió esta Superintendencia, se le imponga al administrado la carga de replicar los ejercicios desvirtuados, cuando se estaba ejerciendo su derecho de defensa y contradicción para replicar un Informe Motivado de más de 400 hojas. Sobre el particular, este Despacho destaca la falta de sustento de dicho contraargumento, cuando es ARGOS quien conoce perfectamente sus datos de capacidad. Además, la Autoridad presupone que si se afirma con certeza que el ejercicio presentaba desviaciones y sobreestimaciones, tal afirmación debería contar con un soporte diferente a la mera apreciación subjetiva, lo que no constituye una carga desproporcionada ni "insólita".

Ahora bien, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, se encontró que mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-17 de 27 de abril de 2012¹⁴⁵, la Delegatura, durante la averiguación preliminar de este proceso, requirió a ARGOS para que indicara "la capacidad de producción por planta: capacidad instalada y capacidad utilizada, desde el año 2008 a la fecha". En

¹⁴⁵ Folios 65 y 66 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

respuesta a dicho requerimiento. ARGOS mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-24 del 22 de mayo de 2012, allegó la respectiva información. Las cifras relacionadas con la capacidad de producción fueron incluidas en el Anexo No. 5, que nominan "capacidades plantas".

Ahora bien, durante la etapa de investigación, la Delegatura solicitó nuevamente esta información a ARGOS para el periodo comprendido entre 2005 y 2015, respecto del mismo producto y de cada una de las plantas de la compañía¹⁴⁴. Este requerimiento fue respondido por ARGOS mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-787 del 8 de febrero de 2016¹⁴⁵.

Sin embargo, al comparar los datos de capacidad de producción reportada, la Delegatura destacó diversas inconsistencias entre ambos documentos, frente a las cuales ARGOS afirmó en sus observaciones al Informe Motivado y reiteró en su recurso de reposición que, mientras que los datos reportados en 2012 correspondían a producción, los de 2016 sí eran de capacidad. Sobre el particular se resaltó en la Resolución Sancionatoria que en la respuesta allegada a esta Entidad en 2012, el propio ARGOS afirmó que se trataba de datos de capacidad, lo que demuestra las imprecisiones con las que presentó toda la información requerida.

No obstante lo expuesto, y a pesar de que el documento con el que se respondía el requerimiento de 2012 sobre "la capacidad de producción" se titulaba "Capacidades de producción a Cemento (Toneladas)", ARGOS afirmó en su recurso que se trataba de cifras de producción total no comparables con cifras de capacidad de producción.

Esta afirmación da cuenta de que la información se allegó de manera inadecuada, confusa y contradictoria o de que, efectivamente, nunca se entregó la información requerida, relativa a la capacidad de producción.

En ese sentido, al nunca haber reportado la información completa sobre la capacidad real y tener diversas imprecisiones en la información aportada se dificultó el análisis que debía realizarse sobre estas variables, que son importantes para estudiar conductas como la investigada en la presente actuación administrativa. Por lo tanto, también se configuró con este comportamiento una conducta procesal reprochable.

- Sobre las inconsistencias respecto de la información allegada por ARGOS, en relación con las exportaciones de cemento gris Portland tipo 1

Este Despacho encontró y resaltó en la Resolución Sancionatoria inconsistencias respecto de la información reportada por ARGOS al compararla con la entregada por la DIAN, relacionada con las exportaciones e importaciones de cemento gris Portland tipo 1 realizadas con la razón social CEMENTOS ARGOS S.A.

En efecto, se indicó en la decisión impugnada que, mediante Resolución No. 92176 del 26 de noviembre de 2015, por medio de la cual se ordenó la práctica de unas pruebas en la presente investigación, la Delegatura requirió a varios de los agentes participantes del mercado objeto de esta investigación, entre ellos a ARGOS, para que remitiera, entre otras, la siguiente información:

"1.2.3. Respecto del cemento Portland tipo 1 presentar, con periodicidad mensual entre los años 2005-2015, las (i) exportaciones en volumen (kg) y dólares de Estados Unidos de América FOB, así como las (ii) importaciones en volumen (kg) y dólares de Estados Unidos de América CIF, (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Así mismo, se destacó que respecto de la información relacionada con las exportaciones e importaciones de cemento gris Portland tipo 1 realizadas con la razón social CEMENTOS ARGOS S.A., esta compañía señaló:

"1.2.3 Exportaciones e importaciones de Cemento Gris Portland TIPO 1: CEMENTOS ARGOS S.A. no ha exportado ni importado a Colombia Cemento Gris Portland Tipo 1, durante el periodo solicitado" (Negrillas y subrayas fuera de texto)

¹⁴⁴ Folios 6296 a 6300 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente

¹⁴⁵ Folios 6272 a 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Esta respuesta fue reiterada por ARGOS en la comunicación radicada con el No. 11-116942-793 del 31 de mayo de 2016¹⁴⁶.

En la Resolución Sancionatoria se afirmó que, recibida esta información, la Delegatura contrastó los datos allegados por ARGOS con aquellos remitidos por la DIAN y encontró que la información aportada por ARGOS no correspondía con la suministrada por dicha Entidad. En consecuencia, mediante Resolución No. 29148 del 25 de mayo de 2017, la Delegatura resaltó esta situación puntual y ofició a ARGOS para que nuevamente indicara y remitiera la información relacionada con la exportación e importación de cemento gris Portland tipo 1 realizada por esta empresa para el periodo 2005 – 2016.

Sobre este hecho, ARGOS afirmó en su recurso de reposición que en la Resolución Sancionatoria se indicó equivocadamente que el último oficio proferido por la Delegatura tenía por finalidad que ARGOS "nuevamente indicara y remitiera a esta Delegatura la información relacionada con la exportación e importación de cemento gris Portland tipo 1 realizada por esta empresa para el periodo 2005 – 2016", cuando las preguntas formuladas en las Resoluciones No. 92176 del 26 de noviembre de 2015 y 29148 del 25 de mayo de 2017 fueron distintas. En efecto, señaló que la pregunta de la última resolución estaba encaminada a solicitar información sobre todos los cementos fabricados y vendidos por ARGOS, lo que, en su concepto, evidencia la confusión de este Despacho y explica el reproche procesal injustificado.

Al respecto, este Despacho destaca un nuevo intento de ARGOS por tergiversar las afirmaciones de esta Superintendencia. Contrario a lo señalado por ARGOS, no existió error en la finalidad atribuida al requerimiento de la Delegatura decretado mediante Resolución No. 29148 del 25 de mayo de 2017, pues como se indica expresamente en la parte motiva de dicho acto, la justificación del requerimiento estaba relacionado con:

"[L]a situación puntual y difusa que deriva de la respuesta dada por la investigada ARGOS mediante comunicación radicada con el n.º 11-116942-787 del 8 de febrero de 2016, según la cual, no ha exportado ni importado a Colombia Cemento Gris Portland Tipo 1 durante el periodo comprendido entre 2005 a 2015. Sin embargo, mediante comunicación radicada con el n.º 11-116942-794 la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANA NACIONALES (DIAN) informó a esta Delegatura la totalidad de las operaciones de importación y exportación de cemento portland –subpartida arancelaria 2523 29 00 00– dentro de las cuales es posible evidenciar la existencia de operaciones de comercio exterior a nombre de ARGOS para el mismo periodo"

En ese sentido, si bien en la segunda oportunidad se requirió una información más amplia, en la que se relacionaban todos los cementos fabricados y vendidos por ARGOS (requerimiento con el que se evitaban respuestas evasivas por parte de las investigadas), el propósito que motivó esa solicitud fue obtener la información real "relacionada con la exportación e importación de cemento gris Portland tipo 1", ante la contradicción hallada a partir del primer requerimiento hecho a ARGOS.

En ese sentido, no erró ni cayó en confusión este Despacho en la Resolución Sancionatoria al relacionar la insistencia en el requerimiento con la confusa información reportada por ARGOS en la primera oportunidad.

Ahora bien, ante el último requerimiento de la Delegatura del que se viene comentando, ARGOS, mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-865 del 16 de junio de 2017, remitió la información sobre las exportaciones e importaciones realizadas por esta compañía, en el periodo indicado, respecto de todos los tipos de cementos (gris y blanco). Sobre el particular, enfatizó que las diferencias encontradas por la Delegatura podrían deberse al hecho de que la sub-partida de la DIAN identifica varios tipos de cemento Portland, no solamente el cemento gris Portland tipo 1.

Al revisar nuevamente la información aportada por la DIAN para determinar si en efecto la información de esa Entidad era consistente con la información remitida por la investigada, se encontró que ARGOS nuevamente había reportado información inconsistente.

En efecto, de acuerdo con la información remitida por la DIAN, y contrario a lo afirmado por ARGOS –quien indicó sin explicación adicional y de manera categórica que no se había exportado este producto–, sí se efectuaron exportaciones de cemento gris Portland tipo 1 en el periodo de esta

¹⁴⁶ Folios 6301 a 6304 de Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

investigación por parte de ARGOS y, además, tales exportaciones representaron más del 85% en todos los años del total reportado en dicha subpartida arancelaria en Colombia.

En la siguiente tabla se enumeran todas las declaraciones de exportación de cemento gris Portland tipo 1 en el periodo investigado:

Tabla No. 3. Declaraciones de exportación de cemento gris Portland tipo 1 ARGOS (2010 a 2012)

Año 2010	6007518573901, 6007518573168, 6007519423691, 6007514335700, 6007511081846, 6007520491214, 6007510730317, 6007512785928, 6007516141181, 6007515125462, 6007521102932, 6007521150645, 6007521767937, 6007520200860, 6007512115034, 6007519219001, 6007515927027, 6007518917804, 6007521510985, 6007520521977, 6007512041340, 6007510692095, 6007511563071, 6007513446674, 6007513250804, 6007511653301, 6007516290291, 6007512325399, 6007521767521, 6007510884727, 6007513786427, 6007519846311, 6007516141128, 6007518938374, 6007511698228, 6007515751121, 6007510618921, 6007516952193, 6007515475454, 6007512115059, 6007521102841, 6007516141199, 6007513699899, 6007513250896, 6007515125471, 6007516952226, 6007510855239, 6007514774274, 6007516604110, 6007514910707, 6007513952759, 6007511653291, 6007512482518, 6007510613683, 6007513430733, 6007512482885, 6007513699907, 6007513952711, 6007511028142, 6007510813576, 6007512291435, 6007512041333, 6007517362380, 6007519646302, 6007515475461, 6007521102957, 6007515125455, 6007521150638, 6007512482600, 6007513699946, 6007512482932, 6007512482941, 6007511028181, 6007511028199, 6007511028237, 6007511028239, 6007517362413, 6007517362438, 6007517362420, 6007517362406, 6007517362373, 6007517362588, 6007511028187, 6007517362398, 6007513952734, 6007516604103, 6007513952766, 6007513852806, 6007513952813, 6007513952798, 6007511028214, 6007511028174, 6007512482878, 6007515125494, 6007515125344, 6007515125487, 6007512482892, 6007513430710, 6007512291451, 6007516952219, 6007511028221, 6007516646545, 6007512115086, 6007515125448, 6007512482825, 6007513699936
Año 2011	6007533303035, 6007528501717, 6007525566483, 6007524120649, 6007522663812, 6007525122295, 6007530726251, 6007529733768, 6007527473627, 6007534763444, 6007522568504, 6007530726293, 6007528122983, 6007532986628, 6007528735566, 6007529543751, 6007524287829, 6007523162906, 6007526045099, 6007532487837, 6007531363833, 6007527207916, 6007523555258, 6007524859494, 6007525863684, 6007528501731, 6007529727419, 6007527580581, 6007533303010, 6007530726279, 6007522663821, 6007522796282, 6007525122969, 6007531865034, 6007534131701, 6007524653429, 6007524068284, 6007529751936, 6007530726286, 6007522730981, 6007529643948, 6007531054878, 6007528501724, 6007533303003, 6007527473611, 6007526818376, 6007525853677, 6007529843890, 6007527473634, 6007524653396, 6007531054850, 6007524120824, 6007528616914, 6007527580605, 6007524071077, 6007534131677, 6007522731023, 6007527684252, 6007522731009, 6007531054853, 6007529843930, 6007527684238, 6007522731030, 6007524653404, 6007532986610, 6007530726301, 6007534131717, 6007524069741, 6007525122976, 6007527684245, 6007534131749, 6007522731055, 6007527580597, 6007529737491
Año 2012	6007548252893, 6007537635617, 6007535498084, 6007544269110, 6007541038102, 6007544269095, 6007544076978, 6007546481995, 6007544269103, 6007545454546, 6007544269070, 6007548252701, 6007548198811, 6007535498091, 6007545454553, 6007545454560, 6007545198627, 6007548092845, 6007548132138, 6007547988331

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente.

Sobre el particular, ARGOS argumentó que no existió inconsistencia alguna, pues los registros arancelarios ante la DIAN no permiten asumir datos concluyentes acerca de las características del cemento exportado. Adicionalmente, al replicar el ejercicio realizado por la Delegatura, se encontró que las referencias que se mencionan en la DIAN como cemento gris Portland tipo 1 corresponden

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

a productos elaborados con fundamento en normas técnicas diferentes. En ese sentido concluyeron que efectivamente no se exporó ningún producto que correspondiera con las características físicas del cemento gris Portland tipo 1 comercializado a nivel nacional.

Al respecto, este Despacho destacó en la Resolución Sancionatoria que ARGOS estaba en capacidad de hacer todo este tipo de "aclaraciones" en relación con sus productos exportados desde el primer requerimiento de información, pues por supuesto, conocía que la DIAN reportaba como cemento gris Portland tipo 1 a exportación de productos que ARGOS considera que no cumplen las características de dicho bien. Así, el comportamiento esperable de un investigado que cumple con sus cargas procesales de buena fe, implicaba que se reportaran todas las exportaciones que en la DIAN aparecen como cemento gris Portland tipo 1 y se hicieran las consideraciones que fueran pertinentes.

Sobre el particular, ARGOS afirmó en su recurso de reposición que esta acusación no tenía fundamento y resultaba desproporcionada, pues *"se recuerda que el primer requerimiento preguntaba específicamente por exportaciones de cemento Portland tipo 1 y, considerando que las transacciones de exportación de CEMENTOS ARGOS no giran en torno a las especificaciones o normas técnicas que se usan para describir el cemento Portland tipo 1, la compañía no tenía razones para advertir que su respuesta debía considerar guías especiales para efectos de permitir a la Delegatura contrastar la información con el detalle de declaraciones de exportación ante la DIAN"*.

Al respecto, se destaca que ARGOS, conociendo la forma en la que la DIAN reporta sus exportaciones, estaba en la posibilidad de advertir las supuestas diferencias técnicas de los productos posiblemente reportados por la autoridad versus los productos realmente exportados.

Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que las afirmaciones de ARGOS sobre las supuestas diferencias en las características técnicas de los productos no están sustentadas, pues la DIAN, en algunas de las declaraciones, menciona además del nombre expreso de cemento gris Portland tipo 1, la norma técnica colombiana. En todo caso, se reitera que aun en la hipótesis en que definitivamente ninguno de los productos exportados correspondiera verdaderamente con el cemento gris Portland tipo 1, lo cierto es que la conducta procesal de ARGOS sigue siendo igualmente reprochable, al no haber brindado la información necesaria para responder el requerimiento realizado por esta Superintendencia.

Todo lo expuesto configura un comportamiento procesal reprochable que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 241 del Código General del Proceso, que reproduce íntegramente el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, será valorado como un indicio de la conducta investigada.

4.7. Argumentos relacionados con una supuesta violación del principio de congruencia y del debido proceso

HOLCIM sostuvo que en la Resolución Sancionatoria se desconoció el principio de congruencia y el debido proceso, toda vez que se citaron pruebas de factores plus respecto de esta compañía totalmente distintas de las que se utilizaron en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Adicionalmente, sostuvo que sobre esas "nuevas pruebas" nunca se pidieron explicaciones, no se indicó su existencia y no se le permitió a HOLCIM solicitar y aportar pruebas que controvirtieran las invocadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar.

En la misma línea, ARGOS afirmó que tuvo que asumir la carga de desvirtuar las "pruebas nuevas" que fundamentaron la sanción una vez se hizo pública, con la consiguiente afectación para su reputación, y que de haberse puesto de presente la imputación desde el comienzo con fundamento en las pruebas usadas, ARGOS habría podido defenderse en la fase de instrucción para desvirtuar la inadecuada interpretación plasmada en la Resolución.

Respecto del uso de pruebas de factores plus diferentes a las señaladas en la Resolución de Apertura de la Investigación con Pliego de Cargos y la supuesta carga de contradicción exagerada que se derivaría de ello, esta Superintendencia reitera los argumentos dispuestos en la Resolución Sancionatoria, los cuales fueron obrados por HOLCIM y ARGOS, incluso a pesar de que han sido sostenidos reiteradamente por parte de esta Superintendencia en varios casos precedentes.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones”

Tal y como se dispuso en la Resolución Sancionatoria, los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales serían etapas innecesarias e inútiles si se acoge la tesis según la cual las únicas pruebas que pueden mencionarse en la decisión final de la investigación son las citadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Incluso, la postura resulta alejada de la realidad jurídica, ya que si se aplicara en la práctica, no podrían usarse las pruebas que se aportan, decretan y practican en el periodo probatorio a solicitud de los mismos investigados o aquellas que se recaudan, decretan y practican de oficio, por no haber sido mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

En este sentido, se recuerda que en los procesos administrativos y judiciales es posible hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación por cualquiera de los sujetos procesales en virtud, precisamente, de los principios de legalidad y de comunidad de la prueba. En otras palabras, basta con que la prueba esté en el Expediente para que, de conformidad con tales principios, pueda usarse por la administración, por los investigados o por cualquier tercero reconocido (es decir, por cualquier sujeto procesal).

Se reitera igualmente que el Superintendente de Industria y Comercio tampoco se encuentra limitado para el estudio del caso a las pruebas expuestas en el Informe Motivado. Esto, ya que puede haber evidencia obrante en el Expediente que haya sido inadvertida por la Delegatura o por los investigados, o que incluso haya sido valorada en sentido diverso o contrario.

Así las cosas, considerando que las pruebas que usó la Superintendencia de Industria y Comercio para emitir su Resolución Sancionatoria abarcan toda la evidencia recaudada durante la actuación administrativa (indagación preliminar e investigación formal) y que obra en el Expediente —la cual debió haber sido conocida por las partes—, no existe violación alguna de los principios de congruencia y debido proceso en el presente caso. En virtud de lo expuesto, el Despacho estima como improcedente el argumento

En atención a la afirmación de **HOLCIM** y **ARGOS** según la cual la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó ‘nuevas pruebas’ respecto de las cuales nunca se pidieron explicaciones, no se indicó su existencia y no se permitió solicitar y aportar pruebas que las controvirtieran, este Despacho considera pertinente recordarle a los recurrentes que las evidencias que usó esta Entidad para emitir su decisión de sanción, o fueron aportadas directamente por HOLCIM en el memorial de descargos que presentó frente a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (como el “principio de no meterse en obras comenzadas” y el “incumplimiento en subir el precio del concreto”), o fueron extraídas directamente de los computadores de los investigados en el marco de visitas administrativas adelantadas a lo largo de la actuación administrativa (como ‘escenarios de competencia’ de **ARGOS** y “BOOK1.xls” de **CEMEX**, ‘venta de cemento concreto con precio especial’ de **ARGOS**; y ‘préstamo a título gratuito del fardillo refractario’ de **HOLCIM**) y, en todo caso, todas ellas hacen parte integral del Expediente, por lo que siempre han estado a disposición de las partes y sus apoderados. Incluso, los estudios económicos se hicieron tomando como base los datos suministrados por los mismos investigados a lo largo de la actuación. Por este motivo, que los investigados o sus apoderados no las hayan estudiado, bajo ninguna circunstancia podría aceptarse como una violación del debido proceso imputable a la Administración.

En este punto, vale la pena recordar que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano de principio general del derecho ‘*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*’ (nadie puede obtener provecho de su propia torpeza o culpa) en virtud del cual, la falta de diligencia o voluntad propia que presuntamente dio origen a que los apoderados o los investigados no accedieran al Expediente no puede ser justificación para no haber ejercido su derecho de defensa sobre algunas pruebas, como era su obligación profesional de acuerdo con los códigos deontológicos respectivos:

*“Esta Corporación ha advertido la aplicabilidad del principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia culpa (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Una de las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, consiste en que el accionante no sea responsable de los hechos que presuntamente vulneran los derechos invocados, pues su finalidad no es subsanar los efectos del descuido en que haya podido incurrir el accionante”¹⁴⁷*

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencias T-007 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández Gando; T-196 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-547 de 2007 M.P. Jaime Araujo Rentería.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En el mismo sentido, la Corte dispuso lo siguiente:

"En efecto, si los hechos que dan origen a la acción de tutela corresponden a la actuación culposa, imprudente o negligente del actor que derivó, a la postre, en la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, no es admisible que éste pretenda a través de la acción de tutela obtener el amparo de tales derechos, y por lo tanto, desplazar su responsabilidad en la ocurrencia de los hechos que fundamentan la solicitud de amparo a la autoridad pública o al particular accionado. Una consideración en sentido contrario, constituiría la afectación de los fundamentos del Estado de Derecho y del principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política."¹⁴⁸

De esta forma, los argumentos que alegar el desconocimiento de las pruebas evidentemente no se compadecen con la realidad de los hechos y no pueden ser de recibo, pues, como se ha demostrado, la evidencia probatoria provino de los mismos investigados, fue recabada desde los inicios de la investigación y hace parte íntegra del Expediente desde entonces, por lo que ha estado siempre al alcance y en las manos de los investigados o sus apoderados durante todos estos años de tramitación de la actuación. Así las cosas, cualquier negligencia en lo que concierne a la efectiva y oportuna revisión del Expediente no puede ser atribuible a la Autoridad.

Ahora bien, vale la pena anotar que la única prueba que no provino directamente de los investigados fue la de "coincidencias migratorias", la cual se apoyó en información suministrada por **MIGRACIÓN COLOMBIA**. No obstante lo anterior, es preciso aclarar que esta prueba fue incorporada a la presente actuación administrativa antes de que la Delegatura expidiera el correspondiente Informe Motivado¹⁴⁹, documento que, se resalta, es el que pone fin a la fase investigativa de los casos en materia de prácticas restrictivas de la competencia. Vale la pena anotar también que en cuanto la prueba fue allegada a esta Entidad, fue debidamente puesta a disposición de los investigados gracias a su oportuna incorporación al Expediente.

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que todas las pruebas que tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio para emitir su Resolución Sancionatoria eran o tuvieron la posibilidad de ser conocidas por todos los agentes involucrados en la presente actuación administrativa, ya que provinieron de ellos mismos o, en su defecto, estuvieron a su disposición gracias a su incorporación al Expediente, el cual, vale la pena reiterar, ha estado sometido a la libre consulta de los investigados desde que se expidió la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013).

Así las cosas, contrario a lo afirmado por **HOLCIM** y **ARGOS**, el oportuno conocimiento y/o puesta a disposición de los materiales probatorios usados como fundamento para emitir la Resolución de Sanción, ha permitido a todos los investigados controvertir y rendir las explicaciones pertinentes en relación con su interpretación. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por su evidente falta de veracidad.

Por su parte, **ARGOS** sostuvo que se le impuso una carga de contradicción exagerada, ya que se le exigió controvertir pruebas en relación con las cuales no se le había precisado una imputación o acusación concreta, con lo cual se le exigió que supusiera los posibles argumentos que presentaría más adelante la Delegatura en el Informe Motivado.

Sobre el particular, es preciso recordar que todas las pruebas que se usaron tanto en el Informe Motivado como en la Resolución Sancionatoria estuvieron enmarcadas en una imputación clara y concreta que, vale la pena resaltar, se ha mantenido incólume desde el inicio de la actuación. En efecto, a lo largo de la investigación la evidencia recaudada ha sido analizada en el marco de un acuerdo de fijación de precios concretado en la modalidad de paralelismo consciente que se imputó expresamente como tal en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, por lo cual es posible afirmar que lo que han debido desvirtuar los investigados a lo largo del proceso, en relación con todas las pruebas obrantes en el Expediente, es precisamente la existencia de tal comportamiento anticompetitivo.

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-123 del 9 de diciembre de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁴⁹ La información fue allegada a la Superintendencia de Industria y Comercio mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-860 del 15 de junio de 2017. Folios 6417 y 6419 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Para ello, los investigados han debido proveer a la Autoridad información verídica, completa y fiable que diera cuenta de una fijación de precios de manera autónoma e independiente y que desvirtuara las pruebas de paralelismo y colaboración halladas por la Entidad. No obstante lo anterior, los investigados a lo largo de la actuación, no enviaron información que contara con tales cualidades y no ofrecieron tampoco explicaciones con la fuerza probatoria suficiente para desvirtuar las evidencias encontradas por esta Autoridad y los análisis derivados de su interpretación. Incluso, algunos mostraron comportamientos procesales reprochables. Esta situación, antes que dar cuenta de una carga de contradicción exagerada, simplemente evidencia una defensa inadecuada, inapropiada e insuficiente. Por lo anterior, el argumento en este sentido no tiene lugar.

Por su parte **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (ARGOS)**, **INGRID RESTREPO LIBREROS (ARGOS)** y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (ARGOS)** manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció el principio de congruencia al vanar progresivamente los cargos contra ellos con fundamento en los medios de prueba practicados, varios de los cuales eran incluso nulos de pleno derecho. En línea con lo anterior, sostuvieron que en la actuación administrativa se presentaron múltiples violaciones al derecho de defensa y contradicción ya que en la apertura de investigación no se realizó una imputación clara, precisa y concreta, como lo exige el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

En línea con lo anterior, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ (HOLCIM)** y **JAIME ANTONIO HILL TINOÇO (HOLCIM)** afirmaron que la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos nunca precisó cuál era el verbo rector con fundamento en el cual habían infringido el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. En el Informe Motivado se señaló que habían "tolerado" el supuesto acuerdo de precios, mientras que la Resolución Sancionatoria dispuso que la habían "ejecutado y tolerado", lo que generó una falta de precisión que implicó modificaciones de los cargos.

Pues bien, en relación con la presunta nulidad de los cargos imputados, es preciso aclarar que las nulidades procesales están sometidas a ciertas formalidades, preclusiones y eventualidades, que en muchas ocasiones conducen a su saneamiento en caso de presentarse las hipótesis previstas por el legislador. En cuanto al régimen de nulidades previsto para las actuaciones administrativas por prácticas anticompetitivas, dispone el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 lo siguiente:

"Artículo 21. Vicios y otras irregularidades del proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa"

Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa". (Subrayas fuera de texto)

De lo anterior se colige que la oportunidad procesal para alegar una nulidad que pudiese haberse presentado en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia tiene lugar antes de que inicie el término de traslado del Informe Motivado. Por ende, en una etapa del proceso como la que actualmente se surte que corresponde a la resolución que resuelve los recursos de reposición interpuestos frente a la Resolución Sancionatoria, los argumentos de nulidad de los cargos imputados como los aquí planteados deben ser rechazados por inoportunos por parte de este Despacho.

Adicionalmente, este Despacho considera pertinente aclarar que, contrario a lo afirmado por los investigados, en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos si se expusieron de manera clara, concisa y suficiente los hechos en los que se fundó la decisión de iniciar investigación administrativa contra las personas naturales vinculadas con **ARGOS**, así como contra las personas naturales vinculadas con **HOLCIM** y **CEMEX**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En efecto, tal y como se dispuso en el numeral 12.3 de la parte motiva⁵⁰ y en el artículo segundo de la parte resolutive⁵¹ de la Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013 se abrió investigación contra tales personas naturales para determinar si, de acuerdo con la calidad y el rol que ejercían durante el periodo investigado y de conformidad con el material probatorio obrante en el Expediente, infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas endilgadas a las empresas con las cuales estaban vinculadas esto es, ARGOS, HOLCIM y CEMEX

En este punto es preciso aclarar que con fundamento en la jurisprudencia constitucional⁵², en materia administrativa sancionatoria la aplicación de las garantías que constituyen el derecho al debido proceso se satisfacen con el rigor propio de las reglas y características de la actuación administrativa, las cuales, por supuesto, no son las mismas que rigen el debido proceso en materia penal. Sobre esa base, es claro que la imputación contenida en la Resolución que abrió la presente investigación atendió las condiciones que establece la normativa aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias para la formulación de la imputación.

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que los investigados contaban con los elementos de juicio suficientes para comprender el contenido de la imputación que se les formuló, pues como se dispuso en líneas atrás, se les acusó expresamente de colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar las conductas reprochables mencionadas en la Resolución, en las condiciones que se siguen de sus funciones y responsabilidades durante el periodo investigado y las pruebas que sirvieron de base para la acusación. Por lo tanto, tenían la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en debida forma

Adicionalmente, la imputación fue adecuada en la medida en que, como se demostró a lo largo de la actuación y se recogió en la Resolución Sancionatoria, varios de los investigados infringieron más de un verbo rector. En este sentido, se aclara que los verbos que disponen la norma no son excluyentes entre sí, en la medida en la que una misma persona puede tener una participación activa respecto de ciertos hechos que constituyeron la conducta y pasiva frente a otros.

Esta circunstancia no es extraña ni ajena a este tipo de procedimientos, pues, en efecto, en diferentes investigaciones se han sancionado a diversas personas naturales que se han encontrado responsables por incurrir en comportamientos activos y pasivos simultáneamente. En la Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016 confirmada mediante Resolución No. 69906 del 19 de octubre de 2016 (Cartel del Papel Higiénico y otros Papeles Suaves) por ejemplo, se sancionaron a varios directivos que en determinados periodos del acuerdo cartelista actuaron directamente en las reuniones e intercambios de listas, y en otros periodos permitieron que sus subordinados lo hicieran, lo que implicó una responsabilidad por verbos rectores pasivos y activos, sin que ello pudiera resultar contradictorio.

Finalmente, respecto a la diferencia entre los verbos rectores con los que la Delegatura recomendó sancionar a las personas naturales y aquellos que usó el Despacho para endilgarles responsabilidad, simplemente se reitera que el Informe Motivado, por su naturaleza, se limita a emitir una recomendación no vinculante respecto a la forma como el Superintendente de Industria y Comercio debería definir la investigación, por lo cual sus diferencias de contenido frente a la Resolución Sancionatoria no comprometen el principio de congruencia en lo absoluto.

Así las cosas, considerando que en la presente actuación administrativa se hizo una imputación clara, precisa, concreta y adecuada frente a JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (ARGOS), INGRID RESTREPO LIBREROS (ARGOS) y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (ARGOS), así como frente a MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ (HOLCIM) y JAIME ANTONIO HILL TINOCO (HOLCIM) y las demás personas naturales vinculadas con la investigación, y teniendo en cuenta además que en la Resolución Sancionatoria se determinó el alcance de la responsabilidad de cada quien de conformidad con la imputación realizada desde el inicio de la actuación, el argumento se rechazará por improcedente. Igualmente, se rechazarán las solicitudes de nulidad en los términos anteriormente expuestos.

⁵⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013. Pág. 75

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013. Pág. 78

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Proceso 1503

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

4.8. Caducidad de la facultad sancionatoria

JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (ARGOS), INGRID RESTREPO LIBREROS (ARGOS) y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (ARGOS) manifestaron en sus recursos de reposición que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se encontraba caducada al momento de imponer la sanción, en la medida en que –en su entender–, ya habían transcurrido cinco (5) años desde la fecha de la última prueba que demostraba el hecho constitutivo del elemento consciente del paralelismo y de las pruebas por las cuales se investigó a las personas naturales vinculadas a ARGOS.

Al respecto, se advierte que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad de Competencia se encuentra contemplado en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado"

Esta Superintendencia encontró probado que la conducta constitutiva de paralelismo consciente en los precios del cemento gris Portland tipo 1 tuvo lugar entre enero de 2010 y diciembre 2012, por lo cual, la caducidad respecto de la facultad sancionatoria de esta Entidad en el presente caso solo hubiera operado hasta el 31 de diciembre de 2017, fecha en la cual la Resolución Sancionatoria ya había sido debidamente notificada a todos los investigados.

No obstante lo anterior, y teniendo claro que la caducidad no operó por cuanto el acto administrativo fue notificado dentro del plazo de los cinco (5) años previstos en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, debe el Despacho aclarar en todo caso que el argumento de los recurrentes presenta dos (2) yerros adicionales. El primero de ellos, consiste en desagregar la conducta y hacer un análisis de caducidad de cada uno de sus componentes de manera aislada (paralelismo de precios y elemento consciente), lo cual sería a todas luces errado, en el entendido de que la caducidad de la facultad sancionatoria se presenta, según lo señalado por la norma anteriormente citada, transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo. Nótese que el análisis se realiza respecto de la "conducta violatoria" en su conjunto, y no con respecto de cada uno de los elementos que la componen de forma aislada.

El segundo de los yerros consiste en afirmar, aun admitiendo –en gracia de discusión– que pudieran desagregarse los elementos de la conducta, que el último acto que presuntamente daría cuenta del elemento consciente de la conducta investigada es de noviembre de 2012. En efecto, prácticamente todas las pruebas que dan cuenta de la configuración del elemento consciente en la presente investigación, abarcan como mínimo todo el periodo investigado, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2012. Muestra de lo anterior son las pruebas antes analizadas referentes a (i) "principios de no meterse en obras comonazadas", (ii) "escenarios de competencia" de ARGOS; (iii) "BOOK1.xls" de CEMEX; (iv) "venta de cemento concreto con precio especial" de ARGOS, y (v) "préstamo a título gratuito del ladrillo refractario" de HOLCIM.

Por lo anterior, este argumento no puede ser de recibo para este Despacho, toda vez que resulta contrario al sentido del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 y, por lo tanto, la Resolución Sancionatoria fue expedida sin que esta Superintendencia hubiera perdido competencia.

4.9. Argumentos relacionados con la práctica de pruebas con posterioridad a la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

ARGOS y algunas personas naturales, a pesar de las extensas explicaciones que se hicieron sobre el particular en la Resolución Sancionatoria, insistieron en indicar que se habría violado su derecho al debido proceso al decretar pruebas de oficio con posterioridad a la práctica de la audiencia de argumentación verbal prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

Los recurrentes argumentaron que las pruebas se habrían decretado después de concluida la etapa de instrucción, que en su opinión, finaliza con la citación a la audiencia de argumentación verbal.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

de acuerdo con lo establecido en el propio artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009. Razón por la cual el decreto de pruebas de oficio sería ilegal.

Adicionalmente, indicaron que de manera irregular se citó a una segunda audiencia de argumentación verbal, en contra de lo dispuesto expresamente por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 que prevé la realización de una sola audiencia de argumentación verbal.

Afirmaron también que el decreto de pruebas posteriores a la audiencia de alegaciones verbales es nulo a violar el derecho al debido proceso y contradicción de los investigados, quienes no pudieron solicitar el decreto de pruebas que pudieran contradecir las decretadas de manera oficiosa por la Delegatura.

Añadieron que el Despacho había omitido pronunciarse sobre la aplicación del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, que uso de manera parcial la Delegatura para justificar el decreto irregular de las pruebas.

Por último, afirmaron que si acreditaron la afectación de dicho decreto irregular de pruebas de oficio, pero fue omitido por el Despacho.

A continuación se reiterará el análisis realizado por este Despacho en la Resolución Sancionatoria respecto todos los argumentos expuestos en relación con las pruebas decretadas de oficio por parte del Superintendente Delegado y se explicará por qué deben ser rechazados los contrargumentos presentados en la impugnación. Para tal fin, se comenzará por exponer la competencia del Delegado para decretar pruebas de oficio en este tipo de procedimientos administrativos y, en segundo lugar, se analizará la ausencia de trascendencia de la nulidad por debido proceso propuesta por los investigados.

- Sobre la facultad legal para decretar pruebas de oficio del Delegado para la Protección de la Competencia

Contrario a lo afirmado por los recurrentes, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es competente y está plenamente facultado para decretar pruebas de oficio durante todas las etapas de la investigación, comprendidas entre la fase preliminar (queja y averiguación preliminar) hasta de la suscripción de Informe Motivado con destino al Superintendente de Industria y Comercio.

En efecto, el Delegado para la Protección de la Competencia es durante toda la investigación y hasta que se surta el traslado del Informe Motivado, el director de las actuaciones administrativas que por infracciones del régimen de protección de la libre competencia económica se adelantan ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Dentro de su rol como director del proceso, el Delegado tiene como función y facultad la de recaudar, decretar y practicar las pruebas que considere procedentes, como lo establece el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado y adicionado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

En efecto, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado y adicionado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación"

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones.

reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

(...)' (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De la norma expuesta, en concordancia con las funciones previstas en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política y los artículos 1 y 9 del Decreto 4885 de 2011, es claro que el Delegado tiene competencia para decretar pruebas de oficio en cualquier etapa de la actuación administrativa, incluso después de celebrada la audiencia de argumentación verbal de que trata el citado artículo y hasta antes de proferir el Informe Motivado, cuando advierta que ello es necesario.

A respecto, no puede perderse de vista que la etapa de investigación (instrucción) es la fase que está a cargo del Delegado, la que por su misma naturaleza está concebida para recaudar, decretar y practicar pruebas. Así, asumir erróneamente –como lo hacen los recurrentes– que el Delegado no puede decretar pruebas de oficio, no solo sería contradecir las disposiciones legales aplicables, sino que implicaría desconocer la finalidad de la etapa procesal (investigación) y de la función esperable (investigar) del funcionario a cargo (Delegado), como también desconocer la finalidad de los procedimientos administrativos, lo que incluye a los de carácter sancionatorio.

Ahora bien, que la regla general señale que, en la mayoría de los casos, el procedimiento está concebido para que una vez practicada la audiencia de argumentación verbal se profiera el Informe Motivado, esto no quiere decir que si así lo considera necesario el director del proceso, en este caso el Delegado, no pueda decretar pruebas de oficio una vez surtida la audiencia de argumentación verbal. Obsérvese cómo incluso, en el procedimiento civil en donde el juez tiene la responsabilidad de decidir sobre una controversia particular, se establece una regla similar, de acuerdo con la cual, por lo general, después de escuchados los alegatos de conclusión de las partes el juez debe proferir sentencia, pero este –el juez– puede y debe decretar pruebas de oficio cuando lo considere conveniente, incluso después de presentados los alegatos de conclusión y aun cuando el expediente esté al despacho para proferir sentencia. De hecho, en el procedimiento civil no ha sido una facultad sino una obligación, como copiosamente lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

En efecto, el decreto de pruebas de oficio por parte del director del proceso o de la actuación administrativa no es solo una facultad, sino que también es un deber, regido por el fin trascendental de este tipo de procedimientos, que es la búsqueda de la verdad. Falta a su deber el funcionario judicial o administrativo que debiendo decretar pruebas de oficio, se abstiene de ello, incluso, tal conducta ha sido catalogada por la jurisprudencia como una actuación del juez constitutiva de vía de hecho.

Tanto es así que el artículo 170 del Código General del Proceso, que modificó el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, estableció que *“el juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de controversia”* (negrilla fuera de texto). De esta manera, es evidente que el decreto de pruebas de oficio, antes que ser una facultad (que claramente lo es), debe ser concebida como un deber del juez o investigador, encaminada a su responsabilidad última de encontrar la verdad y ante la necesidad de esclarecer los hechos objeto de la actuación judicial o administrativa. En este sentido, tampoco es verdad que al existir dudas por esclarecer, la opción sea necesariamente proponer el archivo de la investigación, pues si el funcionario cree que decretando pruebas de oficio puede esclarecer tales dudas estará obligado decretarlas, para posteriormente tomar la decisión que corresponda.

En relación con lo anterior, la Corte Constitucional tiene ya una jurisprudencia decantada en relación con la facultad-deber de los jueces al momento de decretar pruebas de oficio.

Al respecto, por ejemplo, indicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-565 de 2016 que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

En esa medida, el juez del Estado Social de Derecho se le ha encomendado la tarea primordial de la búsqueda de la verdad, la cual se vincula directamente con la prueba de oficio, en tanto constituye un instrumento esencial para que el juez reconstruya la situación fáctica del proceso, ya sea porque no existe claridad respecto de los elementos probatorios alegados por las partes, o porque la controversia procesal carece de un medio probatorio necesario para una decisión justa que garantice el derecho sustancial.

39. Para cumplir con dicha tarea el juez ostenta poderes oficiosos, los cuales han sido reconocidos por los diversos estatutos procesales. En el Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970) y recientemente en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se dispone que el juez puede decretar pruebas de oficio cuando las considere "útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes"

Ahora bien, según la jurisprudencia de esta Corte, *el decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal, el cual debe desplegar oficiosamente cuando: (i) a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios probatorios que estas presenten surja en el funcionamiento la necesidad de esclarecer aspectos oscuros de la controversia; (ii) la ley le marque un claro derrotero a seguir; (iii) existan fundadas razones para considerar que su inactividad conllevaría una decisión atojada de la justicia material. Con todo, en el ejercicio de esas facultades debe cuidarse de no promover o avalar la negligencia e mala fe de las partes.*

(...)

Al respecto, recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que:

"... la facultad-deber de decretar probanzas oficiosas, si bien no tiene como cometido suplir las deficiencias probatorias atribuibles a las partes, necesariamente requiere ser vista como la oportunidad de los jueces para orientar el debate en procura de que sus decisiones en verdad satisfagan la función constitucional que les es encomendada..." (.) En otras palabras, aquella es una valiosísima herramienta que ha de servir al compromiso de apropiarse de la mayor cantidad de elementos de juicio posibles con el fin de hallar la verdad histórica de lo sucedido, y así resolver las controversias de la manera más acertada posible, de cara a cumplir con el mandato constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial.

*En síntesis, el decreto oficioso de pruebas, en materia civil, no es sólo una atribución o facultad potestativa del juez, sino que también constituye un verdadero deber legal, que ejercen los funcionarios judiciales para lograr el adecuado entendimiento de los hechos debatidos y, en esa medida, poner fin a los conflictos con la mayor convicción posible y la justicia material.*¹⁵³ (Negritas y subrayas fuera de texto)

Sobre el particular se resalta que, tanto las resoluciones mediante las cuales se decretaron las pruebas de oficio como la Resolución Sancionatoria, al responder los argumentos de los investigados, indicaron que, además del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado y adicionado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, en concordancia con las funciones del Superintendente Delegado previstas en el artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, el fundamento del decreto oficioso de pruebas se encontraba en el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil que establece que "podrán decretarse pruebas de oficio en los términos probatorios de las instancias y de los incidentes y posteriormente, antes de fallar".

Al respecto se aclara que tanto el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 170 del Código General del Proceso solo confirman la interpretación del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado y adicionado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, que tanto desde una lectura exegética como desde una interpretación sistemática —que tenga en cuenta las finalidades de la fase de instrucción— permite concluir que el Delegado tiene la facultad de decretar pruebas de oficio, aun después de practicada la audiencia de argumentación verbal. Por lo tanto, su aplicación es adecuada y pertinente, y sobre ella no cabe ni siquiera la más mínima duda para este Despacho.

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Por su parte, la mención realizada respecto del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil (hoy artículo 170 del Código General del Proceso) se hizo en consideración de que fue también con base en esa norma que se justificó expresamente el decreto de pruebas. En efecto, en la Resolución No. 92176 de 2015 se indicó como fundamento legal del decreto oficioso de pruebas "los artículos 52 del Decreto 2153 de 1992 y 180 del C. de P. C." Por lo que el argumento de los recurrentes resulta impertinente.

Finalmente, sobre el reproche de ARGOS según el cual se omitió incluir el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) en el análisis realizado en la Resolución Sancionatoria, se aclara que la "omisión" se dio justamente por la explicación que se hizo líneas atrás, relativa a que las normas especiales aplicables a este procedimiento facultaban por sí mismas al Delegado para decretar las pruebas de oficio objeto de inconformidad de ARGOS.

- Sobre la ausencia de trascendencia de la nulidad por debido proceso propuesta por los investigados

En este punto se reiterará por qué no existe violación sustancial, real del derecho de contradicción de los investigados, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, conforme con el principio de trascendencia que ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de señalar lo siguiente:

"Realmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, para no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto

(...)

Además, toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si ésta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del vicio, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala"¹²⁴ (Subraya y destacado fuera de texto).

En este caso, los investigados nunca expresaron cuáles eran las consecuencias ciertas que supuestamente padecieron por esa causa, valga decir, la afectación real derivada del decreto de pruebas de oficio por parte del Delegado con el fin de recabar la información necesaria para encontrar la verdad material. Al respecto, se señaló en la Resolución Sancionatoria que los investigados no debieron limitarse a afirmar la imposibilidad de aportar pruebas, como lo hicieron en su solicitud, sino que debían señalar cuáles de ellas, de haberse aportado o solicitado y de haber tenido realmente la voluntad de hacerlo, hubiesen cambiado la suerte del proceso.

Así mismo, se resató que en esta investigación no se ha recibido la primera solicitud de los investigados en la que indiquen qué pruebas considerarían pertinentes, conducentes y necesarias para contradecir las decretadas de oficio mediante las Resoluciones No. 29176 de 2015 y 29148 de 2017. De hecho, con sus observaciones al Informe Motivado, tanto HOLLIM como ARGOS solicitaron el decreto de diversas pruebas, incluso cuando tenían certeza de que esta no era una oportunidad para hacerlo, sin hacer referencia a que su solicitud estuviera relacionada con la contradicción de las pruebas decretadas mediante las Resoluciones No. 29176 de 2015 y 29148 de 2017. Dicha circunstancia confirma que no existió ningún daño ni afectación real al debido proceso de los investigados, pues pasados dos años desde la primera resolución que decretó las pruebas de oficio, los investigados no han podido enunciar siquiera qué pruebas debieron decretarse para ejercer su derecho de contradicción.

Sobre estas afirmaciones realizadas en la Resolución Sancionatoria, ARGOS indicó en su recurso de reposición que "las consecuencias de haber decretado pruebas de oficio con posterioridad a la audiencia de alegaciones de cierre sí han sido expresadas" y que estas estaban fundadas en la

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de octubre de 2001. Proceso No. 1503.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adaptan otras disposiciones"

incorporación irregular y tardía de medios de prueba que, bajo una inadecuada valoración por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, sustentaron la decisión sancionatoria.

Este argumento tiene dos defectos: el primero es que es un argumento circular, pues el investigado indica que la consecuencia del decreto de oficio 'irregular' es que se decretaron de manera irregular las pruebas, es decir que, puesto en términos de silogismo, 'a consecuencia de "A" es "A"'. El segundo defecto es que presenta como consecuencia una circunstancia ajena al decreto de las pruebas, así, indica que la consecuencia del decreto 'irregular' de pruebas es su 'inadecuada valoración', cuando el decreto y la valoración son dos momentos procesales distintos e independientes en el *iter* probatorio.

Ahora bien, ARGOS añadió que era 'evidente' que la solicitud de pruebas formulada en sus observaciones al Informe Motivado tenía como propósito controvertir las pruebas decretadas de manera extemporánea por parte de esta Superintendencia y que 'salta a la vista' la relación de cada una de ellas con las decretadas oficialmente.

Al respecto, este Despacho llama la atención sobre la afirmación de ARGOS, que otra vez carece de sustento, pues resulta —por lo menos— extraño que si era tan obvia e importante la relación entre las pruebas solicitadas y las decretadas de oficio por el Delegado, el recurrente no lograra siquiera dar un ejemplo de una prueba solicitada con ese propósito.

En todo caso, y en gracia de discusión, si para el recurrente la supuesta afectación se materializaba en la falta de valoración de las pruebas solicitadas en las observaciones al Informe Motivado, entonces esa materialización no sería más que teórica, pues aun cuando esas pruebas no se decretaron formalmente en la Resolución Sancionatoria (por resultar improcedente su solicitud), fueron decretadas e incorporadas formalmente al Expediente mediante Resolución No 2163 de 17 de enero de 2018 y fueron valoradas bajo las reglas de la sana crítica en el presente acto administrativo. Por lo tanto, aun si se acogieran los argumentos de ARGOS, no existiría afectación alguna a debido proceso de los recurrentes.

Sin perjuicio de lo anterior, ARGOS y algunas personas naturales manifestaron, en los escritos presentados con posterioridad al decreto de pruebas en la fase correspondiente al recurso de reposición, que las pruebas solicitadas y aportadas en sus observaciones al Informe Motivado resultaban pertinentes, conducentes y útiles, tanto así que el Despacho las decretó de oficio mediante Resolución No 2163 de 17 de enero de 2018. Indicaron que, como consecuencia de no haberse valorado todas las pruebas antes de la expedición de la Resolución Sancionatoria, la recomendación del Consejo Asesor de Competencia y tal acto administrativo quebrantaron el derecho de defensa de los recurrentes, *"in que de por sí es suficiente para proceder a revocar de inmediato la resolución en comento"*.

Al respecto, el Despacho reitera lo señalado en el numeral 8.7. de la Resolución Sancionatoria en el sentido de que el término para presentar observaciones al Informe Motivado no está previsto en la ley como una nueva oportunidad para pedir y aportar pruebas. Por lo anterior, mal podría concebirse como una violación del debido proceso que el Despacho, en una actitud claramente garantista previo a decidir el recurso de reposición, decida de oficio decretar algunas pruebas que interesan a los investigados, todo con el fin de tenerlas en cuenta al momento de resolver los recursos de reposición interpuestos por ellos.

Por último, en relación con la supuesta irregularidad del trámite por no haberse practicado una (1) sino dos (2) veces la audiencia de argumentación verbal, se reitera que si bien la norma prevé que la audiencia se citará por una sola vez, ello no obsta para que bajo determinadas circunstancias el Delegado pueda citarla en más oportunidades. En este caso, citar por segunda vez a audiencia asegura y refuerza la garantía del derecho de defensa de los investigados, por lo cual mal podría considerarse esta segunda citación como una irregularidad del proceso. Finalmente, este argumento no resiste ni el más flexible de los tests de afectación real de los derechos de los investigados, pues nada de ilegal o violatorio del debido proceso puede tener el hecho de adelantar una audiencia cuya finalidad es única y exclusivamente, oigase bien, que los investigados presenten sus alegaciones. Dicho de otra manera, es una audiencia prevista en beneficio de los investigados que busca concederles más garantías procesales.

Sobre este argumento expuesto en la Resolución Sancionatoria, ARGOS indicó en su recurso que *"nada dijo la Resolución sobre la imposibilidad material de utilizar esta segunda audiencia para que*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

mi representada ejerciera realmente su derecho de defensa y contradicción frente a las pruebas decretadas oficiosamente, en la medida en que ni se precisó el objeto de las mismas dentro de la investigación, ni se le permitió a mi representada solicitar nuevas pruebas para controvertir aquellas".

En relación con esta apreciación se insiste en que no es cierto, como sir fundamento vuelve a alegar ARGOS, que las resoluciones de pruebas no estuvieran motivadas, como se puede evidenciar con la simple lectura de las Resoluciones No. 29176 de 2015 y 29148 de 2017.

Además, resulta increíble que ARGOS argumente que no se motivó el decreto de pruebas cuando, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, se evidenció que solo hasta el decreto de pruebas de la Resolución No. 29176 de 2015, se logró que ARGOS entregara la información completa de precios que se había negado a entregar desde 2012 y que, además, la motivación de la Resolución No. 29148 de 2017 tuvo como principal sustento las inconsistencias encontradas en la información de exportaciones reportada por esta investigada.

Adicionalmente, no es cierto que este Despacho no se hubiera pronunciado sobre el efectivo ejercicio del derecho de contradicción de ARGOS, pues por el contrario, se indicó que ARGOS pudo pronunciarse sobre todos los hechos y pruebas en la audiencia verbal practicada después del decreto de pruebas de oficio, en sus observaciones al Informe Motivado y ahora en su recurso de reposición, así como a través de las pruebas allegadas al Expediente en ambas oportunidades que fueron decretadas de oficio por el Despacho.

Por todo lo expuesto, al haberse comprobado que el Delegado sí tenía competencia para decretar las pruebas de oficio en la oportunidad que lo hizo y que dicho decreto no implicó daño o perjuicio alguno para los investigados, se rechazarán —nuevamente— los argumentos presentados sobre el particular. En consecuencia, se rechazará igualmente la solicitud de nulidad mencionada anteriormente.

4.10. Argumentos relacionados con un supuesto desconocimiento de los "contraindicios" y una aparente valoración equivocada de las pruebas

Según lo manifestado por MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ (HOLCIM) y JAIME ANTONIO HILL TINOCO (HOLCIM) la Resolución Sancionatoria señaló que aunque se había demostrado que ellos lideraron y participaron en una serie de conductas competitivas, esta Superintendencia había encontrado que hubo otros casos en los que se demostró la existencia de conductas anticompetitivas (incluso con dilaciones) que han convivido con conductas competitivas. Esto quiere decir que la Superintendencia de Industria y Comercio considera como prueba de la existencia de un comportamiento anticompetitivo, el hecho de que en otros procesos hubo también contraindicios. A su parecer, esto resulta ilegal, injusto y violatorio de la presunción de inocencia.

En la misma línea manifestaron que, particularmente en este caso, en el que la supuesta existencia del elemento consciente se fundamenta en una serie de pruebas circunstanciales de supuestas conductas cooperativas, es grave que se rechacen las pruebas de hechos que demuestran actos competitivos (es decir, los contraindicios). Sobre el particular, aseguraron que la vez por la celeridad con la que la Superintendencia de Industria y Comercio tomó la decisión, debido a la proximidad de la caducidad de la facultad sancionatoria, los contraindicios no fueron analizados con el rigor exigido.

Finalmente ambos manifestaron que, como Directores Comerciales de HOLCIM, participaron activamente de diferentes proyectos tendientes a expandir la capacidad de producción de la compañía y a incentivar las ventas, por lo cual no se entiende cómo personas que toleran un acuerdo de precios se dedican a proyectos de esta naturaleza con el fin de ganar mercado y competir.

Respecto de estos argumentos es pertinente aclarar de entrada que esta Superintendencia nunca catalogó como "prueba" el hecho que en otros procesos diferentes hubo comportamientos anticompetitivos y a la vez contraindicios. Lo que se afirmó en la Resolución Sancionatoria es que la sola existencia de actos competitivos no desvirtúa la existencia de infracciones a régimen de libre competencia —lo que sucede, por ejemplo, en un caso de violencia intrafamiliar donde los actos afectivos y socialmente aceptables del sujeto denunciado no necesariamente desvirtúan de plano el delito—.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Para respaldar este criterio, la Autoridad simplemente señaló a manera de ejemplo, ciertos casos en los que se han presentado comportamientos anticompetitivos –incluso reconocidos y delatados mediante el Programa de Beneficios por Colaboración–, que han concurrido con otros comportamientos legales y acordes a derecho. Esto, para demostrar que aunque un agente económico promueva la libre competencia, ello no descarta el hecho de que en ocasiones la transgreda.

En línea con lo anterior, es preciso aclarar que los contraindicios no adquieren relevancia por su sola existencia, sino por la efectiva potencialidad que tengan de desvirtuar o reducir los análisis, valoraciones e interpretaciones realizadas por el juzgador. Así las cosas, considerando que en la presente actuación administrativa ninguna de las explicaciones dadas por los investigados (incluidas las pruebas de ciertos comportamientos competitivos) logró desvirtuar las acusaciones hechas por esta Entidad, es posible afirmar que los contraindicios alegados por los investigados sancionalmente no tuvieron la fuerza suficiente para revertir las conclusiones alcanzadas y verificadas por esta Superintendencia.

Además, si bien es cierto que la Resolución Sancionatoria se apoyó en gran medida en pruebas circunstanciales, también lo es que se advirtió que tales evidencias eran graves, concordantes y convergentes, en la medida en que apuntaron comúnmente a un ambiente de colaboración entre competidores y confluyeron con un hecho económicamente demostrado, que fue el paralelismo de precios. La aclaración es importante ya que la jurisprudencia colombiana ha reconocido que las evidencias circunstanciales e indiciarias tienen total fuerza probatoria, especialmente cuando en su análisis se identifica su relevancia y concatenación se advierte su consonancia con los restantes elementos probatorios que obran en el Expediente y, como se señaló anteriormente, no existen contraindicios que las desvirtúen¹⁵⁵.

Por ende, no debe perderse de vista que las pruebas recaudadas y tenidas en cuenta para fundamentar la Resolución Sancionatoria fueron analizadas de manera conjunta, de forma tal que articuladamente dieron cuenta de un ambiente de cooperación y de un propósito de no competir (elemento consciente de la conducta investigada). La relevancia de tal articulación probatoria estuvo dada por su concomitancia con el paralelismo de precios demostrado económicamente y por ciertos elementos de contexto bastante particulares: (i) que el mercado afectado en la investigación contiene todas las condiciones económicas que lo convierten en altamente propenso a la cartelización, (ii) que sus participantes principales y ahora investigados ostentan un extenso historial de antecedentes sancionatorios por violación del régimen de la libre competencia económica y especialmente, (iii) que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo y de la manera como fijan los precios. Así las cosas, los contraindicios de comportamientos competitivos puntuales alegados por los investigados no tuvieron la entidad suficiente para desvirtuar las conclusiones de la Autoridad.

En virtud de lo expuesto, el Despacho concluye que el argumento no tiene lugar y lo rechaza por improcedente.

Por último, es preciso poner de presente algunos argumentos planteados por los investigados que dan cuenta de una aparente apreciación equivocada de las pruebas y los indicios por parte de esta Superintendencia.

ARGOS sostuvo que en el Informe Motivado se hizo caso omiso de todas las pruebas practicadas y allegadas en la fase de instrucción, a las cuales la Delegatura no les asignó ningún mérito probatorio toda vez que no solo las pretermitió, sino que, en su lugar, decidió formular sus recomendaciones con base en conjeturas, especulaciones, presunciones y documentos allegados a última hora que se esgrimieron de manera sorpresiva. En el mismo sentido, **HOLCIM** sostuvo que el hecho de que una misma autoridad sea la que investigue y juzgue hace bastante difícil que los argumentos de los investigados sean aceptados o simplemente analizados, pues cuando el investigado afirma algo y realiza análisis económicos para soportarlos, la Superintendencia de Industria y Comercio considera que esos análisis no son suficientes y los descarta sin siquiera controvertirlos.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 31 de julio de 2014, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda, Radicación No. 11001-3123-015-2008-00107-01

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Así mismo, **HOLCIM** señaló que las razones por ellos expuestas no tienen ningún valor para esta Superintendencia y *"fueron despachadas con frases de cajón"* y que esta Autoridad se *"limitó a copiar el Informe Motivado y resolvió el caso sin detenerse a analizar los argumentos propuestos y sin controvertir de fondo los estudios presentados"* lo cual, en opinión del recurrente, hace nugatorio su derecho de defensa.

Respecto de estos argumentos el Despacho reitera que todo el acervo probatorio obrante en el Expediente fue estudiado en su integridad, y que incluso, de no ser así, esta Autoridad no habría tomado la decisión de archivar dos (2) de las tres (3) conductas imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, y no habría tampoco tomado la decisión de exonerar a algunos sujetos investigados.

Vale la pena resaltar que el Informe Motivado había recomendado sancionar todas las conductas imputadas desde el inicio de la actuación y tener en cuenta ciertas pruebas que el Despacho posteriormente valoró de manera diversa, o que incluso, decidió descartar. Lo anterior es muestra de que no es cierto que la Resolución Sancionatoria sea una simple copia del Informe Motivado, y demuestra lo garantista que resulta el hecho de que las actuaciones por infracciones al régimen de libre competencia estén separadas en su fase instructiva y decisoria en esta Superintendencia, y da cuenta también del efectivo estudio que se hace de los argumentos esgrimidos por los investigados en cada una de estas etapas.

Sin embargo, es importante advertir que el procedimiento aplicable a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no fue elaborado por la Superintendencia de Industria y Comercio sino que corresponde con lo que al respecto ha dispuesto el Legislador, motivo por el cual, cualquier crítica que sobre él se realice sea por completo del objeto de la presente actuación.

Con todo, es preciso advertir que este procedimiento es quizás de los procedimientos administrativos sancionatorios más garantistas previstos en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que: (i) en un primer momento actúa el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia durante la fase preliminar y de investigación; (ii) posteriormente y una vez agotada la fase investigativa, pasa al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio para que adopte la decisión definitiva; (iii) en caso de que se considere la posibilidad de sancionar, interviene el Consejo Asesor de Competencia, conformado por cinco (5) personas independientes del Superintendente de Industria y Comercio, y que son nombradas directamente por el Presidente de la República; y (iv) si el Superintendente de Industria y Comercio se quiere apartar del consejo emitido por el Consejo Asesor de Competencia, así lo debe manifestar expresamente, indicando las razones para ello.

En conclusión, el procedimiento aplicado a la presente actuación administrativa no solo es el consagrado en el ordenamiento jurídico, sino que contrario a lo manifestado por los recurrentes, es absolutamente garantista.

Ahora bien, el hecho de que no todas las pruebas allegadas hayan sido citadas en la Resolución Sancionatoria no da cuenta de una pretermisión, evasión o falta de valoración por parte de la Autoridad, sino precisamente de una labor interpretativa exhaustiva e integral que se preocupó por analizar y resaltar especialmente aquellas evidencias que, en efecto, contribuían al esclarecimiento de los hechos.

En este punto, vale la pena reiterar lo dispuesto en la Hoja No. 163 de la Resolución Sancionatoria¹⁵⁶ en lo que concierne al principio de valoración integral, en virtud del cual la Autoridad debe investigar tanto lo desfavorable como aquello que beneficie al investigado y que demuestre su inocencia de los cargos imputados. Por consiguiente tal y como se ha dispuesto reiteradamente en la doctrina de esta Entidad, el principio en mención no puede implicar una valoración obligatoriamente favorable de todas las pruebas aducidas por los investigados, especialmente cuando existen otras que demuestran su responsabilidad. En la misma línea, se reitera que es extensa la jurisprudencia sobre la autonomía del juzgador para valorar las pruebas obrantes en el expediente, lo que le da la facultad para apoyar su decisión en un grupo de pruebas y desestimar las restantes.

¹⁵⁶ Folio 3952 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Por todo lo expuesto, es claro que la acusación infundada de **HOLCIM** según la cual esta Superintendencia descartó los argumentos de los investigados con "frases de cajón" es completamente falsa. En virtud de lo anterior, se rechaza el argumento por su improcedencia.

Por su parte, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA (CEMEX)** sostuvo que todas las conclusiones de esta Entidad se han basado en conjeturas y han sacado de contexto documentos y evidencias perfectamente explicables, llegando a extremos absurdos como el de utilizar la mera participación en una asociación como indicio de un cartel empresarial. En la misma línea, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (ARGOS)**, **INGRID RESTREPO LIBREROS (ARGOS)** y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (ARGOS)** afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio partió de presunciones, conjeturas y especulaciones insuficientes para emitir sanción en su contra.

CARLOS JACKS CHAVARRÍA (CEMEX) también sostuvo que de manera arbitraria y sin hacer un análisis en conjunto con base en la sana crítica y con un criterio de certeza más allá de toda duda razonable, violando el derecho fundamental al debido proceso y con base en especulaciones (que no son indicios), el Superintendente de Industria y Comercio concluyó que **CEMEX** integró un cartel empresarial, conformó un mecanismo de seguimiento de precios (*tracking*) para vigilar el comportamiento de las empresas supuestamente cartelizadas y se ocultó con las demás empresas líderes para acordar la fijación de los precios del cemento gris Portland tipo 1.

Así mismo, el investigado sostuvo que esta Superintendencia hizo un uso indebido del indicio, dado el muy poco bagaje probatorio recaudado. Dispuso que a pesar de los esfuerzos de orden económico, las evidencias no llevan a las conclusiones que forzosamente la Autoridad pretende alcanzar, ni eliminan la duda razonable que podría existir. Precisamente en virtud de esa duda razonable, considera que debe revocarse y archiversse la presente investigación.

Sobre estos argumentos el Despacho aclara que, contrario a lo manifestado por los investigados, todas las conclusiones se han basado en pruebas ciertas, las cuales, se reitera, han provenido casi en su totalidad de los propios investigados, han apuntado mancomunadamente a un ambiente de colaboración y han confluído con un paralelismo de precios económicamente demostrado.

Cabe anotar también que esta Entidad se ha preocupado por hacer una apreciación razonada del acervo probatorio, apoyada en la lógica, la sana crítica y las reglas de la experiencia de esta Autoridad. Precisamente en razón de ello, esta Superintendencia ha concatenado las pruebas citadas en la Resolución Sancionatoria para derivar de ello el elemento consiguiente, ha utilizado diferentes mecanismos económicos para demostrar fehacientemente el paralelismo de precios imputado y se ha preocupado por enmarcar todos los hallazgos en un contexto con características especiales y determinadas. Por ende, resulta infundada y carente de sensatez la apreciación según la cual esta Superintendencia se ha apoyado en simples "conjeturas" para llegar a conclusiones a lo largo de la presente actuación.

Además, es preciso poner de presente que en la Resolución Sancionatoria nunca se utilizó la mera participación en una asociación como indicio de un cartel empresarial y tampoco se emitió juicio de reproche alguno en relación con el mecanismo de seguimiento de precios (*tracking*) que utilizan las empresas en su cotidianidad comercial. Estas afirmaciones dejan ver que lo que resulta absurdo no son las conclusiones de esta Autoridad sino el hecho de que los investigados se valgan de argumentos falaces y alejados de la realidad para sostener su defensa a como dé lugar.

Por lo demás, se reitera que la demostración de conductas anticompetitivas no se apoya en aspectos numéricos, por lo cual el bagaje probatorio no se mide en términos de cantidad sino en virtud del contenido, sustento y relevancia de las evidencias. En consonancia con lo anterior, considerando que en este caso todas las pruebas y elementos de contexto apuntaron mancomunadamente a la existencia de un acuerdo de precios concretado en la modalidad de paralelismo consciente, teniendo en cuenta además que ninguna de las explicaciones rendidas por los investigados pudo desvirtuar tal comportamiento anticompetitivo, y poniendo de presente que incluso algunas de las defensas se apoyaron en argumentos imprecisos y falaces, es posible afirmar que las conclusiones alcanzadas, antes que forzadas o apoyadas en un bagaje probatorio débil, devienen de un trabajo interpretativo lógico, riguroso y serio, que elimina cualquier duda razonable por parte de esta Autoridad. En virtud de lo expuesto, los argumentos no tienen lugar.

Adicionalmente, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA (CEMEX)** sostuvo que esta Superintendencia, para llegar a sus conclusiones con base en indicios e inferencias, ha debido tener plena prueba de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

los hechos indicadores (los cuales no se expusieron), demostrar en su análisis lógico y de valoración que los hechos probados tenían significación respecto del hecho investigado y realizar juicios de valor considerando todo el material probatorio (no haciendo valoraciones parciales o basadas en probabilidades).

En la misma línea, sostuvo que para que los indicios gocen del poder vinculante necesario para dar por cierto un hecho desconocido, deben cumplir estrictamente con ciertos elementos, como estar debidamente probados, ser sometidos a un análisis crítico, ser independientes, ser varios en caso de ser contingentes y ser concordantes para poder producir un todo coherente.

Sobre el particular, esta Superintendencia simplemente remite al investigado a lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria en relación con: (i) el paralelismo de precios económicamente demostrado y la información de contexto en la que se circunscribió la actuación (hechos indicadores) (ii) el análisis crítico de los variados elementos probatorios que dieron cuenta de un ambiente de colaboración y de abstención de competir; y (iii) los juicios de valor integrales que se expusieron al finalizar cada una de las evidencias analizadas. Considerando que estos elementos fueron debidamente desarrollados en la decisión de sanción y reforzados en la presente resolución, el argumento se rechazará por improcedente.

4.11. Argumentos relacionados con el Consejo Asesor de Competencia

ARGOS y las personas naturales vinculadas con esta empresa, esto es, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (ARGOS), INGRID RESTREPO LIBREROS (ARGOS) y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (ARGOS), solicitaron en las observaciones al Informe Motivado en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Sancionatoria y en comunicaciones adicionales, una audiencia ante el Consejo Asesor de Competencia para exponer sus argumentos y las razones de su defensa. En relación con esta solicitud, los investigados manifestaron que esta Superintendencia no emitió pronunciamiento alguno.

Sobre el particular, este Despacho considera relevante aclarar, de entrada, que esta Entidad no ha accedido a esta petición de los investigados toda vez que la audiencia solicitada no está contemplada en la normativa actualmente aplicable a las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia. Así las cosas, la solicitud resulta improcedente por carente de sustento legal y, por ende, no puede ser aceptada por esta Autoridad.

Adicionalmente, ARGOS y las personas naturales vinculadas con esta empresa argumentaron que no pudieron consultar el acta de la reunión del Consejo Asesor porque la solicitud para ello debía ser respondida dentro del término del derecho de petición, el cual se cumplía mucho tiempo después del término para presentar el recurso de reposición. En razón de ello, estos investigados sostuvieron que no les fue posible determinar qué dijo o conceptuó el Consejo Asesor sobre el tema ni conocer si asistieron a la sesión todos sus miembros.

En relación con este argumento, es preciso aclarar de entrada que todas las solicitudes de copias son tramitadas por el Grupo de Notificaciones y Certificaciones de esta Superintendencia de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1755 de 2015, la cual efectivamente regula el derecho fundamental de petición. Incluso, el comunicado radicado con el No. 17-412392-0 de 13 de diciembre de 2017, mediante el cual se hizo la solicitud de copias, así lo reconoció expresamente.

Pues bien, según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta con diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la petición para informar el costo de las copias solicitadas, y otorga un (1) mes a los solicitantes para realizar el pago correspondiente⁵⁷. Para emitir las copias solicitadas, la Autoridad cuenta con diez (10) días

⁵⁷ Ley 1755 de 2015 "Artículo 17. Peticiones incompletas y desistimiento tácito. En virtud del principio de eficacia, cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta o que el peticionario deba realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, y que la actuación pueda continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes

(...)" (Subrayas fuera del texto).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

hábiles contados a partir de la recepción del pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la citada ley¹⁵⁸.

En este caso en particular, la solicitud de copia del acta del Consejo Asesor por parte de ARGOS tuvo lugar el 13 de diciembre de 2017 y fue debidamente respondida el 27 de diciembre del mismo año es decir, nueve (9) días hábiles después. De lo anterior se colige que la respuesta a su solicitud se dio dentro del término, y sobre el particular, esta Autoridad resalta que no existe falta alguna por el hecho de que el Grupo de Notificaciones y Certificaciones atienda las solicitudes de copias en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la normatividad que rige la materia.

Ahora bien, en relación con el argumento según el cual los investigados no pudieron conocer oportunamente qué dijo o conceptuó el Consejo Asesor sobre la investigación (debido a que los tiempos que tenía esta Entidad para responder el derecho de petición excedían el que tenía el investigado para interponer su recurso de reposición), vale a pena advertir que esta afirmación es falsa, pues la Resolución Sancionatoria dispuso expresamente lo siguiente:

"SEXTO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 30 de noviembre de 2017 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual recomendó por unanimidad sancionar a ARGOS, CEMEX y HOLCIM y a las personas naturales a los que se referirá la parte resolutoria de este acto administrativo, por la infracción del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios). Por su parte, recomendó exonerar o archivar la investigación respecto de esta conducta en favor de SAN MARCOS y TEQUENDAMA y las personas naturales investigadas vinculadas a dichas empresas.

*Adicionalmente, el Consejo Asesor de Competencia recomendó exonerar o archivar la investigación en favor de todos los investigados en relación con la presunta infracción del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores), así como del artículo 1 de la Ley 155 de 1995 (prohibición general)"*¹⁵⁹.

Así las cosas, desde que se expidió la Resolución Sancionatoria los investigados conocieron con precisión qué fue lo que conceptuó o recomendó el Consejo Asesor de Competencia en lo que respecta a la presente investigación. Considerando que el acta no es otra cosa que una constancia de la realización de tal sesión del Consejo Asesor de Competencia y su respectivo consejo al Superintendente, es posible afirmar que independientemente de que los investigados contaran o no con la copia de este documento, pudieron conocer oportunamente los resultados de dicha reunión (recomendación unánime de imponer sanción), pues estos fueron dados a conocer desde la expedición de la Resolución Sancionatoria. Así, esta puesta en conocimiento les dio a los investigados los fundamentos suficientes para referirse a tal recomendación del Consejo Asesor en su recurso de reposición, si así lo estimaban pertinente.

Incluso, conocer si asistieron o no todos los miembros del Consejo Asesor resultaba irrelevante para estructurar la defensa del investigado, ya que si la sesión tuvo lugar fue precisamente porque existió quórum deliberatorio y decisorio para tal efecto.

Así las cosas, no hubo vulneración alguna del derecho de defensa de los investigados por el hecho de expedir la copia del acta del Consejo Asesor de Competencia dentro de los términos que dispone la ley, ni circunstancia que apremiara una gestión más expedita o especial por parte de esta Autoridad en este sentido. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

Por su parte, HOLCIM afirmó que, según consta en el acta de Consejo Asesor, la reunión que se llevó a cabo en el presente caso solamente contó con la asistencia de tres (3) de los cinco (5)

¹⁵⁸ Ley 1755 de 2015. "Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. (...) Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones.

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

(...). (Subrayas fuera de texto)

¹⁵⁹ Folio 3890 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente

"Por la cual se neciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

miembros que, por disposición legal conformar este órgano consultivo. Además, los impedimentos presentados por algunos de ellos fueron resueltos por los otros miembros del Consejo Asesor, sin que exista norma alguna que les otorgue esa facultad. Lo anterior, a su parecer, hace que este proceso esté viciado, por nulidad.

Pues bien, para responder este argumento es preciso poner de presente lo que dispone el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 en relación con el Consejo Asesor de Competencia, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 25. Consejo Asesor. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos

()

2. Para la imposición de las multas previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, por incurrir en alguna de las conductas consideradas como restrictivas de la competencia previstas en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 o cualquier otra disposición especial en la materia, así como por el incumplimiento del deber de informar una operación de integración empresarial.

(...)

Los miembros del Consejo Asesor estarán sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero.

(...)

Como puede observarse, el artículo citado establece la manera en que deberá integrarse el Consejo Asesor de Competencia como órgano auxiliar de carácter consultivo del Superintendente de Industria y Comercio, y de ninguna manera incorpora un reglamento sobre el funcionamiento del Consejo Asesor de Competencia del cual pueda desprenderse, como lo pretende el investigado, que todas y cada una de las sesiones de este órgano deban adelantarse con los cinco (5) miembros que lo conforman.

Una interpretación en tal sentido iría en contra de la lógica de funcionamiento de todos los cuerpos colegiados como el Congreso de la República, los altos Tribunales de Justicia del país, las Juntas Directivas, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, las Asambleas de Accionistas o las Juntas de Socios, entre otras, por cuanto exigir la presencia del 100% de los miembros para el 100% de las reuniones que pretendan adoptar el 100% de las decisiones implicaría, en la práctica, la parálisis en sus actividades, con lo cual incluso se desconocería la posibilidad de que se presenten casos como incapacidades médicas, conflictos de intereses, impedimentos, ausencias por razones personales, por citar algunos ejemplos.

En definitiva, las reglas de la experiencia indican que los cuerpos colegiados en todos los casos funcionan con quórum deliberatorios y decisorios. De esta manera, se entiende que aun cuando no esté presente el 100% de los miembros que lo conforman, el cuerpo colegiado podrá en todo caso sesionar, deliberar y decidir, siempre que exista el quórum respectivo.

Ahora bien, respecto de la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 30 de noviembre de 2017, que versó exclusivamente sobre la investigación que ahora nos ocupa, es posible advertir que en ella estuvieron presentes la mayoría de sus miembros (3 integrantes) y que la recomendación de sanción que estos emitieron fue tomada por unanimidad, tal y como consta en la respectiva Acta No. 65 del Consejo Asesor de Competencia.

Adicionalmente, debe destacarse que la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 30 de noviembre de 2017 no es la única ocasión en la historia de dicho Consejo en que se

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

ha reunido, deliberado y emitido una recomendación con menos de sus cinco (5) integrantes. En efecto, como se observa en el siguiente cuadro, de las 66 sesiones del Consejo Asesor celebradas desde 1999 hasta la fecha de expedición del presente acto administrativo, solamente cinco (5) reuniones han sido sostenidas con la presencia de los cinco (5) miembros que forman parte de tal Consejo. En el resto de situaciones, el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado con la presencia de algunos de sus miembros, mas no con la presencia de la totalidad de sus miembros.

Así, el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado en 30 ocasiones con tres (3) miembros, al paso que se han celebrado 31 sesiones con cuatro (4) miembros. En resumen, el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado en 66 ocasiones y el número de miembros por número de reunión ha tenido variación, tal y como se muestra a continuación.

Tabla No. 4. Número de miembros participantes por número de reuniones del Consejo Asesor de Competencia

NÚMERO DE MIEMBROS PARTICIPANTES	NÚMERO DE REUNIONES	PORCENTAJE
Con 1 miembro	0 reuniones	0%
Con 2 miembros	0 reuniones	0%
Con 3 miembros	30 reuniones	45%
Con 4 miembros	31 reuniones	47%
Con 5 miembros	5 reuniones	8%
Total	66 reuniones	100%

Tabla No. 5. Integrantes por sesión del Consejo Asesor de Competencia

Fecha / Acta del Consejo Asesor	Número de integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 1 del 10 de junio de 1999	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁶⁰
Acta No. 2 del 20 de octubre de 1999	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 3 del 15 de diciembre de 1999	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 4 del 14 de febrero de 2000	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 5 del 2 de noviembre de 2000	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 6 del 21 de marzo de 2001	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 7 del 25 de octubre de 2001	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos ⁶¹
Acta No. 8 del 27 de noviembre de 2001	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 9 del 4 de febrero de 2002	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 10 del 13 de marzo de 2002	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 11 del 28 de mayo de 2002	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 12 del 5 de agosto de 2002	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 13 del 28 de marzo de 2003	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 14 del 1 de septiembre de 2004	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 15 del 15 de septiembre de 2005	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo

⁶⁰ El Consejero ANDRÉS ESCOBAR ARANGO presentó una comunicación en la cual manifestó un conflicto de interés para participar en la sesión del Consejo Asesor del 10 de junio de 1999, que discutió la actuación administrativa que se adelantó en contra de un agente económico del sector de las telecomunicaciones.

⁶¹ El Consejero ANDRÉS ESCOBAR ARANGO se abstuvo de opinar en la sesión del Consejo Asesor de 25 de octubre de 2001, que discutió el caso de IDCT. Lo propio hizo el Consejero GERMÁN OSORIO en dicha sesión para el caso que se debatía en contra de un agente económico del sector de las telecomunicaciones.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Fecha/Acta del Consejo Asesor	Número de Integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 16 del 11 de agosto de 2008	3 Consejeros	1 ausentes	1 impedido ¹⁶²
Acta No. 17 del 5 de septiembre de 2008	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 18 del 10 al 15 de octubre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 19 del 7 de noviembre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 20 del 27 de noviembre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 21 del 19 de enero de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 22 del 20 de febrero de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 23 del 13 al 24 de marzo de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 24 del 28 de agosto de 2009	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 25 del 22 de octubre de 2009	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 26 del 20 de enero de 2010	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 27 del 4 a 10 de junio de 2010	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 28 del 2 de septiembre de 2010	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 29 del 23 de marzo de 2011	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁶³
Acta No. 30 del 7 de junio de 2011	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 31 del 14 de junio de 2011	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 32 del 27 de octubre de 2011	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 33 del 8 de febrero de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 34 del 04 de junio de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 35 del 24 de agosto de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 36 del 29 de enero de 2013	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁶⁴
Acta No. 37 del 14 de junio de 2013	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 38 del 28 de agosto de 2013	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁶⁵
Acta No. 39 del 7 de abril de 2014	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos ¹⁶⁶
Acta No. 40 del 4 de agosto de 2014	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo

¹⁶² El Consejero **GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN** manifestó a posible inhabilidad que tenía para participar en la sesión del Consejo Asesor de 11 de agosto de 2008, que discutió el caso radicado con el No. 04-126607, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó en contra de tres operadores de telefonía móvil celular.

¹⁶³ El Consejero **ANORÉS ESCOBAR ARANGO** se abstuvo de opinar en la sesión del Consejo Asesor del 23 de marzo de 2011, que discutió el caso radicado con el No. 09-122453, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó en contra de algunos agentes del sector de la televisión.

¹⁶⁴ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** presentó su impedimento para participar en la sesión del Consejo Asesor del 29 de enero de 2013, que discutió la investigación radicada con el No. 10-181900, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó contra algunos agentes económicos que participan en el sector eléctrico en Colombia.

¹⁶⁵ El Consejero **JAVIER HUMBERTO GAMBA BENAVIDES** presentó su impedimento para participar en la sesión del Consejo Asesor del 28 de agosto de 2013, que discutió la investigación radicada con el No. 11-137485, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó contra un agente económico del sector de la telefonía móvil celular.

¹⁶⁶ Los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **GUILLERMO PERRY RUBIO** manifestaron su impedimento para participar en la sesión de Consejo Asesor del 7 de abril de 2014, que discutió la investigación radicada con el No. 12-165930, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó por la implementación del nuevo esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Fecha/Acta del Consejo Asesor	Número de integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 41 de 27 de agosto de 2014	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 42 del 12 de diciembre de 2014	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 43 del 25 de marzo de 2015	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁶⁷
Acta No. 44 de 25 de agosto de 2015	3 Consejeros	2 ausentes	3 impedimentos presentados ¹⁶⁸
Acta No. 45 del 16 de septiembre de 2015	5 Consejeros ¹⁶⁹	0 ausentes	3 impedimentos resueltos ¹⁷⁰
Acta No. 46 del 6 de octubre de 2015	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos
Acta No. 47 del 22 de diciembre de 2015	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos
Acta No. 48 del 4 de abril de 2016	5 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ¹⁷¹
Acta No. 49 del 18 de abril de 2016	5 Consejeros	0 ausentes	No hubo
Acta No. 50 de 11 de mayo de 2016	5 Consejeros	0 ausentes	No hubo
Acta No. 51 de 18 de mayo de 2016	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 52 de 23 de mayo de 2016	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 53 de 17 de junio de 2016 ¹⁷²	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 54 del 26 de junio de 2016	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 55 del 31 de octubre de 2016	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 56 del 2 de febrero de 2017	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 57 del 14 de febrero de 2017	4 Consejeros	1 ausente	1 impedido ¹⁷³

¹⁶⁷ La Consejera ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO presentó su impedimento para participar en la sesión del Consejo Asesor del 25 de marzo de 2015 que discutió la investigación radicada con el No. 11-137432, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó contra algunos agentes económicos que intervienen en el sector azúcar en Colombia.

¹⁶⁸ La Consejera ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO presentó impedimento por escrito, previo a la sesión 44 de Consejo Asesor del 25 de agosto de 2015, y los Consejeros HERNÁN VALLEJO GONZÁLEZ y JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES presentaron sus impedimentos en el curso de la sesión 44 del Consejo Asesor de 25 de agosto de 2015. Por no haber quórum para resolverlos, se suspendió la sesión para que fueran nombrados tres (3) Consejeros Ad-Hoc para reemplazar a los Consejeros que habían manifestado sus impedimentos con el fin exclusivo de resolverlos. La designación de los Consejeros Ad-Hoc se realizó por el Presidente de la República mediante el Decreto No. 1781 de 2015, mediante el cual se designó a SANTIAGO ROJAS ARROYO, JORGE CASTAÑO GUTIERREZ y LILIANA CABALLERO DURÁN para que junto con los Consejeros EDGARDO VILLAMIL PORTILLA y MAURICIO PÉREZ SALAZAR decidieran los impedimentos presentados por los miembros ya referidos.

¹⁶⁹ En sesión 45 del 16 de septiembre de 2015, el Consejo Asesor de Competencia sesionó con cinco (5) miembros con el único fin de cumplir con lo previsto en el Decreto 1715 de 2015, es decir, exclusivamente para resolver los impedimentos presentados por tres (3) Consejeros. La sesión se adelantó con cinco (5) miembros, es decir, con los dos (2) Consejeros Permanentes y con tres (3) Consejeros Ad-Hoc.

¹⁷⁰ Se resolvieron los tres (3) impedimentos presentados, aceptándose los presentados por los Consejeros ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO y HERNÁN VALLEJO GONZÁLEZ, y rechazándose el de JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES. Para efectos de la investigación bajo examen, el Consejo Asesor de Competencia quedó finalmente integrado para efectos de emitir opinión o consejo sobre el mismo, por EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, MAURICIO PÉREZ SALAZAR y JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES.

¹⁷¹ La Consejera ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO presentó su impedimento para participar en la sesión del Consejo Asesor del 4 de abril de 2016 que discutió la investigación radicada No. 10-8-730, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó contra agentes que participan en la producción y comercialización de mezclas ácidas, bebidas ácidas, alimentos lácteos y/o preparaciones alimenticias.

¹⁷² Realización del Consejo Asesor de manera virtual para el caso radicado con el No. 14-193-48 (laboratorios de productos farmacéuticos).

¹⁷³ Se aceptó el impedimento presentado por la Consejera CECILIA ÁLVAREZ CORREA -GLENN respecto del caso "Mezclas Lácteos Concesionario Ruta del Sol".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Fecha/Acta del Consejo Asesor	Número de integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 58 del 14 de febrero de 2017	4 Consejeros	1 ausente	1 impedido ¹⁷⁴
Acta No. 59 del 24 de abril de 2017	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 60 del 24 de abril de 2017	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 61 del 4 de mayo de 2017 ¹⁷⁵	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 62 del 8 de junio de 2017	5 Consejeros	0 ausentes	No hubo
Acta No. 63 del 27 de junio de 2017	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 64 del 20 de septiembre de 2017	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 65 del 20 de noviembre de 2017	3 Consejeros	2 ausentes	2 impedidos ¹⁷⁶
Acta No. 66 del 21 de febrero de 2018	4 Consejeros	1 ausente	No hubo

A partir de lo anterior es posible afirmar que la práctica histórica del Consejo Asesor de Competencia, aplicando las más simples reglas de funcionamiento de los cuerpos colegiados, ha sido la de sesionar mayoritariamente con un quórum deliberatorio y decisorio de al menos tres (3) miembros, práctica que se mantuvo para la presente investigación administrativa.

En síntesis, se observa que el Consejo Asesor de Competencia procedió en la presente actuación administrativa de acuerdo con la ley y de conformidad con su comportamiento histórico. Así las cosas, haber cambiado su forma de funcionar en atención exclusiva a esta actuación administrativa habría podido generar dudas acerca de por qué se estaría cambiando el comportamiento pasado y reiterado de esta Entidad. En definitiva, lo único que hizo la Autoridad fue preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, y se reitera, proceder como histórica y consuetudinariamente se ha actuado durante toda su existencia y funcionamiento.

Ahora bien, frente a la supuesta irregularidad en el trámite de la decisión de los impedimentos presentados por los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO**, debe resaltarse que este órgano consultivo, el cual no cuenta con una reglamentación distinta de la prevista en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, actúa de conformidad con los principios que rigen las actuaciones administrativas, entre los que se encuentran la celeridad y la eficiencia. Con base en dicha reglamentación y en los principios que se siguen en este tipo de procedimientos, se ha dispuesto la posibilidad de que los mismos miembros del Consejo Asesor de Competencia decidan sobre los impedimentos que presenten los consejeros, cuando hay quórum entre aquellos que no están inmersos en ninguna causal que les impida conocer del asunto. Esta circunstancia ha ocurrido en múltiples ocasiones e históricamente se ha sometido a discusión del Consejo Asesor de Competencia.

En el mismo sentido, debe aclararse que si bien los miembros del Consejo Asesor de Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio "están sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero", lo cierto es que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Consejo Asesor del

¹⁷⁴ El Consejero **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** presentó su impedimento para participar en la sesión del Consejo Asesor del 14 de febrero de 2017, que discutió la investigación radicada No. 13 277605 (personas naturales vinculadas con **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**)

¹⁷⁵ Realización del Consejo Asesor de manera virtual para el caso radicado con el No. 11-44518 (mezclas lácteas II).

¹⁷⁶ Los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** presentaron su impedimento para participar en la sesión del Consejo Asesor del 20 de noviembre de 2017, que discutió la investigación radicada con el No. 11-118942, correspondiente a la actuación administrativa del caso "cementos". Cabe anotar que el Consejero **JUAN FELIPE MEJÍA MEJÍA**, quien ejerce como Asesor y Decano de la Escuela de Economía y Finanzas de la Universidad EAFIT, informó sobre el hecho de que uno de los investigados era Presidente del Consejo Directivo de esa Universidad y que tal institución educativa tenía proyectos con el Grupo **ARGOS**. No obstante, aclaró que eso no generaba ningún impedimento, por cuanto él llevaba cinco (5) años nombrado en el cargo y el investigado no participó en su nombramiento ni era miembro del Consejo Superior al momento de producirse tal designación. Además, aclaró que su cargo ni dependía ni le reportaba al Presidente del Consejo Directivo de la Universidad EAFIT. Una vez enterados de esta situación, los miembros del Consejo Asesor y el Superintendente de Industria y Comercio coincidieron en manifestar que esa circunstancia no configuraba impedimento alguno.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Superintendente Financiero no prevé qué procedimiento debe surtir en caso de presentarse impedimentos por parte de uno o más miembros cuando, en todo caso, hay quórum para estudiar el asunto objeto de análisis y formular una recomendación.

Incluso si en gracia de discusión existiera alguna irregularidad en la forma en que se decidieron los impedimentos presentados por los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO**, tal circunstancia no tendría ninguna consecuencia sustancial, pues en últimas se cumplió con la finalidad del impedimento en la medida en la que tales miembros no dieron opinión alguna sobre la investigación.

Recuérdese que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está previsto en nuestra legislación para asegurar la imparcialidad e independencia de los funcionarios que conocen de determinado asunto. En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C 881 de 2011 al indicar que

"La jurisprudencia de esta corporación ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso. Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano".

En esa medida, cuando la recusación o el impedimento cumplen con su fundamento, que es el de apartar del conocimiento del asunto al funcionario incurso en alguna de las causales previstas en la ley –como se hizo en este caso–, se cumple con las garantías al debido proceso que se buscan salvaguardar con este tipo de mecanismos.

En virtud de lo expuesto, no existe irregularidad alguna en la forma como sesionó y deliberó el Consejo Asesor de Competencia en este caso en particular, por lo cual resulta improcedente, a todas luces, que se pretenda con estos argumentos la declaratoria de nulidad de la Resolución Sancionatoria. Por los anteriores motivos, debe rechazarse la solicitud de nulidad mencionada.

Finalmente, **HOLCIM** dispuso que quienes expusieron el caso en la reunión del Consejo Asesor de Competencia fueron funcionarios que no tienen una posición imparcial respecto de este caso, como el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia. Así mismo, sostuvo que en el acta de la reunión del Consejo Asesor de Competencia no se estableció cuál fue el análisis que hicieron los miembros para emitir su recomendación.

Frente a la participación del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, se aclara que, dado que en el Consejo Asesor de Competencia se discute, entre otras cosas, el contenido del Informe Motivado que recoge los resultados de la investigación, la asistencia de este funcionario resultaba pertinente, toda vez que fue la persona encargada de instruir la actuación y proferir tal documento.

En relación con el contenido del acta, simplemente se reitera que este documento únicamente constituye una constancia de la realización y de lo ocurrido en la sesión del respectivo Consejo Asesor de Competencia, por lo cual es de esperarse que carezca de los análisis particulares y concretos esperados por el investigado. En todo caso, es preciso tener presente que los miembros del Consejo Asesor de Competencia se fundamentan en documentos como la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, el Informe Motivado y las defensas de los investigados para emitir su recomendación, y que la obligación de estos miembros es la de estudiar aquellos análisis y conceptos realizados por la Autoridad para emitir respecto de ellos su recomendación. En virtud de lo expuesto, los argumentos se rechazan por improcedentes.

4.12. Argumentos relacionados con la legislación procedimental aplicable a la actuación administrativa

HOLCIM planteó en su recurso de reposición que toda vez que la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se expidió con posterioridad al 2 de julio de 2012, las normas aplicables al presente caso deben ser las del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011). Por esta razón, el término para

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

interponer el recurso de reposición debió haber sido otorgado por diez (10) días como lo dispone el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) y no por cinco (5) días como se estableció en la Resolución Sancionatoria.

Frente a este argumento, el Despacho considera que no hay discusión sobre la aplicación del Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984) a la presente investigación radicada con el No. 11-116942, mediante la cual se pretendía establecer si los investigados habrían incurrido en una infracción a las disposiciones sobre libre competencia, considerando que la averiguación preliminar a través de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio dio inicio a la actuación administrativa tuvo lugar antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011).

En efecto, mediante memorando radicado con el No. 11-116942-15 del 30 de marzo de 2012⁷⁷, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó dar inicio a una averiguación preliminar para recolectar información y evidencia sobre la posible comisión de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica por parte de empresas productoras de cemento gris en el mercado colombiano.

En virtud de lo anterior, la Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013, por medio de la cual se ordenó la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, expedida cuando ya estaba en vigencia el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011), se pronunció con base en las normas procesales establecidas en el Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984), por cuanto la actuación administrativa (averiguación preliminar) se inició en vigencia del referido Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984).

Para determinar cuáles normas procesales se aplican a los procedimientos administrativos, es decir, si se aplica el Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984) o el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011), debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 38 de este último, el cual dispone

"Artículo 38. Régimen de transición y vigencia. El presente código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instaren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior". (Negritas y subrayas fuera de texto).

Así las cosas, el citado artículo 38 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) estableció el régimen de transición entre este nuevo estatuto procesal y el Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984), acogiendo una regla simple, según la cual, los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad al 2 de julio de 2012 se seguirían rigiendo por el estatuto anterior y los iniciados con posterioridad a esa fecha, se sustanciarían bajo las reglas previstas en el nuevo estatuto. Para determinar, en el caso bajo examen, cuál estatuto procesal debe regir la sustanciación de esta actuación administrativa, solo debe determinarse la fecha en que se inició la actuación administrativa.

Para estos efectos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido en todas sus actuaciones que la fecha de inicio de la actuación administrativa que debe tenerse en cuenta en los procedimientos de protección de la libre competencia es aquella en la que se dio inicio a la averiguación preliminar, pues esta hace parte de la actuación administrativa.

Asimismo, se ha descartado cualquier tesis que indique que la fecha de inicio es la de la apertura de la investigación con pliego de cargos, por la sencilla razón de que antes de dicho acto procesal, también hay una actuación de carácter administrativo.

Confirma la anterior, incluso, lo previsto en el inciso 1 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992:

⁷⁷ Folio 64 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deniegan unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

***Artículo 52. Procedimiento.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su (sic) solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación

()'. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Siendo así las cosas y determinándose con total claridad que la presente actuación administrativa se inició el 30 de marzo de 2012, es decir, con anterioridad al 2 de julio de 2012, la investigación tenía que sustanciarse, como en efecto se ha hecho durante todo el trámite, bajo las reglas del Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984)

Por esta razón, el argumento según el cual el término para interponer el recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria no debió ser el de cinco (5) días previsto en el Código Contencioso Administrativo – CCA (Decreto 01 de 1984) sino el de diez (10) días del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPA (Ley 1437 de 2011), es absolutamente infundado, por las explicaciones precedentes y por ende, el término de cinco (5) para interponer el recursos de reposición a que se refiere el **ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO** de la Parte Resolutiva de la Resolución Sancionatoria es el que corresponde de acuerdo con la normalidad aplicable al caso bajo examen

Las anteriores consideraciones ya han sido específicamente reconocidas por la jurisprudencia, así:

" (...) dado que las actuaciones administrativas relacionadas con la investigación por presuntas prácticas restrictivas de la competencia cometidas (...) iniciaron el 14 de octubre de 2011, con el fin de determinar si se amenta el inicio de una investigación, se debe aplicar el Decreto 01 de 1984 y no la Ley 1437 de 2011 la cual empezó a tener vigencia el 2 de julio de 2012.

En consideración a lo anterior, el término de cinco días concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para interponer el recurso de reposición (...) estuvo conforme a la normalidad aplicable, que es el Decreto 01 de 1984 (...).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala no evidencia que la Superintendencia de Industria y Comercio hubiera actuado fuera del marco establecido en el Decreto 01 de 1984, y que en consecuencia, se hubiera presentado alguna irregularidad que implicara la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, en las actuaciones administrativas relacionadas con la investigación de (sic) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia"¹⁷⁸

4.13. Argumentos relacionados con la responsabilidad de las personas naturales

En los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria, varias de las personas naturales sancionadas coincidieron en el planteamiento de una serie de argumentos, los cuales serán analizados y contestados a continuación como argumentos comunes. Posteriormente, y con el fin de poder preservar y mantener un orden metodológico, se abordarán los argumentos particulares de las personas naturales sancionadas.

En primer lugar, afirmaron los investigados que esta Superintendencia determinó su responsabilidad basándose únicamente en el cargo ocupado en las empresas sancionadas.

Con el fin de dar respuesta a este argumento, y en el entendido de que está íntimamente relacionado con la modalidad del acuerdo anticompetitivo y con el estándar probatorio aplicable, esta Superintendencia reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en donde se indicó:

"Como puede advertirse de la norma transcrita, los acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales pueden manifestarse de dos modalidades diferentes, cada uno de ellos con su respectivo estándar probatorio para acreditar su existencia en el mercado.

¹⁷⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia de Tutela No. 2015-650 del 5 de noviembre de 2015. M.P. César Palomino Cortés.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

división o clasificación que por demás está en la mayoría de los regímenes de competencia del mundo, entre los que se podrían destacar, el de Estados Unidos y el de la Unión Europea.

La primera modalidad de acuerdo restrictivo de la libre competencia económica se presenta cuando, con cualquier elemento material probatorio se demuestra de forma directa la existencia del acuerdo, es decir, cuando en la actuación administrativa existen pruebas tales como la confesión de uno o varios cartelistas (que por ejemplo, puede haberse dado o no a través del programa de delación o de beneficios por colaboración), correos electrónicos que comprueban la existencia del cartel, su dinámica de funcionamiento y los intervinientes; mensajes a través de aplicaciones tecnológicas de mensajería instantánea como WhatsApp, Facebook, Google o similares, y otros documentos que contienen acuerdos, actas de Asambleas o de Junta Directiva, que le permiten a la Autoridad de Competencia concluir que existió un "contrato convenio, concertación o práctica concertada" restrictiva de la libre competencia económica, en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(...)

No obstante, de forma complementaria, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sostenido reiteradamente que para configurar una práctica de fijación de precios conscientemente paralela, basta que se advierta y compruebe una simetría de precios en un período de tiempo dado, con variaciones homólogas y tendencias homogéneas siempre y cuando tal simetría esté acompañada de factores adicionales que denoten que el comportamiento de los precios responde a una concertación entre los agentes involucrados o a una abstinencia de competencia y no a variables de otra naturaleza. Tales factores han sido denominados por la doctrina y por las más connotadas autoridades de competencia alrededor del mundo como "factores plus"¹⁷⁹, el cual que por la doctrina más autorizada,

Así, para tipificar un acuerdo cartelista en la modalidad de práctica conscientemente paralela, debe hacerse una valoración conjunta del paralelismo y de los factores plus que conforman el elemento consciente, pues solo a partir de la conexión entre todos estos elementos puede determinarse la existencia de un acuerdo anticompetitivo y descartar la existencia de cualquier otro fenómeno que pudiera justificar el panorama económico simétrico objeto de reproche¹⁸⁰.

En este sentido, es importante tener claro que tanto en Colombia como en los demás países o jurisdicciones del mundo, el estándar de prueba para un cartel empresarial en la primera modalidad requiere prueba directa, la cual valga decirlo, no se requiere para demostrar la existencia de un acuerdo en la modalidad de práctica conscientemente paralela. De esta manera, la norma no exige y así lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, que la Autoridad de Competencia cuente con pruebas directas como contratos, actas de Asamblea o Junta Directiva o correos electrónicos para sancionar un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de paralelismo consciente¹⁸¹.

En este escenario la Superintendencia de Industria y Comercio encontró acreditada la existencia y concurrencia de los elementos fundamentales de la conducta, esto es: (i) el paralelismo y (ii) el elemento consciente, que abarca las pruebas circunstanciales y todos aquellos factores indirectos que permiten inferir que el paralelismo es producto de un actuar concertado (factores plus)

Ahora bien, a continuación procede el Despacho a realizar algunas precisiones en relación con la aseveración de los recurrentes en el sentido de que la declaración de responsabilidad atribuida a las personas naturales obedece en este caso únicamente al cargo ocupado por los investigados.

Sobre el particular, esta Superintendencia reitera, como bien se explicó en la Resolución Sancionatoria que la sola pertenencia de una persona natural a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de

¹⁷⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2006 y 71794 de 2011.

¹⁸⁰ Sobre este aspecto en la Resolución No. 51694 de 2008 se indicó: "(...) En conclusión, para el caso de una investigación relacionada con una práctica conscientemente paralela, la Superintendencia de Industria y Comercio, una vez identificado el paralelismo acudirá a la valoración conjunta de los diferentes elementos de prueba de modo que le permitan constatar si existe o no una concertación con fines anticompetitivos (...)"

¹⁸¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81361 del 11 de diciembre de 2017. Págs. 79-81

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones”

protección de la libre competencia económica en Colombia bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado y, por el contrario, tiene que existir algún elemento adicional que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión.¹⁸²

Por lo anterior, esta Superintendencia ha señalado que es posible declarar la responsabilidad de las personas naturales cuando dentro de las investigaciones administrativas encuentre: (i) prueba sobre una conducta activa, (ii) prueba sobre una conducta pasiva cuando existe evidencia directa del conocimiento de la infracción o (iii) prueba de que a persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido la comisión de la conducta de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, y a pesar de ello no adoptó medida alguna para evitar o cesar la conducta. Es precisamente en este último caso en el que nos encontramos frente a la mayoría de personas naturales, en la presente investigación.

Al tratarse de comisión de conductas pasivas o por omisión por parte de las personas naturales, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consintió su ejecución, como también, a aquella persona que, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido a existencia de la práctica restrictiva de la competencia.

Es así como, para determinar el estándar probatorio que permite establecer la responsabilidad de las personas naturales, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza de su participación (a través de conductas activas o pasivas), sino, además, el modo en el que opera la conducta anticompetitiva. Al respecto se pone de presente lo señalado en la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015¹⁸³, en la cual se indicó:

“De esta manera, al entender el modus operandi de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia -intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo (...).”

Es importante aclarar que la valoración probatoria en los casos de comisión de conductas pasivas o por omisión, no se lleva a cabo por el cargo que ocupan las personas naturales –como erróneamente o señalan los recurrentes– sino que está determinado por las funciones ejercidas por los investigados, las cuales tienen una relevancia especial y constituyen un hecho determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertas funciones que repercuten de manera determinante en el funcionamiento del agente de mercado.

Justamente por esto, para analizar y determinar la responsabilidad de las personas naturales en el presente caso, se tuvo en cuenta que –por tratarse de un acuerdo de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela– los investigados (quienes ejercieron cargos directivos o comerciales de alto rango dentro de las compañías cartelizadas), conocían o al menos tenían la obligación de conocer el comportamiento de los precios (determinación, ajustes o modificaciones, variables que lo determinan, aumento o disminución, etc.) y, como consecuencia de lo anterior, de la existencia de conductas anticompetitivas que provocaron una alteración irregular de los precios.

Teniendo en cuenta lo anterior, no son de recibo los argumentos según los cuales debe descartarse la responsabilidad de las personas naturales porque (i) no tenían conocimiento de las conductas imputadas o (ii) no tenían la capacidad o facultades para adoptar medidas tendientes a impedir la efectiva realización de la conducta anticompetitiva. Lo anterior, en primer lugar, porque tal y como se determinó –y se señalará para cada investigado a continuación–, las personas naturales sancionadas sí tenían a su cargo funciones que les imponían la obligación de conocer los precios

¹⁸² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2015, Págs. 93-94; Resolución No. 23521 del 12 de mayo de 2015, Págs. 47-48; Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, Pág. 54.

¹⁸³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución Sanción No. 80847 del 7 de octubre de 2015, Pág. 151.

"Por lo cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

del cemento gris Portland tipo 1 y su comportamiento, conocimiento sin el cual no habrían podido desarrollar diligentemente sus funciones. En segundo lugar, porque la mayoría de las personas naturales sancionadas ejercían funciones propias de cargos directivos que les permitían tomar medidas para impedir que la conducta anticompetitiva se ejecutara o continuara ejecutándose.

Por lo anterior, los argumentos relacionados con la supuesta responsabilidad derivada únicamente del cargo no resultan procedentes.

Por otra parte, los investigados argumentaron que la declaración de responsabilidad no podría hacerse bajo un régimen de responsabilidad objetiva y que, por el contrario, se requería de la demostración del elemento culposo para que procediera un juicio de reproche y una sanción en su contra.

Al respecto, vale la pena anotar que según la doctrina de esta Superintendencia, la violación de las normas sobre protección de la competencia demuestra la falta de diligencia y prudencia, como la que aquí se acreditó frente a cada una de las personas naturales, circunstancias que configuran elementos suficientes para probar la existencia de culpa en el marco de la responsabilidad personal del derecho administrativo sancionatorio.¹⁶⁴

Además, vale la pena poner de presente que esta Superintendencia realizó un análisis minucioso e individual en relación con las funciones de los investigados, su vinculación con el material probatorio recaudado y su participación pasiva o activa frente a la configuración de la conducta. Así las cosas, el argumento según el cual la imputación se hizo con base en un régimen de responsabilidad objetiva carece de fundamento y resulta contraevidente con los argumentos expuestos en la Resolución Sancionatoria.

Aclarado lo anterior se procederá a resolver los argumentos particulares esgrimidos por las personas naturales sancionadas.

4.13.1. Argumentos presentados por JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, Presidente y Representante Legal de ARGOS

En la Resolución Sancionatoria, se determinó que la responsabilidad de JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO está probada en la medida en la que se acreditó: (i) que en razón de sus funciones conoció o debió conocer de la conducta y, (ii) que el investigado por lo menos, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara el comportamiento imputado a ARGOS. Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio resaltó que el investigado fue vinculado a actuaciones administrativas precedentes por presuntas infracciones al régimen de protección a la competencia¹⁶⁵, incluso en el mismo mercado¹⁶⁶, por lo que su obligación de diligencia ante la conducta aquí acreditada resultaba más exigente.

En la Resolución Sancionatoria se dispuso también que, al analizar las características estructurales del mercado de cemento gris Portland tipo 1, resultaba claro que la determinación del precio era un factor clave tanto en la estrategia competitiva de ARGOS, como en la capacidad de la empresa de reportar utilidades y, por lo tanto, teniendo en cuenta las funciones que implicaban el cargo directivo que JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (Presidente y Representante Legal de ARGOS) desempeñaba en la compañía, y la alta relevancia que tenía la determinación del precio en el comportamiento de ARGOS en el mercado, el precio de este producto era un elemento que conoció o debía conocer en el ejercicio de sus funciones, por ser un factor de la mayor importancia para la estrategia competitiva.

En efecto, en la Resolución Sancionatoria se resaltó que el propio investigado indicó en su declaración¹⁶⁷ que era el encargado de la implementación y supervisión de la estrategia de la compañía, de velar por la transparencia y sostenibilidad, y de representar a la organización ante

¹⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 4340 del 1 de febrero de 2012, Pág. 15.

¹⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 318 del 6 de marzo de 1997.

¹⁶⁶ Expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, Jaime Rubio Escobar.

¹⁶⁷ Declaración de JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO. Folio 4709 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente, Minuto 12:35 a 15:00.

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

gobiernos, entidades cívicas y gremiales, entre otras obligaciones, por lo que resulta claro para esta Entidad que en razón de sus funciones conoció o debió conocer de la situación ocurrida con ARGOS.

Sobre el particular, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO manifestó, a través de su recurso, que resultaba contrarío al principio de culpabilidad presumir que, por el hecho de haber ocupado el cargo de Presidente de ARGOS, tenía que conocer sobre los referidos acuerdos.

Al respecto, ya se explicó de manera suficiente que la responsabilidad endilgada no tiene como base el cargo ocupado, en abstracto, sino las funciones y obligaciones que debiera ejercer el investigado. En ese sentido, es claro que de acuerdo con lo indicado por el propio recurrente, si él era el encargado de implementar y supervisar la "estrategia de la compañía", cuando menos tenía el deber de conocer el comportamiento de los precios, que es esencial en las estrategias de cualquier empresa.

En relación con este punto, en la Resolución Sancionatoria se presentó como un ejemplo ilustrativo de las funciones del investigado su conocimiento de los informes de gestión y los estados financieros de ARGOS de los años 2011 y 2012 (estos últimos firmados por el mismo JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO) que, ante el aumento del 19,8% en las utilidades brutas y del 21,1%¹⁶⁸ en las utilidades operacionales, debieron llamar la atención del investigado quien, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios, hubiera podido determinar las causas por las cuales se presentaron dichas variaciones, entre las cuales podrían estar presentes irregularidades en los niveles y el comportamiento de los precios ARGOS.

Frente a esta circunstancia, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO manifestó que el buen desempeño de ARGOS durante el año 2012 no es indicio del conocimiento de una conducta anticompetitiva y no resulta acertado atribuirle el conocimiento real o presunto de la dinámica del comportamiento del precio de una de las más de 1.100 referencias de productos en Colombia.

En el mismo sentido señaló que no suscribió el informe de gestión del año 2011 y que el informe de gestión y los estados financieros de 2012 fueron elaborados y suscritos en el mes de febrero de 2013, es decir, con posterioridad al periodo investigado.

Al respecto, se permite indicar este Despacho que la Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento realizó un juicio de valor sobre el desempeño exitoso o no exitoso de la compañía y, de ninguna manera impuso la sanción a ARGOS y a JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO por tener un desempeño "exitoso en el mercado", sino por haber incurrido en un acuerdo de precios bajo la modalidad de paralelismo consciente que el recurrente toleró.

En relación con los informes de gestión y los estados financieros de ARGOS, se pone de presente que estos se trajeron a colación para acreditar que dentro de las funciones del investigado estaba la vigilancia de la gestión de la empresa y del comportamiento de precios, al punto que instrumentos de esa naturaleza eran de su conocimiento y contaban con su aprobación. No puede perderse de vista que el precio elemento sobre el cual él tenía amplia injerencia, es un factor determinante para la elaboración de ese tipo de documentos, por lo cual no es de recibo el argumento que pretende desvirtuar la utilidad y la pertinencia de estos informes como prueba de su actuar y responsabilidad.

En relación con la suscripción de los informes de gestión y los estados financieros, debe aclararse que esta Autoridad nunca afirmó que JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO hubiera firmado el informe de gestión y los estados financieros de 2011. Lo que sí afirmó es que al analizar y estudiar los estados financieros de 2012, estos sí suscritos por el recurrente, tuvo acceso a la información comparada del año 2011 y 2012 y pudo haber identificado el comportamiento de los precios de ARGOS.

Adicionalmente, el Despacho debe rechazar el argumento de JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO de acuerdo con el cual el informe de gestión de 2012 es posterior al periodo investigado al haber sido suscrito en 2013 toda vez que el mismo hace referencia como su título

¹⁶⁸ Folio 169 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente e Informe de Gestión reporte integrado 2012
Cementos Argos S.A., documento disponible en
<https://www.argos.com/Media/Default/images/ReporteIntegroArgos2012-Completo.pdf>

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones”

lo indica, al informe de gestión del año 2012, que claramente sí comprende el periodo investigado. Por lo anteriormente expuesto, no procede el argumento del investigado.

En relación con la afirmación según la cual resulta desacertado atribuirle a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** el conocimiento real o presunto de la dinámica del comportamiento del precio de una de las más de 1.100 referencias de productos en Colombia, esta Superintendencia se permite reiterar lo señalado anteriormente y es que, por la naturaleza propia de las funciones de su cargo, si resultaba viable atribuirle el conocimiento del comportamiento de precios de la empresa que representaba, más aún, teniendo en cuenta que, como se verificó en el análisis de los marcadores de Posner, el precio es la variable de competencia más importante en el mercado de cemento gris Portland tipo 1.

De otra parte, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** manifestó que no se probó la existencia de la conducta de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente en el periodo en el que ejerció como Presidente de **ARGOS**, por lo cual, imponerle una sanción equivaldría a sancionarlo por hechos anteriores a los de su gestión.

Al respecto, esta Superintendencia reitera que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** se desempeñó como Presidente y Representante Legal de **ARGOS** desde el 6 de agosto de 2012¹⁸⁹ y la existencia de las conductas se acreditó, como mínimo, hasta diciembre de 2012, lo que quiere decir que ocupó el más alto cargo directivo de la compañía durante una parte del periodo objeto de la presente investigación. Así las cosas, la conducta quedó plenamente acreditada durante el periodo en que ejerció como Presidente de la compañía, por lo cual el argumento no tiene lugar.

En cuanto a las coincidencias migratorias que refieren a viajes realizados por **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, el investigado alegó que solo una (1) salida del país corresponde al periodo durante el cual el investigado ocupaba el cargo de Presidente de **ARGOS** y que, los demás viajes tuvieron lugar cuando ocupaba el cargo de Vicepresidente de la Regional Centroamérica y del Caribe.

Al respecto vale la pena recordar, en primer lugar, que –según lo señalado en la Resolución Sancionatoria y reiterado en la presente resolución– las coincidencias migratorias fueron usadas como evidencia de que el factor plus de oportunidad de comunicación planteado por la OCDE efectivamente tuvo lugar y no como prueba autónoma y directa de la responsabilidad de ninguno de los investigados.

En segundo lugar se resalta que, en todo caso, el criterio que usó esta Superintendencia se circunscribió a las coincidencias migratorias que mostraran los altos directivos de las empresas investigada. En ese sentido, aun cuando **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** ocupara el cargo de Vicepresidente de la Regional Centroamérica y del Caribe o Presidente de **ARGOS**, las coincidencias halladas siguen aportando al propósito expuesto en el análisis de ese factor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que, contrario a lo afirmado por el recurrente, una sola coincidencia migratoria basta para que se cumpla el factor plus propuesto por la OCDE, por lo cual su argumento resulta a todas luces impertinente y antes termina confirmando que el criterio de la OCDE efectivamente tuvo lugar en el presente caso.

Por lo anterior, es claro que la responsabilidad de **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** está plenamente probada.

4.13.2. Responsabilidad de INGRID RESTREPO LIBREROS, Gerente de Negocio Masivo de ARGOS

De acuerdo con lo establecido en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **INGRID RESTREPO LIBREROS** quedó acreditada, pues en el marco de sus funciones como Gerente de Negocio Masivo participó en el Comité de Precios y en la política de precios, circunstancia que se ilustró con su intervención en la cadena de correos con asunto denominado “*Facturas de CX por ZF*”¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Folio 632 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

¹⁹⁰ Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones”

En relación con el Comité de Precios de ARGOS, INGRID RESTREPO LIBREROS manifestó que no existe prueba de su conocimiento del supuesto acuerdo de precios, ya que el hecho de que la investigada participara en dicho comité no es suficiente para presumir que tenía conocimiento sobre un supuesto acuerdo ilegal. Adicionalmente, señaló que no tenía injerencia en la toma de decisiones sobre los precios de ARGOS, diferente de ser un miembro más del Comité de Precios e indicó que lo único que logró probar la Autoridad es que la investigada tenía conocimiento y manejaba información relacionada con precios y políticas comerciales de ARGOS, lo cual no es indicativo de que tuviera conocimiento de una supuesta conducta ilegal.

Sobre el particular, se resalta que la propia investigada con su recurso, confirma que sus funciones estaban relacionadas con la formación de precios y, en general, con las políticas sobre precios. Considerando que precisamente la conducta anticompetitiva endilgada recae sobre la fijación de los precios, es posible afirmar que, en virtud de sus funciones, tuvo injerencia en la conducta y, a lo menos, la facilitó.

Además, no puede obviarse que la responsabilidad de INGRID RESTREPO LIBREROS se encuentra comprometida no solo por su calidad de miembro de dicho comité¹⁹¹, sino que se deriva de las funciones desarrolladas en ejercicio del cargo de Gerente de Negocio Masivo que ostentaba en ARGOS durante el periodo investigado, en el marco del cual respondía por el manejo de la información comercial de ARGOS, administrando *“las bases de datos, las informaciones de precios de todos los clientes creados en las bases de datos y la información comercial del equipo comercial”*¹⁹².

Por lo anterior, es claro que la responsabilidad de INGRID RESTREPO LIBREROS está plenamente probada.

4.13.3. Responsabilidad de ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, Directora de Información Comercial de ARGOS

En la Resolución Sancionatoria se declaró la responsabilidad de ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, al acreditar que, en ejercicio de sus funciones conoció las conductas contrarias a la libre competencia económica en las que incurrió ARGOS con sus competidores y estuvo involucrada en las transacciones que sirvieron de material probatorio para que esta Superintendencia acreditara la existencia del factor plus de las conductas reprochadas.

Las siguientes son algunas pruebas que la Resolución Sancionatoria tuvo en cuenta para endilgar responsabilidad a la aquí investigada:

- Documento de Excel denominado “Hoja_de_c_lculo_de_Microsoft_Excel1” hallado en el computador de ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE.
- Correo electrónico del 8 de enero de 2013 dirigido a ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (Directora de Información Comercial de ARGOS), de parte de LUZ MARÍA BERNAL (funcionaria de ARGOS) con asunto “RV RV FACTURAS CON VENCIMIENTOS A MAS DE 60 DIAS” y con adjunto “CARTERA CEMEX A 8 DE ENERO 2013”.
- Correo electrónico del 16 de enero de 2013 dirigido a ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (Directora de Información Comercial de ARGOS) de parte de PAOLA SUSANA VALENCIA (Jefe de Información Comercial de ARGOS) con asunto “Precios cemento concreto - TIII Norte Xlsx”, y adjunto “Precios cemento concreto - TIII Norte. Xlsx”.

Frente a la declaración de responsabilidad, ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE manifestó que la conducta que se le imputa es la de “facilitar”, es decir, la realización de una acción dirigida a “hacer fácil o posible” la ejecución del acuerdo, y en palabras de la Superintendencia de Industria y Comercio, para atribuirle responsabilidad a una persona natural por facilitar un acuerdo de precios se requiere: el conocimiento del acuerdo y conocimiento de la conducta activa de la persona dirigida

¹⁹¹ Folio 4046 del cuaderno público No. 13 del Expediente, minuto 10:09.

¹⁹² Folio 4046 del cuaderno público No. 13 del Expediente, minuto 9:33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

a facilitar el acuerdo. Como en el caso no existe prueba directa de los dos elementos referidos, la sanción debe ser revocada.

Del análisis de las pruebas contenidas en la Resolución Sancionatoria, resulta claro que, en ejercicio de las funciones propias de su cargo como Directora de Información Comercial de ARGOS desempeñado durante el periodo investigado, la recurrente estaba a cargo del manejo del sistema de información de la compañía y procesamiento de la misma, en especial la información de tipo comercial para la preparación de informes solicitados por la Gerencia¹⁸³. Por lo anterior, no es de recibo el argumento según el cual **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no facilitó la conducta, en el entendido de que para el Despacho es evidente que conocía la información relacionada con precios, participación de mercado, despachos de producto entre otra información de carácter comercial de la compañía, lo cual le permitió también facilitar la conducta anticompetitiva despegada por ARGOS.

Por otra parte, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** señaló que la Resolución Sancionatoria adolece de indebida motivación porque (i) de los seis "factores plus" identificados, solo está relacionada con dos (2) de ellos: los "escenarios de competencia" y la venta de cemento concreto con precio especial, y (ii) no existe ninguna prueba directa que evidencie el conocimiento de la práctica restrictiva por parte de la investigada.

Al respecto, se reitera que su responsabilidad no solo tiene que ver con las pruebas en las que se vincula de manera expresa, sino también con las funciones que ejercía en virtud de su cargo.

Por lo demás, solo resta reiterar que atendiendo la naturaleza de la conducta y el estándar probatorio propio de la misma, no es necesario acreditar la existencia de una prueba directa para poder determinar su responsabilidad y sancionarla por su participación en la conducta.

Por lo anterior, es claro que la responsabilidad de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** está plenamente probada.

4.13.4. Argumentos presentados por MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ (Presidente Ejecutivo y Representante Legal de HOLCIM) y JAIME ANTONIO HILL TINOCO (Director Comercial de HOLCIM y miembro de su Junta Directiva)

De conformidad con lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, la responsabilidad de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, Presidente Ejecutivo y Representante Legal de HOLCIM, se fundamentó en que ejecutó y toleró el comportamiento anticompetitivo imputado a tal empresa, toda vez que (i) en virtud de sus funciones se encargaba de fijar el precio del cemento Portland tipo 1 y conocía los criterios utilizados para tal efecto, y (ii) no demostró la toma de medidas o actividades tendientes a evitar que tales conductas anticompetitivas se hubiesen presentado o, siquiera, que continuaran.

En cuanto a la responsabilidad de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, Director Comercial de HOLCIM y miembro de su Junta Directiva, se dispuso que ejecutó el comportamiento anticompetitivo imputado a esa empresa toda vez que sus funciones se encontraban encaminadas directamente a la fijación de precios, por lo cual resultaba claro que: (i) conocía los precios a los que su compañía efectivamente vendía en el mercado colombiano, (ii) conocía el aparente precio que se consignaba en el "Libro Azul" en cumplimiento de lo acordado con la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2005, (iii) conocía que las modificaciones plasmadas en el "Libro Azul" no correspondían con las modificaciones del precio al que efectivamente se vendía en el mercado; y (iv) conocía o debía conocer, en consecuencia, la ocurrencia de prácticas tendientes a coordinar los precios de la empresa con los de sus competidores. Además, al estar involucrado en la cadena de correos relacionada con el préstamo de ladrillo refractario a CEMEX, se dispuso que conoció de las transacciones realizadas por HOLCIM con sus competidores, las cuales fueron valoradas como propias de un ambiente colaborativo extraño a un mercado en competencia.

En su recurso de reposición, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** manifestaron que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria se citaron unos correos en los que funcionarios de ARGOS remitieron por error a funcionarios de HOLCIM cotizaciones de cemento a

¹⁸³ Folio 4639 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minutos 18:54 y 19:30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

granel (no de cemento gris Portland tipo 1) en los que en ningún momento ellos aparecen mencionados o copiados lo cual demuestra que no existen pruebas directas en su contra

Al respecto, deba reiterarse que, en el presente caso, el estándar probatorio aplicable a la conducta anticompetitiva y a las personas naturales no exige que exista una prueba directa. Por tratarse de un paralelismo consciente de precios y no de un acuerdo expreso, no era necesario para esta Superintendencia acreditar una comunicación directa entre los competidores para que pudiera configurarse la conducta anticompetitiva sancionada. En virtud de ello, el argumento se rechazará por impertinente.

MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** argumentaron también que en el Expediente no existe ninguna prueba que demuestre que tomaron decisiones de cambios de precio de referencia con fundamento en discusiones o información intercambiada con empleados de las otras empresas investigadas.

Sobre el particular, se recuerda que esta Superintendencia fundamentó su decisión a partir de elementos materiales probatorios que daban cuenta de un ambiente de colaboración que confluía con un paralelismo de precios económicamente demostrado. Frente a estas personas naturales en particular, la Autoridad endilgó responsabilidad principalmente considerando las funciones a su cargo, su especial injerencia en la toma de decisiones en materia de precios y su conocimiento de los criterios aplicados en la materia. Esto quiere decir que no fue a partir de discusiones específicas o intercambios de información puntuales con la competencia que esta Autoridad encontró demostrada la conducta anticompetitiva de la empresa y es imputó responsabilidad a **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** como personas naturales, por lo cual el hecho de que hayan tomado o no decisiones con ocasión de eventuales sucesos carece de relevancia para esta Entidad. Por ende, el argumento se rechazará por impertinente.

En relación con el "Libro Azul" de **HOLCIM**, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** manifestaron que quedó explicado que el valor que se registra en dicho instrumento no es el precio que se cobra a los clientes por el producto, y que las comparaciones de las que la Superintendencia de Industria y Comercio deduce el supuesto paralelismo se hacen con precios que ellos no fijaban.

En este sentido, se recuerda que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** fue vinculado y sancionado en virtud de las funciones que tenía a su cargo en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de **HOLCIM**, las cuales, de acuerdo con su propia declaración, estaban relacionadas con la fijación de los precios de los productos de la compañía en el mercado. Al respecto, manifestó:

'Defegatura: ¿Quién entonces establecía el precio o quién era el responsable del establecimiento del precio si no existía un comité de precios?'

*'Miguel Ángel Rubalcava Méndez: La mecánica con la que se determinaba la propuesta para definir un valor de referencia de precio en el mercado, era a través de la Dirección Comercial. La Dirección Comercial junto con sus Gerentes Comerciales, siguiendo los criterios que mencioné anteriormente, ellos hacían una evaluación de lo que estaba sucediendo en el mercado, lógicamente tenían la aportación de otras áreas funcionales de la compañía, como el área de Finanzas de la Administración () el área de Logística (...) con esa información el Director Comercial me hacía una propuesta para modificar el precio, y la cual siempre era aprobada por mí y nuevamente ese es un precio, era un precio de referencia en el mercado'*¹⁹⁴

Así las cosas, no cabe duda de que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, junto con el Director Comercial (que para el periodo investigado era **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**), fueron los responsables de la fijación del precio de los productos de **HOLCIM** en el mercado, independientemente de lo estipulado en el "Libro Azul", el cual, como ya se mencionó en el presente acto administrativo, no correspondía con la realidad respecto de las verdaderas modificaciones de los precios de **HOLCIM** en el mercado.

¹⁹⁴ Declaración de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**. Folio 5061 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente. Minuto 14:56

**Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones*

En línea con lo anterior, se resalta que **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, en su calidad de Director Comercial de **HOLCIM**, también participaba del proceso para tomar decisiones en materia de precio, conocía perfectamente los criterios utilizados para hacerlo y estaba encargado de la ejecución de toda la estrategia comercial de la compañía, por lo que resultaba imprescindible para el ejercicio de su función, haber tenido conocimiento de los precios a los que efectivamente se vendía en el mercado. Por lo tanto, así se vendiera con el precio consignado en el 'Libro Azul' o con otro diferente, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, para el ejercicio de sus funciones, conoció o debió conocer el precio efectivamente cobrado.

Por lo anterior, el hecho de que el valor que se registra en el 'Libro Azul' no sea el precio que se cobra a los clientes por el producto no afecta el juicio de reproche emitido, pues no desvirtúa la vinculación e injerencia que tuvieron estas personas con las decisiones de precio de la compañía.

Frente al argumento según el cual las comparaciones que sirvieron de base para imputar el paralelismo se hicieron con precios que ellos no fijaban, se pone de presente que esta afirmación se contradice con lo expuesto por los mismos investigados, quienes abiertamente reconocieron que en el marco de sus funciones tenían relación estrecha con la fijación de los precios de la compañía en general, sin discriminar cuáles precios fijaban y cuáles no.

Incluso en el caso hipotético en que definitivamente **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** no hubieran conocido los precios consignados en el 'Libro Azul' o aquellos que se reportaron a esta Superintendencia resulta suficiente remitirse a las funciones propias de sus cargos para involucrarlos por haber decido conocer o por lo menos averiguar tal información. En virtud de lo expuesto, el argumento se rechaza por improcedente.

Por su parte, en relación con las coincidencias migratorias, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** manifestó en su recurso que, a pesar de que en la Resolución Sancionatoria esta Superintendencia reconoció que él explicó los viajes que en el Informe Motivado se habían citado como sospechosos, resultó siendo considerado como una persona que ejecutó un acuerdo anticompetitivo.

Al respecto, manifiesta este Despacho que la responsabilidad que se le atribuyó a **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** en la presente investigación no obedece a las coincidencias migratorias, toda vez que, como se explicó, estas no se utilizaron como prueba del acuerdo de precios sino como evidencia de que el factor plus de oportunidad de comunicación establecido por la OCDE ciertamente tuvo lugar en la presente actuación administrativa. Su vinculación y responsabilidad, tal y como se manifestó anteriormente, se generaron en virtud de las funciones propias de su cargo, que lo ubicaba en una situación particular de conocer o haber conocido la conducta restrictiva de la libre competencia económica en la que se encontraba inmersa la compañía para la cual desempeñaba la función de Director Comercial.

En todo caso, se advierte que las coincidencias migratorias que se señalaron en la Resolución Sancionatoria no involucraban a **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, lo cual deja en evidencia la impertinencia del alegato. Por lo expuesto, el argumento acá analizado será rechazado.

Respecto al préstamo de ladrillo refractario de **HOLCIM** a **CEMEX**, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** señaló en su recurso de reposición que en la Resolución Sancionatoria esta Superintendencia consideró que, por el envío de un correo electrónico en el que se habla del préstamo de ladrillo refractario a **CEMEX**, ejecutó entonces una conducta de acuerdo de precios. Sobre e, particular, aclaró que él no fue el funcionario que tomó la decisión de prestar los ladrillos.

En la misma línea, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** manifestó que en esa cadena de mensajes fue simplemente copiado, que no participó en la decisión de prestar ese material y que tampoco tenía injerencia en esa decisión, pues esta no dependía de la Gerencia Comercial, de manera que no podía evitar que se realizara el préstamo.

Al respecto, el Despacho reitera que ni **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** ni **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** fueron sancionados por enviar o ser copiados en un correo electrónico en el que se habló del préstamo de ladrillo refractario a **CEMEX** o por haber tomado la decisión de prestar este insumo, sino en virtud de las funciones que ejercieron durante el periodo de investigación, las cuales abarcaban la fijación de los precios de **HOLCIM** en el mercado, por lo cual conocieron o debieron haber conocido la conducta restrictiva de la libre competencia económica imputada a

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

HOLCIM Así las cosas, independientemente de su participación en el correo y de la facultad que tenían o no de tomar la decisión de prestar los ladrillos, su responsabilidad resulta implicada.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que su relación con la cadena de mensajes lo que sí deja ver es que conocieron de las transacciones realizadas por **HOLCIM** con sus competidores, las cuales fueron va oradas como propias de un ambiente colaborativo extraño a un mercado en competencia. Así las cosas, si bien de este hecho en particular no se deriva la responsabilidad de estos directivos, sí perm te afirmar que el ambiente de colaboración identificado por esta Autoridad no les era para nada ajeno. Lo anterior contribuye a la configuración de su responsabilidad cuando se analiza de manera integral con el resto del material probatorio del Expediente, el cual se reitera, epurte igualmente a la existencia de un escenario de colaboración entre los competidores y evidencia un paralelismo de precios en un contexto de mercado bastante propenso a la colusión. Por ende, el argumento esgrimido no tiene lugar.

Por lo anterior, es claro que la responsabilidad de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** y **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** está plenamente probada.

4.13.5. Argumentos presentados por **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, Presidente y Representante Legal de **CEMEX**

De acuerdo con lo establecido en la Resolución Sancionatoria se declaró la responsabilidad de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** en la medida en que se acreditó que en razón de sus funciones conoció o debió conocer de la conducta y que el investigado, a lo menos, emitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara el comportamiento.

Estas circunstancias se probaron, entre otras, con la propia declaración de investigado en la que indicó que conocía y tenía injerencia en la política de precios. Al respecto manifestó específicamente lo siguiente:

Delegatura: ¿Es cierto que usted tiene injerencia en la manera cómo se determinan los precios en la compañía?

Carlos Jacks Chavarria: pues de que mando en la compañía mando

(...)

Delegatura: ¿Qué responsabilidad tiene usted como persona dentro de la injerencia de esa forma de establecer los precios?

Carlos Jacks Chavarria: Yo soy el último responsable de todo lo que pasa en la compañía, de eso no me cabe la menor duda ¹⁹⁵

Frente a lo anterior, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** manifestó en su recurso que pese a que afirmó ser *finalmente el responsable de lo que sucedía en la empresa*, los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio *jamás pudieron obtener de él confesión alguna en tal sentido, no porque él no hubiera querido colaborar, sino por la pobreza y pereza investigativas de la SIC*.

Sobre el particular, este Despacho advierte que el argumento del investigado resulta confuso – además de irrespetuoso – pues de la interpretación de la extraña afirmación de investigado pareciera derivarse que: (i) efectivamente **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** era responsable de todo lo que sucedía en la compañía, incluyendo el comportamiento de precios y (ii) no se obtuvo la confesión de la existencia de la conducta como consecuencia de la *“pobreza y pereza investigativas”* de esta Entidad.

Así, en relación con este ‘argumento’, el Despacho encuentra que, contrario a desvirtuar la responsabilidad del investigado, las afirmaciones del recurrente confirman la existencia de la conducta y por supuesto, su participación, pues no solo no niega que tuviera las funciones que esta Superintendencia señaló en la Resolución Sancionatoria, sino que además sugiere que la conducta restrictiva pudo ser objeto de una confesión plena.

¹⁹⁵ Declaración de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** Folio 4637 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minuto 10:15.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adaptan otras disposiciones"

Adicionalmente, se advierte un incumplimiento de los deberes de las partes y sus apoderados establecidos en el artículo 78 del Código General del Proceso, en particular el numeral 3 de dicho artículo que prevé el deber de *"abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de este, a las partes y a los auxiliares de la justicia"*, pues el recurrente afirma –sin siquiera sustentarlo– que la investigación adelantada por esta Superintendencia ha sido pobre y perezosa.

Así las cosas, los argumentos esgrimidos por **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** no tienen a potencialidad de desvirtuar la responsabilidad atribuida por parte de esta Superintendencia

De otro lado, frente a la sanción impuesta, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** cuestionó el hecho de que en la Resolución Sancionatoria se impusiera una sanción a otro investigado con base en una declaración de renta del 2013. Sobre el particular, se reitera que el Despacho utiliza la información más actualizada con la que cuenta, por lo cual no entiende el argumento del recurrente si se tiene en cuenta que la sanción a él impuesta fue tasada con base en su información financiera de 2016. En este sentido, lo que aquí realmente importa es que la sanción de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** se ajusta plenamente a los parámetros legales establecidos en la Ley 1340 de 2009.

Por otra parte, frente al criterio de graduación relativo a la *"conducta procesal"*, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** señaló haber tenido un adecuado comportamiento procesal y sin embargo esta Superintendencia no lo valoró de manera positiva obviando *"el esfuerzo realizado a lo largo de la extensa fase de instrucción, en la que se recaudaron más de 25 testimonios, 17 interrogatorios, cinco (5) visitas y varios requerimientos de información"* y desconociendo que según la *"evidencia recaudada no existe prueba de que CEMEX haya alterado su comportamiento en el tiempo por razones ajenas a sus propios intereses"*.

El Despacho debe desestimar este argumento ya que la aplicación de este criterio si se tuvo en cuenta al momento de dosificar la sanción, pues justamente se señaló que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** ejerció su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada y que su comportamiento tenía un efecto neutro en la tasación de la sanción. Cosa distinta es que no se tuvo como atenuante, pues no se podía otorgar tal calidad a su conducta, pues su comportamiento procesal se limitó a cumplir con sus obligaciones legales.

En relación con lo anterior, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** indicó también que a empleados de **ARGOS**, a quienes se les criticó su comportamiento procesal al obstaculizar la investigación de la Superintendencia de Industria y Comercio, se les impuso una sanción del 5.2% y 6.4% de su patrimonio, mientras que a **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** se le impuso una multa del 15% de su patrimonio sin incurrir en tal falta

Sobre este punto, el Despacho se permite indicar al sancionado que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta el grado de participación de cada una de las personas naturales y el nivel de responsabilidades relativo a sus funciones dentro de las empresas. Así, no es admisible que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** compare las responsabilidades de su cargo como Presidente de **CEMEX** con las funciones propias de las empleadas de **ARGOS** a quienes se refiere en su argumento, que se desempeñaban como Gerente del Negocio Masivo y Directora de Información Comercial.

En ese sentido se reitera lo afirmado en capítulos anteriores, en lo relativo a la aplicación del principio de igualdad que implica un trato *"igual entre iguales y desigual entre desiguales"* conforme con el cual, si bien **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** no incurrió en comportamientos procesales reprochables, su grado de responsabilidad frente a la conducta sancionada no es comparable con la responsabilidad de las empleadas de **ARGOS** **INGRÍD RESTREPO LIBREROS** y **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, por lo que es justo y proporcionado que el porcentaje del patrimonio afectado sea mayor para el recurrente.

Por lo anterior, es claro que la responsabilidad de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** está plenamente probada y que la sanción impuesta fue correctamente tasada

4.14. Argumentos relacionados con la graduación de las sanciones

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones

Con el fin de proceder a analizar las diversas objeciones presentadas por los recurrentes en relación con la graduación de las sanciones en la Resolución Sancionatoria, el Despacho estima necesario plantear algunas consideraciones generales sobre el tema, que permitan resolver los argumentos confluyentes de los sancionados.

En primer lugar, es relevante recordar que en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normativa anterior.

Así, el legislador colombiano consideró, en la Ley 1340 de 2009, que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían previamente (antes de la Ley 1340 de 2009), se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad, que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos en este caso, al de protección de la libre competencia económica¹⁹⁵, columna vertebral de nuestra economía social de mercado.

Respecto del efecto disuasivo se encuentran las siguientes consideraciones en los antecedentes de la norma:

**El proyecto propone un aumento de la multa o sanción pecuniaria que va desde el 100% al 150% de la utilidad obtenida con la conducta y en los casos en que no pueda ser determinada la utilidad se propone una multa hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Las modificaciones propuestas son consagrables en términos del aumento de los valores y rangos, pero las considera suficientes y ajustadas a las dinámicas de los negocios que en la actualidad se desarrollan en nuestro país, es conveniente resaltar la necesidad del establecimiento de potenciales multas que logren el efecto disuasivo para combatir las correspondientes conductas restrictivas de la competencia.*¹⁹⁷ (Negritas y subrayado fuera de texto).*

Consecuencia de lo anterior, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 estableció los siguientes criterios para la determinación de los montos de las sanciones a personas jurídicas por prácticas restrictivas de la competencia:

**Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas. El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:*

Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*

¹⁹⁵ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007. Pág. 5.

¹⁹⁷ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 1340 de 10 de junio de 2009. Pág. 3. Adicionalmente, en cuanto a la necesidad de incrementar las multas a las personas que intervienen de manera activa o pasiva en el desarrollo de la conducta, la siguiente intervención del Senador Álvaro Antonio Ashton Giraldo resulta aún más diciente sobre el objetivo de disuasión perseguido con el incremento de las multas:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

4. El grado de participación del implicado
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción
7. El Patrimonio del infractor

Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción: La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia al haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción."

En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, estableció los siguientes criterios para la determinación de los montos de las sanciones a personas naturales por prácticas restrictivas de la competencia:

Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

"Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiera la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado y
5. El grado de participación de la persona implicada

Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta, ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella."

Ahora bien, al momento de establecer el monto de la multa a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio debe aplicar los distintos criterios establecidos en la ley para tasar la sanción, teniendo en consideración las condiciones particulares de cada persona sancionada, reconociendo que por regla general los investigados no cuentan con los mismos ingresos operacionales o las mismas ventas, como tampoco los mismos patrimonios, entre otras condiciones diferenciadoras, por lo que es necesario imponer multas que sean acordes con estas circunstancias que aseguren que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"... en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (éase la autoridad administrativa) para su

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

*graduación dentro del rango máximo que permite la norma. (...)*¹⁹⁸. (Negritas fuera de texto)

La discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga *"un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción"*, como ha tenido la oportunidad de anotarle el Consejo de Estado al expresar:

*"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuicada. De suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"*¹⁹⁹. (Negritas y subrayas fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación no impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un *"razonamiento expreso y especial"* sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la *"valoración de la gravedad de los hechos"*.

Sobre el particular, afirmaron los recurrentes que la Superintendencia incurrió en una falsa motivación y se limitó a mencionar los criterios de graduación. No obstante lo anterior, este Despacho encuentra que de una lectura integral de la Resolución Sancionatoria se evidencia que —superando incluso las exigencias que el propio Consejo de Estado ha impuesto en este tipo de decisiones— esta Entidad analizó uno a uno los criterios de graduación que prevé la Ley, análisis que dista de poderse calificar como carente de motivación. Ahora bien, cosa distinta es que los recurrentes difieran del análisis efectuado, circunstancia que de modo alguno se compadece con la descripción que sobre la Resolución Sancionatoria realizan los impugnantes. Por lo tanto, la acusación de los recurrentes carece de fundamento.

Ahora bien, la Corte Constitucional se ha aproximado a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las sanciones administrativas de la siguiente forma:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma (...). Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"*²⁰⁰. (Negrita y subrayado fuera del texto)

En el sentido descrito por la Corte Constitucional, uno de las formas en las que se puede dar cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad es teniendo en cuenta el patrimonio, criterio que además de estar expresamente previsto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, permite determinar que frente a las empresas y las personas naturales involucradas la sanción tenga la rigidez apropiada.

No obstante lo anterior, ARGOS afirmó en su recurso de reposición, en una postura que sorprende —por decir lo menos— y francamente equivocada, que *"el patrimonio del infractor no es un criterio para graduar la multa"*, cuando como ya se indicó, está expresamente previsto como tal en numeral

¹⁹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00354-01.

¹⁹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Rafael F. Ostau de Lafont Planieta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-0* (7826).

²⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. M.P. Marco Gerardo Murillo Cabia.

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

15 del artículo 4 de Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, acoger el argumento de ARGOS implicaría actuar en contra de lo establecido en la propia norma jurídica.

En el mismo sentido, el recurrente señaló que los ingresos operacionales no están incluidos en los criterios de tasación de la sanción y si hubieran de tenerse en cuenta mal podrían considerarse los ingresos globales, pues son completamente ajenos a la supuesta conducta, así, en el presente caso la multa a ARGOS equivale al 5,3% de las ventas de cemento gris Portland tipo 1, por lo que resulta desproporcionada.

Al respecto, debe reiterarse que tal y como lo ha señalado esta Superintendencia en múltiples ocasiones²⁰¹, los criterios de dosificación son aquellos que indica la Ley, sin embargo, los ingresos de los investigados fueron tenidos en cuenta como criterio auxiliar o complementario para permitir al Despacho asegurarse de no trasgredir el principio de proporcionalidad y salvaguardar por esta vía que las sanciones pecuniarias no fueran confiscatorias o expropiatorias y garantizar la capacidad de pago de los infractores.

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política²⁰² y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión²⁰³ que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como que "votar la ley paga". Por esta y otras razones, el criterio de principal de aplicación en el presente caso fue el referente al patrimonio de los investigados, acompañado de los ingresos operacionales como criterio auxiliar y de verificación de la liquidez.

No obstante lo anterior, esta determinación garantista del Despacho no implica que se deban limitar los ingresos operacionales en la forma en que prefieran de forma caprichosa los investigados, pues se reitera que se trata únicamente de un criterio complementario. Sin perjuicio de lo anterior, en este caso, tal y como se verifica de la propia afirmación de ARGOS, aun teniendo en cuenta únicamente los supuestos ingresos obtenidos por el producto objeto de investigación, se afectaría solo el 6,3% de la rubro, por lo que de coincidir este Despacho en que la sanción resulta desproporcionada, sería porque la misma es baja en consideración de la gravedad de la conducta, sin embargo, el tope máximo permitido por la ley no hizo posible imponer una sanción más alta a ARGOS, que en justicia hubiera sido lo procedente.

Sobre la aplicación del criterio de graduación relativo al patrimonio y al criterio auxiliar de ingresos operacionales, argumentó HOLLCIM que se violó su derecho a la igualdad, ya que "en casos similares al presente, salvo contadas excepciones, el monto de las sanciones impuestas ha girado en torno al 0,4% y el 7,5% del patrimonio y/o los ingresos operacionales" y, además, en la presente investigación se le impuso a HOLLCIM un porcentaje considerablemente mayor al impuesto a las demás investigadas.

En este punto resulta oportuno resaltar que el principio de igualdad que rige también en esta actuación administrativa, se guía, entre otras consideraciones, "a partir de la famosa formulación aristotélica de "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales" (...) del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un

²⁰¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 69906 de 19 de octubre de 2016. Pág. 54

²⁰² Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declaró extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.

²⁰³ Craycraft C., Craycraft, J. y Gallo, J. "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay" Review of Industrial Organization 12, 1997. Págs. 171-183.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

*mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes"*²²⁴

Con base en lo expuesto, es claro que no se violó en medida alguna el derecho a la igualdad de **HOLCIM**, pues mientras que a las demás investigadas en esta actuación y en las actuaciones recientes de conductas similares, a las que parece referirse **HOLCIM**, se han impuesto sanciones por el monto máximo permitido por la ley, esto es **100.000** salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de la recurrente la multa no superó los **73.300** salarios mínimos legales mensuales vigentes. Así, la única razón por la que los porcentajes que representan las multas impuestas a las demás investigadas resultan menores a los porcentajes que representa para **HOLCIM**, obedece a condiciones particulares de las empresas (desiguales) —que poseen un patrimonio considerablemente mayor al que tiene **HOLCIM**— frente al cual esta Superintendencia no puede imponer una multa más alta, pues ello implicaría exceder los topes máximos fijados por la norma.

Por lo tanto, es claro que los principios de proporcionalidad e igualdad fueron aplicados correctamente, pues resultaba legalmente imposible para esta Entidad imponer multas que representaran porcentajes mayores pues ello hubiera implicado sobrepasar el límite sancionatorio impuesto en la ley, respecto de las demás investigadas que resultan "desiguales", según el argumento de **HOLCIM**.

De otro lado, frente al criterio de graduación correspondiente al "grado de participación del investigado", **ARGOS** afirmó que resulta insuficiente que la Superintendencia indicara que se demostró la participación activa de **ARGOS** pues era necesario explicar "los razonamientos sobre la participación de **ARGOS**", "cuál fue el papel de cada investigado", "quién fue el líder de la conducta" o "quién promovió el supuesto paralelismo".

Este Despacho pone de presente que a través de toda la exposición de la conducta restrictiva que se realizó en los cientos de páginas de la Resolución Sancionatoria, se pueden identificar elementos suficientes de la participación activa de **ARGOS** —por supuesto con las características que pueden esperarse de un comportamiento oculto configurado en la modalidad de paralelismo consciente— por lo que no es cierto que este Despacho se hubiera limitado a realizar una afirmación general sin sustento.

Adicionalmente, debe destacarse que el criterio de graduación al que se hace referencia, "el grado de participación del investigado", no implica que se deba establecer quién promovió o lideró la conducta, pues ese es un elemento marginal en la medida en la que resulta indiferente para la configuración de la conducta (y solo es relevante en determinados en los Programas de Delación o Programas de Beneficios por Colaboración) y en todo caso dada la naturaleza de este tipo de comportamientos —incluso contando con suscriptores del Programa de Beneficios por Colaboración en acuerdos expresos con prueba directa, como Papeles Pañales o Cuadernos— resulta de gran dificultad determinarlo.

De otro lado, los recursos de reposición de los investigados hicieron énfasis en las supuestas deficiencias en el análisis realizado por el Despacho respecto del criterio correspondiente al "impacto de la conducta".

Sobre el particular **HOLCIM** manifestó que es falsa la afirmación de la Superintendencia, según la cual el incremento de los precios del cemento gris Portland tipo 1 fue de 29,9%, mientras que la inflación fue solamente del 9,3%, pues omitió deliberadamente que en 2010 los precios decrecieron en un 6%.

Sobre el particular, es necesario aclarar que: (i) el incremento de 29,9% mencionado en la Resolución Sancionatoria fue calculado utilizando los precios promedio ponderados para enero de 2010 y diciembre de 2012, fechas extremas del periodo investigado. (ii) al Despacho sí tuvo en cuenta el decrecimiento de los precios observado en el 2010 para el cálculo del incremento en precios. De hecho, si se hubiese tomado como referencia el precio promedio más bajo del mercado durante el periodo investigado, esto es aquel correspondiente a noviembre de 2010, el incremento en precios desde el mes en mención hasta diciembre de 2012 hubiese sido de 36,4%, cifra evidentemente superior a 29,9%. Luego, no es cierto que se haya omitido deliberadamente dicha

²²⁴ Corte Constitucional Sentencia C-250 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones.

fase de caída de los precios promedio del cemento gris Portland tipo 1; y (iii) como se hizo evidente en la Resolución Sancionatoria, el incremento de 29,9% es nominal, frente a lo cual, para obtener el valor real, solo basta con restarle el 9,3% de inflación causada en el periodo investigado para obtener el crecimiento real de los precios que para el periodo 2010-2012 fue de 20,6%.

Por las razones anteriores, el Despacho reafirma que el ejercicio por el cual concluyó que el incremento de los precios promedio del cemento gris Portland tipo 1 fue de 29,9% mientras que la inflación fue solamente del 9,3% es válido y refleja la situación real de la mencionada variable durante el periodo investigado.

Por otra parte, ARGOS afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio consignó una serie de generalidades abstractas sobre el sector de la construcción, pero que no realizó un ejercicio riguroso sobre el impacto que habría tenido la conducta en el mercado investigado, según le correspondería de acuerdo con sus facultades sancionatorias.

Al respecto, este Despacho considera importante recordar que los acuerdos que tengan como objeto o por efecto la restricción a la libre competencia son anticompetitivos y están prohibidos por ser, razón por la cual no existe ninguna provisión del régimen de competencia colombiano que obligue a la Superintendencia de Industria y Comercio a realizar un análisis riguroso del impacto de un acuerdo anticompetitivo en el mercado en todos los casos sancionados. Por lo tanto, es suficiente comprobar el objeto del acuerdo aun cuando el mismo no haya tenido ningún efecto en el mercado, para concluir que el mismo es violatorio del régimen de libre competencia en Colombia y, en consecuencia, merecedor de una sanción. Por lo anterior, los ejercicios que el Despacho realizó para aproximarse de alguna manera al impacto potencial de la conducta constituyeron simplemente un análisis complementario que tenía como objetivo caracterizar el alcance de la conducta para facilitar la comprensión de la gravedad de la misma.

Ahora bien, situación completamente diferente y ajena a la presente actuación administrativa, son aquellos casos en los que la Autoridad de Competencia encuentra demostrada en la investigación la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, circunstancia en el cual la sanción podrá ser de hasta un 150% de dicha utilidad, de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, en el presente caso no se acudió a esta figura prevista en la ley, sino que la Superintendencia de Industria y Comercio se sujetó al tope legal establecido de 100 000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por estas razones, cabe rechazarse el argumento de ARGOS por improcedente e impertinente.

Adicionalmente, HOLLCIM aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta el crecimiento del precio promedio de la mampostería, el cual aumentó en un 21,9% durante el mismo periodo, cifra muy similar a la del incremento del precio del cemento en sacos, que pertenece a dicho grupo.

Sobre el particular, es importante aclararle a HOLLCIM que no es el incremento en el precio del cemento gris Portland tipo 1 lo que reprochó el Despacho en la Resolución Sancionatoria y por lo cual HOLLCIM fue sancionada, sino el paralelismo consistente entre los precios de la empresa y los de ARGOS y CEMEX. En este sentido, es indiferente que el precio promedio de la mampostería o de otro grupo perteneciente al sector de la construcción haya también aumentado en proporciones similares al aumento del precio del cemento gris Portland tipo 1 durante el periodo investigado, más aún si se tiene en cuenta la posibilidad de que dicho incremento haya sido un resultado directo del aumento observado en el precio del producto involucrado en el acuerdo de precios sancionado.

Por otro lado, ARGOS sostuvo que cuando la Superintendencia de Industria y Comercio comparó la cantidad de bultos de cemento gris Portland tipo 1 que se podrían adquirir con el salario mínimo mensual legal vigente en enero de 2010 y diciembre de 2012, lo hizo con precios ex fábrica que no corresponden a los precios reales a los que ARGOS usualmente vende cemento a sus clientes, por cuanto es necesario agregarles el fleite.

Al respecto, el Despacho considera oportuno poner de presente la contradicción entre los argumentos presentados por ARGOS en su recurso de reposición, por cuanto en algunas afirmaciones acepta que la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó precios ex fábrica y asegura que los mismos no son los adecuados, como aquella referenciada en el párrafo inmediatamente anterior, mientras que en otras precisamente lo que asevera es que ni ARGOS cuenta con precios ex fábrica y por tanto no pudo aportarlos al expediente, ni el Despacho hizo uso

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

de precios ex fábrica en los ejercicios referentes a paralelismo en precios. Al margen de las explicaciones puntuales efectuadas en la presente resolución, lo cierto es que estas dos afirmaciones muestran la conveniencia, parcialidad y manipulación argumental que utiliza ARGOS al momento de presentar sus descargos frente a lo cual simplemente se considera relevante para la Superintendencia de Industria y Comercio dejar constancia y trazabilidad de este asunto.

Sin perjuicio de lo anterior y frente al argumento presentado por ARGOS, es importante tener en cuenta que, las comparaciones realizadas por el Despacho tienen un fin ilustrativo consistente en mostrar que el incremento en los precios del cemento gris Portland tipo 1 durante el periodo investigado impactó negativamente el poder adquisitivo de los consumidores del bien. En este sentido, la veracidad del ejercicio radica en que las unidades comparadas, esto es, precios ex fábrica del producto en diferentes momentos de tiempo, fueron las mismas.

Adicionalmente, y como se reiteró un sinnúmero de veces en el presente acto administrativo, el Despacho considera que utilizar los precios ex fábrica de las empresas como variable de análisis, es lo adecuado en el presente caso, además de haber sido la variable que el Despacho utilizó durante todo el análisis en la presente actuación administrativa. De no haberlo hecho de esta manera, seguramente los investigados se estarían quejando ahora que para este ejercicio se utilizaron unos precios diferentes al precio ex fábrica, que fue el utilizado consistentemente durante toda la investigación.

Con todo, lo cierto es que, si un cliente que estuviera localizado en cualquier municipio de país hubiese querido comprar cemento gris Portland tipo 1, solamente como resultado del aumento en el precio del cemento y sin tener en cuenta factores ajenos a la presente investigación como lo son el transporte del mismo y el IVA, su capacidad adquisitiva se vio altamente disminuida entre enero de 2010 y enero de 2012.

Así mismo, ARGOS aseguró que los incrementos en precios del cemento gris Portland tipo 1 en relación con el Índice de inflación no pueden constituir un hecho que merezca reproche, toda vez que, según la sancionada, en ningún momento se ha acreditado que dicho incremento por encima del índice fuera el resultado de un acuerdo restrictivo.

Frente a particular, el Despacho considera pertinente precisar que: (i) el incremento del precio promedio del cemento gris Portland tipo 1 en relación con el Índice de Precios al Consumidor no constituyó un elemento relevante en la imputación de responsabilidades a las empresas sancionadas por haber incurrido en un acuerdo restrictivo de a competencia, y (ii) el Despacho en ningún momento utilizó el ejercicio en mención para concluir que el incremento en precios del cemento gris Portland tipo 1 encontrado, haya sido inequívocamente el resultado del paralelismo en precios ya acreditado en acápites anteriores de la Resolución Sancionatoria. Por lo anterior, no se puede admitir el argumento de ARGOS según el cual el Despacho aseguró que tal incremento hubiese sucedido por la existencia del acuerdo, por cuanto tal afirmación no es cierta.

Además, HOLCIM agregó que los sectores que el Despacho mencionó en la sección referente al impacto potencial de la conducta, como la construcción de infraestructura y colegios, no son los que adquieren cemento gris Portland tipo 1. De acuerdo con la empresa en mención, esos clientes adquieren normalmente cemento a granel, e incluso concreto. En este sentido, ARGOS agregó que incluir comparaciones con cifras de cemento en general y no de cemento gris Portland tipo 1 magnifica y falsea el impacto de la conducta.

En cuanto a los ejemplos citados por la Superintendencia de Industria y Comercio en referencia a la construcción de infraestructura y colegios, y frente a los cuales ARGOS y HOLCIM aseguran no son representativos de clientes que adquieren cemento gris Portland tipo 1, o se refieren a cemento en general y no gris Portland tipo 1, el Despacho advierte nuevamente una lectura sesgada e incompleta de la Resolución Sancionatoria por parte de ARGOS y HOLCIM, por cuanto los procesos de contratación citados como ejemplos de que el acuerdo sancionado tuvo un potencial efecto negativo sobre la construcción de colegios y otras obras de infraestructura, si incluyen al cemento gris Portland tipo 1 como insumo para las obras que involucran. Esto es, los contratos especifican como objeto la contratación de cemento gris Portland tipo 1 en algunos casos y, en otros casos, el producto está presente en el pliego de condiciones, de forma tal que, si bien no fue el único insumo necesario para las obras en mención, sí constituyó parte relevante de las mismas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

Por tal razón no es cierto que la conducta sancionada no haya tenido la potencialidad de afectar sectores tan sensibles para la economía colombiana como la construcción de infraestructura y de colegios, ni que las cifras presentadas no hayan sido de cemento gris Portland tipo 1. Por lo anterior, no es cierto que las comparaciones contenidas en la sección de impacto potencial magnifiquen el posible efecto que hubiese tenido la conducta sobre el mercado.

Ahora bien, **ARGOS** argumentó que el hecho de que la Superintendencia de Industria y Comercio no haya tenido en cuenta que la sancionada apoyó al Gobierno presente en programas de construcción de vivienda de interés social le quita validez al análisis presentado sobre el impacto potencial de la conducta.

Frente a particular, no es de recibo para el Despacho apelar a la colaboración de las empresas en programas sociales del Gobierno con el fin de que se subestime el impacto que la cartelización sancionada hubiese podido tener en la economía. Si bien el apoyo a los programas del Gobierno es bien recibido y ponderado por la Superintendencia de Industria y Comercio, participar en dichas iniciativas no exime a las empresas de comportarse en los mercados de acuerdo con el régimen de competencia y mucho menos contrarresta los efectos que prácticas anticompetitivas como la endilgada en la Resolución Sancionatoria tienen sobre el bienestar de los consumidores. Por lo anterior, es inadmisibles que los investigados pretendan utilizar argumentos ajenos al objeto de la investigación tales como el pago de impuestos, generación de empleo, apoyo a fundaciones o causas sociales, entre otros aspectos, para sugerir una inmunidad o una aplicación más laxa o preferencial de las reglas de libre competencia económica.

De otro lado, frente al criterio correspondiente a "la dimensión del mercado afectado" **ARGOS** afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio excluyó de forma expresa el análisis del segmento industrial, el cual para la época investigada representaba aproximadamente el 31% del consumo total de cemento gris Portland tipo 1. Lo anterior, de acuerdo con la sancionada, pone de presente el error trascendental en el análisis y dimensionamiento del mercado supuestamente afectado.

Al respecto, este Despacho concuerda parcialmente con **ARGOS** en cuanto a que en parte del análisis de paralelismo de precios se excluyó de forma expresa al segmento industrial, correspondiente en su mayoría a ventas a concreteteras. Sin embargo, no es cierto que dichas ventas representen el 31% del total de ventas de cemento gris Portland tipo 1, pues como corroboró el Despacho de acuerdo con las cifras aportadas por **ARGOS**, dicho segmento representó durante el período investigado menos del 4% del mercado. En cualquier caso, las ventas a constructores que **ARGOS** podría considerar como parte del segmento excluido, si fueron incluidas en todos los ejercicios presentados en la Resolución Sancionatoria. De hecho, al mencionar la exclusión del segmento industrial, en la citada resolución se indicó expresamente que:

*"Ahora bien, teniendo en cuenta que, tal y como la Delegatura señaló en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, el segmento industrial representa tan solo el 4% del total de las ventas de cemento gris Portland tipo 1, en valor y volumen y atendiendo a las observaciones al Informe Motivado presentadas por **CEMEX**, a continuación, se presenta la gráfica correspondiente a la evolución de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional de los segmentos detallista, mayorista y constructor (en adelante, segmentos representativos) en el período investigado, en la cual es posible observar la misma dinámica descrita anteriormente para el total del mercado."²⁰⁵
(Subrayas fuera de texto).*

En relación con el criterio de graduación relativo al "beneficio obtenido por el infractor" **ARGOS** expresó que no se mencionó ni cuantificó cuál fue, de manera específica y en cifras concretas, el supuesto beneficio que presuntamente obtuvo **ARGOS** en razón de la conducta que se le endilga.

Frente a este punto, el Despacho recuerda al impugnante que no existe obligación jurídica alguna de calcular el beneficio derivado de la conducta infractora. Al respecto, la Ley 1340 de 2009 no especifica si el criterio en mención requiere cuantificación o por el contrario, baste solamente con avanzar en un análisis cualitativo, tal y como fue realizado en la Resolución Sancionatoria. Si se hubiera cuantificado la utilidad percibida por **ARGOS** con la conducta infractora, la multa había podido ascender hasta un 150% de dicha utilidad, cosa que no sucedió en la presente investigación.

²⁰⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 81391 de 2017, Pág. 85.

'Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones'

De otro lado, respecto del criterio de graduación correspondiente a la 'conducta procesal' los investigados alegaron que el comportamiento procesal no constituye una circunstancia de agravación, pues no está prevista como tal en el artículo 4 numeral 15 de la Ley 1340 de 2009, razón por la cual no le estaba dado a la Superintendencia tenerla por tal a efectos de la dosificación de la sanción.

Este argumento es completamente errado, ya que esta Superintendencia no tuvo en cuenta la conducta procesal de ARGOS como un criterio para agrarar la sanción. Lo que sí hizo fue utilizar la conducta procesal como un criterio de graduación de la sanción, en cumplimiento estricto de lo establecido en el numeral 5 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que prevé como criterio para graduar la sanción "la conducta procesal de los investigados". Por lo tanto, el argumento de la recurrente carece de todo fundamento.

Ahora bien, frente a la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia ARGOS señaló que no es de recibo "caracterizar a CFMENTOS ARGOS como un infractor recurrente de las normas de promoción de la competencia, llegando incluso hasta el extremo de sustentar lo anterior en la imposición de una sanción a la Corporación de cemento Andino C.A. en Venezuela en el año 2003, que fue suspendida por la Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo de ese país en abril de 2005"

Para el Despacho este argumento es una muestra más de la amañada y malintencionada interpretación que hace ARGOS de la Resolución Sancionatoria: en primer lugar, porque en ningún momento se señaló como criterio de agravación de la conducta 'la existencia del antecedente por fijación de precios del año 2003 en Venezuela'; en segundo lugar, porque convenientemente el recurrente omite decir que frente a la 'existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia' se hacía referencia al antecedente relacionado con la Resolución No 51694 del 4 de diciembre de 2008, por medio de la cual se sancionó a ARGOS, CEMEX y HOLCIM y a algunas personas naturales por infringir la libre competencia económica, y, finalmente, porque en todo caso este criterio de agravación no fue tenido en cuenta, por cuanto el monto máximo fijado en la legislación colombiana para sancionar conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica hacía imposible imponer el agravante aplicable a ARGOS, por cuanto sin añadir ningún criterio de agravación la sanción a imponer era la máxima legal permitida.

Por todo lo expuesto, es claro que el argumento de ARGOS resulta impertinente.

Por otra parte, HOLCIM argumentó que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por la Ley 1340 de 2009, no indica si los salarios mínimos legales vigentes son los vigentes al momento de imponer la sanción, o al momento de la ocurrencia de la conducta.

Al respecto, este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores²⁰⁶ que la simple lógica, por utilizar las palabras del Consejo de Estado, indica que el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual legal vigente al momento de la imposición de la sanción. En efecto, sobre el particular el Consejo de Estado indicó que:

'() Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, (), debe ser imputada bajo el salario mínimo mensual vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.

(...)

Considera esta Sala, que si bien la Ley (...) no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción () pues de lo contrario, sería lógico pensar que por cada hecho debe sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub iudice, se trataba inicialmente de

²⁰⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante. (...) ²⁰¹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

Conforme con la jurisprudencia anteriormente citada, resulta claro para este Despacho que el salario mínimo legal mensual vigente al que se refiere el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el correspondiente al momento de imponerse la sanción y no al momento de la ocurrencia de la infracción. De esta manera, el monto de la sanción impuesta a los recurrentes se ajustó a la ley y se encuentra dentro del límite establecido (incluso por muy debajo del tope legal). Es así como en el presente caso se aplicó el valor de salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción, como lo ordena la ley, como lo ha hecho la Superintendencia de Industria Comercio en todos sus casos, como lo hacen todas las entidades públicas al momento de ejercer su función sancionadora y como lo dice a simple lógica, se reitera, por utilizar las palabras del propio Consejo de Estado.

Además de lo anterior, obsérvese que la propia Ley 1340 de 2009, al modificar el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que se refiere a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a las personas naturales por infracciones al régimen de libre competencia, se refiere expresamente a "salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción", lo que obviamente dentro de una interpretación armónica y sistemática de la normatividad obliga a concluir que tratándose de personas jurídicas también son salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción. Sostener lo contrario, como lo hacen algunos sancionados, no hace sentido alguno. Por las anteriores razones, este argumento debe ser rechazado.

Por último, para **HOLCIM** la multa impuesta resulta ser confiscatoria, pues según lo afirma su causación generaría pérdidas que representan el 186% de sus utilidades en 2017. Adicionalmente señaló que la multa representa aproximadamente el 100% del capital suscrito y pagado de la empresa.

Al respecto, el Despacho considera importante recordarle al recurrente que, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, ni las utilidades netas ni el capital suscrito y pagado constituyen criterios de graduación a tener en cuenta para el cálculo de las sanciones derivadas de una práctica restrictiva de la competencia. Lo que sí hace parte de dichos criterios es el patrimonio de la empresa, razón por la que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una multa que no superó el 23% del patrimonio del año 2016 y que representó no más del 8% de sus ingresos operacionales. Cabe aclarar que esta última referencia se realizó únicamente con el fin de dimensionar la capacidad de pago de la empresa.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 81391 del 11 de diciembre de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECHAZAR las solicitudes de nulidad propuestas por los impugnantes de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CEMENTOS ARGOS S.A., HOLCIM (COLOMBIA) S.A., JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS, ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, CARLOS JACKS CHAVARRÍA, MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ y JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR la presente Resolución a **CEMEX COLOMBIA S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S., CEMENTOS SAN MARCOS S.A., JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CÁDAVID, CÉSAR CONSTAIN VAN RECK, MOISÉS PÉREZ YUNES, GABRIEL GUTIÉRREZ**

²⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 13 de marzo de 2014. M P. Marco Antonio Velásquez Moreno. Expediente 44991-23-31-000-2008-00124-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

RUBIO, FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES, CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO, FERNANDO DE FRANCISCO REYES y MAURICIO VILLALOBOS JULIAO,

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **06 ABR 2018**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Preparó y revisó: Felipe Garza Pinata
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICAR

CÉMENTOS ARGOS S.A.
NIT 890106251-0
Apoderado:
GABRIEL IBARRA PARDO
C.C. 3.181.441
T.P. 35.691 del C.S. de la J.
PBX (571) 2303890
Calle 98 No. 9 A - 41 Oficina 309
Bogotá D.C.

HOLCIM (COLOMBIA) S.A.
NIT 860009808-5
MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA
C.F. F395772
JAIME HILL TINOCO
C.E. 353.493
Apoderado:
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
C.C. 10.489.933
T.P. 38.447 del C.S. de la J.
PBX (571) 3122900
Av. Calle 72 No. 8 - 30, Piso 12
Bogotá D.C.

ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE
C.C. 52.419.500
INGRID RESTREPO LIBEROS
C.C. 43.082.486
JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO
C.C. 70.551.175
Apoderado:
DIEGO CARDONA BAQUERO
C.C. 79.943.545
T.P. 122.060 del C.S. de la J.
Teléfono (1) 3266682
Carrera 9 No. 74 - 09 Oficina 305
Bogotá D.C.

CARLOS JACKS CHAVARRIA
C.E. 303455
Apoderado:
JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS
C.C. 79.558.351
T.P. 75.012 del C.S. de la J.
Teléfono (571) 5400106
Calle 78 No. 10 - 31 - Casa 4
Bogotá D.C.

COMUNICAR

CEMEX COLOMBIA S.A.
NIT. 860002523 1
Apoderado:
ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD
C.C. 79.946.984

"Por la cual se decretan unos recursos de reposición y se adoptan otras disposiciones"

T.P. 148.332 del C.S. de la J.
Teléfono: (571) 3482011
Calle 70 A No. 4 - 41
Bogotá D.C.

CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.
NIT 830089238-2
FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES
C.C. 3.249.836
CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO
C.C. 88.252.365
Apoderado
JORGE JAECKEL KOVACS
C.C. 60.410.652
T.F. 64.720 del C.S. de la J.
Teléfono: (571) 7442055
Carrera 15 No. 93 A - 62 Oficina 401
Bogotá D.C.

CEMENTOS SAN MARCOS S.A.S.
NIT 900233101-1
Apoderado
FRANCISCO J. HURTADO LANGER
C.C. 16.823.570
T.P. 66.320 del C.S. de la J.
PBX (572) 5410300
Avenida 4N No. 6N - 67 Oficina 403 - 405, Edificio Siglo XXI
Cali - Valle del Cauca

FERNANDO DE FRANCISCO REYES
C.C. 16.876.690
MAURICIO VILLALOBOS JULIAO
C.C. 94.487.951
Apoderado
DAVID MEZA MANTILLA
C.C. 1.130.623.351
T.P. 285.938 del C.S. de la J.
PBX (572) 5410300
Avenida 4N No. 6N - 67 Oficinas 403 - 405, Edificio Siglo XXI
Cali - Valle del Cauca.

JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID
C.C. 8.345.685
Apoderado
MARÍA CLAUDIA URIZA PARDO
C.C. 51.788.982
T.P. 67.632 del C.S. de la J.
Teléfono: (571) 8089400 Extensión 1191
Avenida Calle 24 A No. 58-42 - Torre ARGOS, Piso 9
Bogotá D.C.

CÉSAR CONSTAIN VAN RECK
C.C. 79.143.326
Apoderado
JAIMÉ ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS
C.C. 76.556.351
T.P. 75.012 del C.S. de la J.
Teléfono: (571) 5403136
Calle 78 No. 10 - 31 - Casa 4
Bogotá D.C.

MOISÉS PÉREZ YUNES
C.C. 79.260.495
GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO
C.C. 19.999.666
Apoderado
ALFONSO MIRANDA LONDÑO
C.C. 19.489.933
T.P. 36.447 del C.S. de la J.
PBX (571) 3122300
Av. Calle 72 No. 6 - 30 Piso 12
Bogotá D.C.