



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **8 1 3 9 1** DE 2017

( 1 1 DIC 2017 )

Radicación: 11-116942

VERSIÓN PÚBLICA

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**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 2011<sup>1</sup>, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992<sup>2</sup>, y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la Delegatura) ordenó Abrir Investigación y formular Pliego de Cargos contra **CEMENTOS ARGOS S.A.** (en adelante **ARGOS**), **CEMEX COLOMBIA S.A.** (en adelante **CEMEX**), **HOLCIM COLOMBIA S.A.** (en adelante **HOLCIM**), **CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.** (en adelante **TEQUENDAMA**) y **CEMENTOS SAN MARCOS S.A.S.**<sup>3</sup> (en adelante **SAN MARCOS**), para determinar si infringieron lo dispuesto en los numerales 1 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios) y 3 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general de competencia).

Así mismo, se Abrió Investigación y formuló Pliego de Cargos contra las siguientes personas naturales vinculadas con las sociedades antes mencionadas, para determinar si habrían incurrido 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, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas imputadas a las personas jurídicas, así:

**- Personas naturales investigadas vinculadas con ARGOS**

- **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID**, Presidente de **ARGOS** y Presidente de su Junta Directiva.
- **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 investigadas vinculadas con CEMEX**

- **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, Presidente y Representante Legal de **CEMEX**.
- **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, Presidente y Representante Legal de **CEMEX**.

**- Personas naturales investigadas vinculadas con HOLCIM**

- **MOISÉS PÉREZ YUNES**, Presidente y Representante Legal de **HOLCIM** y miembro de su Junta Directiva.

<sup>1</sup> Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

<sup>2</sup> Modificado por el Decreto 19 de 2012.

<sup>3</sup> Antes **CEMENTOS SAN MARCOS S.A.**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- MIGUEL ÁNGEL RUVACALBA 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 Directiva<sup>4</sup>.
- GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO, Gerente de Abastecimiento de **HOLCIM**.

**- Personas naturales investigadas vinculadas con TEQUENDAMA**

- FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES, Presidente y Representante Legal de **TEQUENDAMA**.
- CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO, Jefe de Ventas y Director Comercial de **TEQUENDAMA**.

**- Personas naturales investigadas vinculadas con SAN MARCOS**

- FERNANDO DE FRANCISCO REYES, Gerente y Representante Legal de **SAN MARCOS**.
- MAURICIO VILLALOBOS JULIAO, Director Comercial de **SAN MARCOS**.

**SEGUNDO:** Que la presente actuación administrativa se inició como consecuencia de diferentes denuncias remitidas a la Superintendencia de Industria y Comercio, relacionadas con el incremento de los precios del cemento en Colombia.

En esencia, las denuncias coincidieron en expresar su descontento frente a las continuas alzas en el precio del cemento en Colombia, las cuales estarían afectando a los colombianos más pobres que requerían mejoramiento de su vivienda<sup>5</sup> (incluso para defenderse de la ola invernal)<sup>6</sup>, al paso que atentaban contra el desarrollo de proyectos de Vivienda de Interés Social (VIS) y Vivienda de Interés Social Prioritaria (VIP)<sup>7</sup>. De igual forma, los quejosos manifestaron que las alzas en el precio del cemento estarían perjudicando a los comerciantes minoristas de materiales para la construcción<sup>8</sup>.

Los quejosos también denunciaron otros aspectos tales como: (i) que en Colombia se estaba pagando el precio más alto del mundo por tonelada de cemento<sup>9</sup>; (ii) que los precios de este insumo estaban subiendo cada dos (2) meses<sup>10</sup> o al menos tres (3) veces al año<sup>11</sup>; (iii) que los productores de cemento manejaban los precios con acuerdos hechos entre las distintas marcas<sup>12</sup>; (iv) que las grandes cementeras no tenían "ningún tipo de control del Gobierno para subir el precio", al punto

<sup>4</sup> 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**.

<sup>5</sup> Escrito radicado con el No. 11-123339 del 21 de septiembre de 2011. Folio 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Cuando en la presente resolución se haga referencia al "Expediente" el mismo corresponde al Radicado con No. 11-116942.

<sup>6</sup> Escrito radicado con el No. 11-142430 del 24 de octubre de 2011. Folio 15 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>7</sup> Escrito radicado con el No. 11-152548 del 10 de noviembre de 2011. Folios 21 y 22 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>8</sup> Escrito radicado con el No. 11-116942 del 9 de septiembre de 2011. Folio 2 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>9</sup> Escrito radicado con el No. 13-164091-0 del 10 de julio de 2013. Folios 614 a 617 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Esta denuncia guarda relación con otra queja radicada con el No. 13-144742-0 del 18 de junio de 2013, que puso de presente un posible caso de precio monopólico, oligopolio y dumping en la industria cementera en Colombia (Folios 535 a 539 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente). Estos escritos fueron recibidos después del inicio de la averiguación preliminar.

<sup>10</sup> Escrito radicado con el No. 12-014438 del 31 de enero de 2012. Folios 57 y 58 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>11</sup> Escrito radicado con el No. 11-162726 del 28 de noviembre de 2011. Folio 27 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>12</sup> Escrito radicado con el No. 12-014454 del 31 de enero de 2012. Folios 60 y 61 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

que es "más barato importarlo de países vecinos que comprar nuestro producto nacional"<sup>13</sup>; y (v) teniendo en cuenta que las grandes cementeras habían quebrado a las pequeñas en el pasado, "no hay quién las controle"<sup>14</sup>.

Además, obra en el Expediente una denuncia realizada por una persona jurídica en nombre de los pequeños constructores<sup>15</sup>, en la que se afirmó que los precios del cemento habían tenido un incremento *injusto, desmedido y descarado nunca antes visto en la historia del país*, ya que se habían advertido subidas del precio por bulto de este insumo de hasta un 47% en solo seis (6) meses.

A partir de las referidas denuncias, la Delegatura ordenó el inicio de una averiguación preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de posibles conductas anticompetitivas.

Agotada la averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013<sup>16</sup>, por medio de la cual se ordenó la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos (en adelante, Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos), en la que formuló las siguientes imputaciones a los investigados: (i) haber incurrido en un acuerdo para la fijación de los precios de venta de cemento gris Pórtland tipo 1 para los años 2010 a 2012, en la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente (numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); (ii) haber incurrido en un acuerdo para la repartición de mercados para el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012 (numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992) y; (iii) haber incurrido en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a afectar la libre competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959).

La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos soportó la imputación del presunto acuerdo para la fijación de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente entre los investigados, en pruebas recaudadas por la Delegatura que daban cuenta de un incremento uniforme y coordinado de los precios de venta de cemento gris Pórtland tipo 1 para los años 2010 a 2012, así como en la existencia de un *tracking* de precios como una práctica constante que serviría de mecanismo de supervisión del presunto acuerdo. Sumado a lo anterior, la Delegatura encontró correos electrónicos relacionados con el intercambio de información comercial y de negociaciones entre los investigados, que darían cuenta de un ambiente colaborativo entre ellos, con lo que se evidenciaría que el paralelismo observado obedecería a un acuerdo entre los investigados en la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente.

La conducta relacionada con el acuerdo de repartición de mercados en la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente fue fundamentada por la Delegatura en que las participaciones de mercado a nivel departamental de los investigados se habían comportado de manera estable durante el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012. Adicionalmente, la Delegatura evidenció la existencia de un presunto comportamiento pasivo no competitivo por parte de los investigados ante la entrada de nuevos competidores y una presunta restricción de la venta del producto en algunas zonas del país.

Finalmente, la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) fue fundamentada por la Delegatura en pruebas que inicialmente daban cuenta de: (i) la existencia de mecanismos o procedimientos de verificación del comportamiento de competidores, en especial, el denominado *tracking* de precios e intercambio de información; (ii) la falta de apreciación de actividades encaminadas a contrarrestar los efectos que pudiese generar la entrada de un nuevo competidor; (iii) la colaboración para la compra-venta de materias primas y otros elementos entre las empresas investigadas, que permitiría inferir la intención de no competir; y (iv) haber incurrido presuntamente en precios inequitativos.

<sup>13</sup> Escrito radicado con el No. 12-014438 del 31 de enero de 2012. Folios 57 y 58 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>14</sup> Escrito radicado con el No. 12-035154 del 29 de febrero de 2012. Folios 62 y 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>15</sup> Escrito radicado con el No. 12-14175 del 30 de enero de 2012. Folio 55 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>16</sup> Folios 884 a 968 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**TERCERO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y corridos los términos para solicitar y aportar pruebas<sup>17</sup>, mediante las Resoluciones No. 24156 del 11 de abril de 2014, 33107 del 27 de mayo de 2014, 38257 del 18 de junio de 2014, 92176 del 26 de noviembre de 2015 y 29148 del 25 de mayo de 2017, la Delegatura ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados y rechazó otras. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

**CUARTO:** Que el 21 de octubre de 2017, una vez culminó la etapa probatoria y se agotó el trámite previsto en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante Informe Motivado)<sup>18</sup>, en el cual recomendó:

(i) Declarar administrativamente responsables y sancionar a **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, por incurrir en las conductas descritas en los numerales 1 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios) y 3 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

(ii) Declarar administrativamente responsable y sancionar a las siguientes personas naturales, 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 haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas contempladas en los numerales 1 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios) y 3 (acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general):

- Personas naturales investigadas vinculadas con **ARGOS**:

- JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID
- JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO
- INGRID RESTREPO LIBREROS
- ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE

- Personas naturales investigadas vinculadas con **CEMEX**:

- CARLOS JACKS CHAVARRÍA

- Personas naturales investigadas vinculadas con **HOLCIM**:

- MIGUEL ÁNGEL RUVACALBA MÉNDEZ
- JAIME ANTONIO HILL TINOCO

(iii) Archivar la investigación administrativa en favor de **TEQUENDAMA** y **SAN MARCOS**, respecto de las conductas imputadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

(iv) Archivar la actuación administrativa, respecto de las conductas imputadas en el Pliego de Cargos contenido en la Resolución de Apertura de Investigación, en favor de las siguientes personas naturales:

- Personas naturales investigadas vinculadas con **CEMEX**:

- CÉSAR CONSTAIN VAN RECK

- Personas naturales investigadas vinculadas con **HOLCIM**:

- MOISÉS PÉREZ YUNES
- GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO

<sup>17</sup> Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

<sup>18</sup> Folio 6641 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Personas naturales investigadas vinculadas con **TEQUENDAMA**:

- **FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES**
- **CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO**

- Personas naturales investigadas vinculadas con **SAN MARCOS**:

- **FERNANDO DE FRANCISCO REYES**
- **MAURICIO VILLALOBOS JULIAO**

A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan la recomendación de declarar administrativamente responsables a las personas naturales y jurídicas atrás mencionadas:

En cuanto a los acuerdos anticompetitivos imputados a los investigados, la Delegatura señaló lo siguiente:

- **Consideraciones de la Delegatura sobre el acuerdo entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM para fijar los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 entre 2010 y 2012**

En relación con el acuerdo para la fijación de los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 entre 2010 y 2012 en la modalidad de práctica conscientemente paralela, la Delegatura partió por indicar que el paralelismo de precios es un comportamiento estratégico en el cual los agentes de mercado, de forma unilateral o cooperativa, convergen hacia una trayectoria óptima de beneficios en el largo plazo. En otras palabras, habrá paralelismo cuando la conducta de los agentes muestre un patrón semejante –no necesariamente igual– de comportamiento en las variables de competencia (i.e. precios y cantidades).

El Informe Motivado llegó a la conclusión de que durante el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, efectivamente existió un paralelismo en los precios promedio ponderados ex fábrica –por kilogramo– del cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, pues los mismos se comportan de manera paralela; coinciden, en su mayoría, en la tendencia creciente; y presentan similitudes en la cuantía de las variaciones de los mismos. Al respecto, es importante indicar que el análisis de la Delegatura no incluyó a **SAN MARCOS** ni a **TEQUENDAMA**, en consideración de algunas circunstancias particulares respecto de estos investigados que le permitieron concluir, *ab initio*, que dichos investigados no habrían incurrido en la conducta.

Entre abril de 2011 y febrero de 2012 se presentó, de manera conjunta y sistemática, un incremento en el precio del cemento gris Pórtland tipo 1 de las empresas **ARGOS** (22%), **CEMEX** (23%) y **HOLCIM** (22%). Lo anterior, permitió a la Delegatura establecer que hubo un comportamiento convergente entre **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** hacia un resultado homogéneo de incremento del precio del producto afectado con su conducta, que no puede ser el resultado del azar o de una mera coincidencia. También encontró el Informe Motivado que existió paralelismo en los precios promedio ponderados ex fábrica<sup>19</sup> para el segmento masivo e industrial.

El Informe Motivado concluyó también que el paralelismo de los precios promedio ponderados ex fábrica de cemento gris Pórtland tipo 1 de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** se mantiene aun cuando el análisis se realiza por departamentos.

La Delegatura identificó dos escenarios de tiempo diferenciados en los que disminuyó la variabilidad de los precios de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** en todos los mercados departamentales. Lo anterior, señaló la Delegatura, constituye un indicio de una reducción en la competencia vía precios.

Al analizar la variabilidad de los precios y el nivel de concentración de varios departamentos del país, el Informe Motivado encontró que, ante reducciones en el nivel de concentración, no se evidencian incrementos en la variabilidad en los precios de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**.

<sup>19</sup> La característica principal de estos precios es la disposición de la mercancía al comprador en puerta de fábrica. En este sentido, no incluye costos de fletes, aseguramiento de mercancía, aduana, aranceles, entre otros.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Algunos de los investigados argumentaron que el comportamiento paralelo evidenciado podría ser explicado por características propias de un mercado oligopólico en competencia. Con el fin de examinar dicho argumento, la Delegatura consideró pertinente descomponer las series de precios de los investigados en su componente cíclico, que recoge la variación de la serie que se debe a la interacción de los agentes económicos en cada momento del tiempo, y el componente tendencial, que recoge la parte del precio vinculada principalmente con factores de largo plazo y constituye el crecimiento o declinación de la serie por fuerzas básicas. Para lo anterior utilizó el filtro de *Hodrick- Prescott*.

La gráfica del componente cíclico de las series de precios muestra una sincronía en su evolución, por lo que es innegable que, aun sin la tendencia, el componente aleatorio de las series describe una trayectoria similar –patrón– en los precios de las empresas investigadas, con lo cual se refuerza el paralelismo.

El análisis económico de la Delegatura arrojó también, entre otros resultados, que los precios promedio ponderados ex fábrica de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** no siguieron el comportamiento de sus propios costos, sino que fueron dependientes entre sí, es decir, existió causalidad entre los precios de estas empresas.

Otro de los puntos del análisis económico de la Delegatura indicó que aunque existían asimetrías en costos y capacidad instalada y ociosa entre las investigadas, su dinámica no se vio reflejada en sus precios. Adicionalmente, la Delegatura señaló que **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** aumentaron simultáneamente sus precios, aun cuando tenían capacidad de producción suficiente para atender los incrementos que se presentaron en la demanda del mercado. Es decir, que para el periodo investigado no existió una relativa escasez de cemento gris Portland tipo 1 en el mercado colombiano y, en consecuencia, no podía existir una relación entre el incremento de los precios y el aumento en la demanda, tal y como fue alegado por los investigados.

A continuación, se presentó en el Informe Motivado un análisis del comportamiento estratégico coordinado desplegado durante los años 2004 y 2005 por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, frente al fortalecimiento de **CEMENTOS ANDINO S.A.** (en adelante **ANDINO**) como competidor en el mercado de cemento en Colombia. Al respecto, la Delegatura indicó que ante la decisión de **ANDINO** de construir una planta que implicaría un incremento en su capacidad instalada en más de 150%, lo que le hubiese permitido capturar 15 puntos porcentuales adicionales de la cuota del mercado nacional, **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** respondieron agresivamente con una inusitada disminución en los precios del cemento, a tal punto que se registraron reducciones de más del 50%, situación que tuvo como consecuencia la salida del mercado de **ANDINO** y posterior adquisición de sus activos por parte de **ARGOS**.

Por último, la Delegatura determinó que al aplicar los marcadores de **Harrington**, los cuales permiten identificar comportamientos anómalos o que no son consistentes en un ambiente de competencia, los resultados indicaron que existían comportamientos de los investigados más consistentes con un escenario colusivo que con un ambiente competitivo.

Frente al elemento consciente del paralelismo de precios, la Delegatura señaló que en el presente caso se observaron una serie de evidencias de tipo económico relacionadas con la estructura y las características del mercado, las cuales favorecen la implementación de un acuerdo colusorio<sup>20</sup> (elementos analizados desde la metodología propuesta por **Posner**).

Además de lo anterior, la Delegatura presentó lo que consideró suficiente evidencia material probatoria para respaldar la existencia del elemento consciente en la presente investigación. En efecto, señaló que las compañías cementeras solían contar con información sensible de sus competidores, lo cual solo era explicable en un escenario de intercambio de información entre ellos. De igual forma, advirtió que el uso de este tipo de información, además de tener la aptitud de influir en el comportamiento de las compañías en el mercado, generaba un ambiente propicio de colaboración contrario a las normas de protección de la libre competencia económica.

Por otra parte, la Delegatura presentó algunas evidencias que muestran que el comportamiento de los investigados se enmarca en una cultura de cartelización empresarial que explica que su comportamiento haya sido objeto de investigación en reiteradas ocasiones en numerosas

<sup>20</sup> Estos elementos fueron analizados desde la metodología propuesta por Richard Posner (Richard A. Posner (2001), *Antitrust Law*, second edition, Chicago: University of Chicago Press).

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

jurisdicciones (países) del mundo (más de 30 sanciones impuestas por autoridades de protección de la libre competencia económica de otros países y 4 investigaciones anteriores en Colombia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia económica).

Así, la Delegatura presentó una reseña de diferentes investigaciones contra varios agentes de las industrias del cemento y del concreto, realizadas en al menos 30 jurisdicciones (países) entre 1983 y 2017 por conductas violatorias de la libre competencia económica como acuerdos para la fijación de precios y/o la repartición de mercados. Al respecto, agregó que en algunos de esos casos han estado involucradas las empresas aquí investigadas, sus matrices o filiales.

Adicionalmente, la Delegatura señaló que **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, también han sido sujeto de investigaciones en Colombia por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en los años 1997, 2004, 2005 y 2006, por conductas tales como fijación de precios, repartición de mercados, precios predatorios, obstrucción de competidores y establecimiento de cuotas de producción o suministro, habiendo terminado las 3 primeras investigaciones con la aceptación de las garantías propuestas por los investigados (algunas de ellas incumplidas posteriormente y con sanción por tal incumplimiento) y la última de ellas, habiendo terminado en sanción para **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**.

De otra parte, se pusieron de presente numerosos correos electrónicos y comunicaciones que darían cuenta de un ambiente colaborativo entre las empresas, que no resultaban compatibles con los intereses económicos unilaterales de los agentes en ausencia de un cartel empresarial y que, por consiguiente, no guardaban coherencia con la racionalidad económica de un mercado en competencia, tales como el suministro de materia prima fundamental (clínker), préstamo de materiales necesarios para la reparación de un horno de uno de los investigados (ladrillo refractario) y la venta de cemento a un competidor en condiciones más favorables incluso que las otorgadas a empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial del vendedor (cemento concretero).

La Delegatura también presentó las pruebas que pondrían en evidencia que durante toda la investigación, **ARGOS** tuvo un comportamiento procesal reprochable, cuya finalidad no pudo ser explicada más que por la intención de obstaculizar el desempeño de la Superintendencia de Industria y Comercio en las funciones que le corresponden, como lo es la de velar por la observancia del régimen de protección de la libre competencia económica.

Finalmente, como un último aspecto del elemento consciente, la Delegatura presentó varias evidencias de espacios propicios para la comunicación y/o contacto entre los investigados, tales como coincidencias de funcionarios vinculados con **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** en viajes realizados fuera del país, respecto de las cuales señaló que, si bien pudieron haberse dado en el marco de reuniones relacionadas con la industria, constituyen una evidencia circunstancial adicional para la demostración del elemento consciente.

**- Consideraciones de la Delegatura sobre el acuerdo entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM de repartición de mercados entre el 2010 y el 2012**

Frente a esta conducta, la Delegatura determinó que este acuerdo anticompetitivo consistió en la asignación de cuotas del mercado nacional que dieron lugar a la estabilidad en las participaciones de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**. Así mismo, la Delegatura estableció la ejecución de la conducta y los mecanismos de verificación y seguimiento del cumplimiento de las cuotas predeterminadas para cada una de las mencionadas empresas investigadas.

Para fundamentar las anteriores conclusiones, la Delegatura realizó un análisis de estabilidad de las cuotas de mercado de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** a nivel nacional y departamental, que se basó en: (i) un análisis descriptivo de las cuotas de mercado de las tres (3) compañías; (ii) un estudio de la estacionariedad de las cuotas de participación; (iii) un cálculo de volatilidad de las cuotas de mercado; y (iv) un análisis de la independencia del comportamiento de las cuotas de participación frente a los aumentos de demanda. Así mismo, la Delegatura expuso pruebas documentales con cifras desagregadas para **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** y agregadas para los competidores ajenos al presunto cartel empresarial investigado.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

De todo lo analizado, la Delegatura concluyó que las cuotas de participación de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** se mantuvieron estables, con independencia de los aumentos de demanda, y con baja volatilidad en el periodo comprendido entre 2010 y 2012.

#### **- Consideraciones de la Delegatura sobre la prohibición general**

Frente a esta conducta, la Delegatura señaló que al estar probada la infracción de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** de los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, resulta procedente endilgarles la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 –prohibición general–. En lo que concierne a la presunta fijación de precios inequitativos, la Delegatura concluyó que no encontró elementos de juicio suficientes que le permitieran concluir que, en efecto, se hubiese presentado esa conducta. Por ende, recomendó archivar específicamente lo concerniente a esta causa.

#### **- Consideraciones de la Delegatura sobre la participación de SAN MARCOS y TEQUENDAMA en las conductas investigadas**

Para la Delegatura, **SAN MARCOS** presentó unas circunstancias especiales durante el periodo investigado, que sumadas al hecho de que en el segundo semestre de 2012 copó su escala de capacidad de producción para atender la demanda que pretendió abarcar y que no tenía capacidad para influenciar las variables de mercado en el periodo investigado, era de esperarse que actuara como un seguidor de precios.

Por estas razones, la Delegatura recomendó el archivo de la investigación frente a este investigado.

En cuanto a **TEQUENDAMA**, la Delegatura consideró que las condiciones particulares de la producción de este investigado (hornos verticales) y su situación financiera particular, lo llevaron a que ingresara a la escena competitiva con una influencia cercana a cero, circunstancias que evidencian la racionalidad de la decisión de seguir los incrementos en los precios de las empresas líderes en el mercado. Sin embargo, agregó que el hecho de que **TEQUENDAMA** persistiera en el mercado, aun con estas condiciones, era indicativo de la característica de paciencia que existe en este tipo de mercados y el deseo de competir.

Por lo anterior, la Delegatura recomendó el archivo de la investigación frente a este investigado.

#### **- Consideraciones de la Delegatura frente a las personas naturales investigadas**

Frente a las personas naturales investigadas, la Delegatura encontró que respecto de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID**, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, **INGRID RESTREPO LIBREROS**, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, **MIGUEL ÁNGEL RUVACALBA MÉNDEZ**, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, existe evidencia suficiente para afirmar que incurrieron 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 su parte, frente a **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 JULIAO**, la Delegatura recomendó archivar la actuación en su favor.

**QUINTO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes dentro del término establecido para tal fin, manifestaron sus observaciones al mismo, cuyos argumentos se resumen a continuación:

##### **5.1. Argumentos planteados por ARGOS**

- El mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 es oligopólico y el comportamiento de **ARGOS** es racional en este contexto.
- La Superintendencia omitió por completo considerar y valorar tanto el experticio de los economistas Mauricio Reina y Sandra Oviedo presentado por **ARGOS**, como el testimonio de Mauricio Reina rendido en la etapa de instrucción.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **ARGOS** maximiza utilidades cuando la diferencia entre sus ingresos y sus costos alcanza el mayor valor posible, lo cual no necesariamente coincide con aspectos tales como el uso pleno de la capacidad instalada, el mayor nivel posible de producción o los mayores precios.
- En atención a las particularidades de la operación de **ARGOS** y a los costos diferenciales, existen razones técnicas que explican por qué, en situaciones de crecimiento de la demanda, la estrategia racional no necesariamente es el incremento del uso de la capacidad disponible.
- En un mercado oligopólico, el comportamiento racional de la empresa exige monitorear qué hacen sus competidores y qué está pasando en el mercado.
- Todas las compañías mostraron, en el periodo investigado, niveles visiblemente diferentes en el crecimiento en el volumen y en el valor de las ventas, comportamiento que es opuesto al esperado en un supuesto acuerdo colusorio.
- **ARGOS** vende un producto con una propuesta de valor diferenciada en el mercado, orientada al servicio de sus clientes y a las inversiones en mercadeo y publicidad, lo cual ha permitido que su marca sea identificada y diferenciada de las de sus competidores. Todo lo anterior le permite cobrar una prima de precio.
- Otra muestra de que la estrategia de **ARGOS** consiste en competir, radica en la desintermediación de canales que **ARGOS** ha implementado buscando acercarse más al cliente final. Además, ha fortalecido su posición en el canal detallista.
- El *tracking* de precios es una herramienta esencial en el escenario concurrencial y se realiza sobre los precios de venta al público, que no corresponden al valor facturado por las empresas cementeras a sus clientes directos.
- La definición de un mercado relevante es necesaria en la presente investigación, por cuanto permite determinar cuál es el producto y el escenario o ámbito geográfico en el que se realiza o ejecuta la conducta.
- La inadecuada definición del mercado relevante por parte de la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, la llevó a tal grado de inconsistencia que en algunos apartes hace referencia al cemento gris y en otras al cemento gris Pórtland tipo 1.
- El mercado geográfico relevante no es nacional sino regional, comoquiera que el transporte tiene una importante participación en la estructura de costos, dado que el cemento es un producto de peso considerable.
- Las plantas de producción despachan principalmente a departamentos cercanos; los despachos a departamentos alejados son esporádicos y tienen muy baja participación en la actividad total de cada planta.
- En la resolución por medio de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio aprobó con condicionamientos la integración empresarial entre **CEMENTOS DEL CARIBE S.A.**, **CEMENTOS ANDINO S.A.** y **CONCRECEM S.A.**, señaló que el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 era regional.
- Las participaciones de mercado de **ARGOS** en el periodo 2010-2012 no fueron estables. En el caso particular de **ARGOS**, su participación osciló entre 37% y 50% por lo que es imposible concluir que dichos valores se comporten de manera estable o estacionaria.
- Los cambios en participaciones en este mercado son muy relevantes, pues un punto de participación de **ARGOS** representaba en el periodo investigado cerca de \$ [REDACTED] de pesos de EBITDA. De esta manera, cualquier variación en las cuotas de participación tiene un altísimo impacto en la capitalización de mercado de la empresa.
- Dado que el mercado es regional, el ejercicio a nivel departamental evidencia aún más variación en las cuotas de participación, que adicionalmente se sustenta con el cálculo de los coeficientes de variabilidad de las participaciones, que resultan ser muy elevados.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- No existen pruebas directas o indirectas que den cuenta del acuerdo de repartición de mercados atribuido a **ARGOS**.
- La expresión "terceros" a la que hace alusión el Informe Motivado no prueba que **ARGOS** hiciera parte de un cartel empresarial para repartirse el mercado. Por su parte, la expresión "independiente" es un término usual de la industria del cemento y del concreto nacional e internacional con lo que suele identificarse a empresas que: (i) no hacen parte de un grupo multinacional, como sí ocurre con **CEMEX** y **HOLCIM**, y (ii) no tienen una integración vertical de los negocios de cemento – concreto.
- La Delegatura, en lugar de decretar pruebas dirigidas a precisar cómo **CEMEX** obtuvo las cifras contenidas en el archivo "BOOK1.xls" bajo las etiquetas "A", "B", "C" y "terceros", así como los motivos para emplear estas etiquetas, prefirió llenar los evidentes vacíos con argumentos que a su juicio indicaban la existencia de una conducta coordinada entre las investigadas.
- **ARGOS** no suministró ni facilitó a **CEMEX** información acerca de sus volúmenes agregados o participación de mercado, aunque debe advertirse que esta información está disponible a través de publicaciones especializadas que analizan y revisan las cifras del mercado cementero en Colombia, a partir de las cuales es posible obtener un buen nivel de conocimiento sobre sus resultados en los mercados relevantes.
- Asumiendo que "A" fuera **ARGOS**, las cifras que se reportan para los años 2011 a 2013 en la etiqueta "A" no corresponden con las cifras de **ARGOS**, lo que prueba que los datos allí contenidos no fueron entregados ni facilitados por **ARGOS** a **CEMEX**.
- Los archivos "Reporte Oficial PDM Cemento - Julio de 2012" y "Reporte Oficial PDM Cemento - Octubre 2012" fueron obtenidos de computadores de **CEMEX** y contienen información de **ARGOS**, **HOLCIM**, **TEQUENDAMA**, **SAN MARCOS** y **ORIENTE** (con el mismo nivel de detalle), cuya fuente se desconoce. Adicionalmente, los datos de volúmenes de venta de cemento de **ARGOS** reportados en él no tienen correspondencia alguna con sus cifras de venta reales para esos departamentos y en esos periodos.
- El archivo "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1" contiene en realidad estimaciones sobre la participación de **ARGOS** en el mercado del concreto, las cuales tienen como fuente datos públicos del **DANE** sobre ventas de cemento a granel despachado a concreteras e información del sistema interno de **ARGOS** (Cognos).
- Para las estimaciones del documento "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1" se utilizó un factor para calcular el consumo de cemento por metro cúbico de concreto. Este porcentaje puede variar dependiendo del tipo de concreto que se produzca y, por tanto, la cifra presentada buscaba apenas estimar de manera aproximada la participación de **ARGOS** en el mercado del concreto.
- La cadena de correos "RETIRO HOLCIM" es del 2009 y no puede probar la existencia de un acuerdo de repartición de mercados que se habría llevado a cabo entre 2010 y 2012, por lo que es un documento cuya validez probatoria es abiertamente cuestionable.
- El usuario "deleteme" en los computadores de **CEMEX** no debería ser indicio de que este se hubiera creado con el propósito de mantener oculta la existencia de un supuesto cartel, porque no solo se usó exclusivamente para tratar información de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, ya que otros archivos de este usuario contienen información de otras cementeras como **ORIENTE**, **TEQUENDAMA** y **SAN MARCOS**.
- La estabilidad en las participaciones de mercado no constituye prueba ni indicio de un acuerdo de repartición de mercados.
- **ARGOS** fijó sus precios de manera autónoma e independiente y sus decisiones al respecto estaban determinadas por el Comité de Precios.
- **ARGOS** solamente llevó un registro de sus precios ex fábrica hasta junio de 2012 como producto del condicionamiento de la integración con **CEMENTOS ANDINO S.A.** y **CONCRECEM S.A.** Una

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

vez perdió vigencia el condicionamiento dejó de llevar registro de los mismos, ya que sus precios en el mercado incluyen IVA y los costos de su entrega al destino solicitado por el cliente.

- El precio que fija el Comité de Precios es diferente del precio cobrado por **ARGOS** en el mercado, pues el primero corresponde al Precio Estimado al Público, que incluye IVA y flete y sobre el cual el área comercial, posteriormente, aplica políticas de descuento comercial y por pronto pago, lo que arroja el precio efectivamente cobrado por la empresa.
- De las Actas del Comité de Precios, la Delegatura tomó los Precios Estimados al Público menos IVA y flete y realizó una comparación equivocada con los precios reales, pues los primeros eran precios teóricos que no incluían los descuentos y que se calculaban con un flete óptimo, resultado de hacer uso de la ruta de distribución menos costosa pero se desconoció que, al ser teórico, no siempre era posible acudir a dicha ruta.
- Para el cálculo del precio real de venta nacional, la Delegatura tomó precios promedio ponderados, mientras que para el precio del Acta del Comité calculó un promedio simple entre los departamentos.
- Durante el periodo enero 2011 - diciembre 2012, el Precio Estimado al Público calculado por el Comité de Precios fue siempre superior al efectivamente cobrado por **ARGOS** en el mercado.
- El Informe Motivado afirma que para realizar cálculos sobre la capacidad ociosa de producción, la Delegatura habría utilizado el método propuesto por CW Group en un anexo encontrado en un correo electrónico. No obstante lo anterior, en el Informe no se presenta una memoria de los cálculos efectuados por la Delegatura.
- **ARGOS** confrontó los resultados de la Delegatura y advierte que puede evidenciar desviaciones significativas y materiales para la estimación de la capacidad ociosa de la compañía.
- De la existencia de capacidad ociosa no puede colegirse la existencia de un acuerdo de precios o de repartición de mercados.
- Si en gracia de discusión se admitiera que existió paralelismo de precios en el periodo 2010-2012, lo cierto es que este comportamiento es normal en un mercado oligopólico con cierto grado de diferenciación del producto y no surge *per se* una solución colusoria.
- Esperar que las reacciones de los agentes de mercado sean diametralmente opuestas, supondría que alguno de los participantes actúa de modo irracional.
- Existen bajas correlaciones entre las variaciones de precios mes a mes de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** a nivel departamental y a nivel nacional. Lo anterior confirma el comportamiento independiente entre las series de precios, incluso con el factor de estabilización que induce la agregación de datos a nivel nacional.
- **ARGOS** realizó el ejercicio de correlaciones sobre las primeras diferencias de los precios en cuanto a que las correlaciones no deben hacerse sobre series no estacionarias, como lo son los precios en niveles.
- **ARGOS** no es responsable de la estructura y características del mercado del cemento en Colombia y, por ende, no puede derivarse de las mismas ninguna responsabilidad para la compañía. En este sentido, la existencia o no de las evidencias o marcadores de **Posner** no puede ser usada como factor plus de la conducta.
- Si bien la concentración del mercado por el lado de la oferta es una característica inherente a un mercado como el de cemento gris Pórtland tipo 1, el mercado ha venido desconcentrándose de forma sostenida pasando de tres (3) competidores a inicios del milenio a siete (7) en el periodo investigado, llegando a quince (15) en 2017.
- Las participaciones de mercado varían de forma significativa a lo largo del periodo considerado, tanto para los mercados regionales e incluso considerando datos agregados a nivel nacional.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **ARGOS** está más enfocada al segmento industrial que sus competidores y, en el segmento masivo, existen marcadas diferencias en la estrategia de **ARGOS** en los canales de distribución. De esta forma, no es posible concluir que las firmas principales venden en los mismos canales de distribución.
- Existe una elevada proporción de los costos fijos dentro de los costos totales en este mercado. Sin embargo, la simple verificación de esta característica no puede ser indicativa del elemento consciente del paralelismo.
- Si bien el cemento gris Pórtland tipo 1 es un producto homogéneo en cuanto a sus características físico-químicas, **ARGOS** ha desarrollado una diferenciación significativa en su promesa de valor.
- Existen diferentes tipologías que pueden diferir entre productores y que generan grandes diferencias en las estructuras de costos y en los procesos de producción de las empresas cementeras presentes en el mercado colombiano. En este sentido, la estructura de costos de **ARGOS** difiere sensiblemente de la de sus competidores.
- El mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 tiene una baja elasticidad de la demanda en Colombia por la ausencia de sustitutos. Sin embargo, la simple verificación de esta característica no puede ser indicativa del elemento consciente del paralelismo.
- Aunque el plazo para desarrollar el montaje de una planta puede tomar hasta tres (3) años, el de una molienda puede tomar un (1) año y la importación de cemento puede estructurarse en semanas, por lo que no se verifica en la industria colombiana del cemento el hecho de que la entrada de nuevas empresas tome un tiempo considerablemente largo.
- A lo largo del periodo investigado, la demanda por cemento gris Pórtland tipo 1 aumentó y **ARGOS** reaccionó racionalmente a esta expansión en el mercado.
- Los precios de **ARGOS** responden a un comportamiento racional y natural de búsqueda de la maximización de las utilidades de la empresa.
- En un mercado oligopólico no colusorio los precios no reaccionan necesariamente a los costos, pues pueden estar determinados por factores como la maximización de utilidades, la concentración del mercado, la competencia derivada de importaciones, la disponibilidad de materias primas, entre otros.
- Las conclusiones obtenidas en el análisis estadístico realizado por la Delegatura se basan en inferencias visuales y de estadística descriptiva, sin soporte econométrico robusto que permita inferir paralelismo o repartición de mercados.
- La agregación de los datos se hace de forma discrecional, utilizando cifras promedio con escalas gráficas arbitrarias y tomando periodos de análisis muy cortos con un muestreo de datos limitado, pasando por alto las bases estadísticas para determinar análisis de series.
- La Delegatura presta especial atención al periodo abril 2011 y febrero 2012, donde intenta inferir paralelismo sin tener en cuenta los dos teoremas fundamentales de la teoría de la probabilidad: Ley de los Grandes Números y el Teorema del Límite Central.
- Cuando la Delegatura analiza la dinámica de las series de precios usando la prueba *Zivot – Andrews* utiliza un periodo de 10 años (enero 2006 – diciembre 2015), diferente al periodo de estudio. Adicionalmente, los resultados de la prueba no coinciden para **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.
- De conformidad con los sub-periodos encontrados en la prueba *Zivot – Andrews*, la Delegatura encontró una relación directa entre el índice HHI y el coeficiente de variabilidad de precios en cinco (5) departamentos, de donde infiere un supuesto acuerdo colusorio. No es apropiado realizar esta inferencia cuando los departamentos en donde se encontró esta relación tienen para 2012 baja representatividad en el total de ventas.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El filtro de *Hodrick - Prescott* utilizado por la Delegatura ha sido altamente cuestionado por la literatura por su ambigüedad. El componente cíclico que se obtiene de su aplicación depende de un valor asignado a un parámetro *lambda* sobre el cual no hay consenso académico para series mensuales.
- El componente cíclico encontrado con el filtro de *Hodrick - Prescott* tampoco es estacionario, entonces no puede realizarse análisis e inferencia visual o descriptiva del mismo.
- La distribución de Kernel de las participaciones de mercado depende de un coeficiente de suavización que se elige discrecionalmente y que predetermina la distribución a mostrar un comportamiento normal.
- La Delegatura no es clara en cómo la normalidad de las participaciones de mercado implica que exista una repartición del mismo. Es decir, no logra concluirse cuál es la relación directa entre la normalidad de la serie de datos y un comportamiento anticompetitivo por parte de las compañías investigadas.
- Al trabajar con las primeras diferencias de las cuotas de participación para comprobar su estacionariedad usando la prueba de *Philip-Perron*, se está removiendo de ellas el componente tendencial, por lo que es completamente natural esperar que se detecte dicha estacionariedad. La prueba debe hacerse sobre la serie de datos y no sobre sus primeras diferencias.
- El contraste de independencia Chi-cuadrado de Pearson está diseñado, tal y como lo indica la Delegatura en el Informe Motivado, para evaluar independencia entre variables categóricas, mientras que las variables en consideración son continuas.
- El cálculo del indicador de varianza de volatilidad de las participaciones de mercado se basa en que el mismo fue aplicado a varias empresas sancionadas en Polonia. Sin embargo, para dicho caso extranjero el ejercicio se basó en un periodo de once (11) años en donde la prueba principal para sancionar a las empresas consistió en la cooperación de dos miembros del cartel.
- La Delegatura pretende derivar de los factores plus la prueba o evidencia de la conducta violatoria al régimen de la libre competencia, sin valorar en la forma en que lo establecen los artículos 240 y 242 del Código General del Proceso, si dichos factores constituyen pruebas indirectas o indiciarias de un paralelismo consciente.
- El archivo "INFORME REGIONAL NORTE-ARGOS ES MUNDIAL CONSOLIDADO-OCT" refleja una campaña de posicionamiento y fidelización, cuya finalidad fue realizar estimaciones a partir de información de acceso público sobre inventarios de producto propio y de los competidores en los establecimientos de clientes mayoristas y detallistas, mas no coordinar o acordar los precios del cemento gris Pórtland Tipo 1.
- No puede la Autoridad de Competencia confundir las bases de datos de público acceso, como vendrían a serlo los reportes del DANE en el sector del cemento, con la información que sin estar incluida en una base de datos de fácil, público y lícito acceso, por ejemplo, el precio de venta al público, las marcas de cemento que se venden en un determinado establecimiento, su capacidad de almacenamiento, etc. Pretender lo contrario sería desincentivar la competencia porque no se puede competir sin conocer la dinámica de los mercados en el terreno.
- La interpretación y contexto que pretende dar la Delegatura a los antecedentes sancionatorios mundiales en materia de competencia en la industria del cemento afecta la presunción de inocencia y el principio del *non bis in idem*, porque tiene como presupuesto tácito que si una compañía o industria ha sido investigada y sancionada en el pasado, no es raro que sea responsable en el presente.
- En relación con la investigación de 1997, la Delegatura omite mencionar que ARGOS jamás fue sancionada por esos hechos, al paso que un pliego de cargos no equivale a ser responsable por la comisión de un acuerdo anticompetitivo.
- El correo relacionado con el "principio de no meterse en obras comenzadas" es aislado y además posterior al periodo investigado, por lo que mal podría revelar conciencia o coordinación de la conducta. Además, se refiere a precios de concreto y no de cemento Pórtland tipo 1.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

De otro lado, asesores comerciales como la remitente del correo en mención, desempeñan un rol que no comporta la determinación de precios de la compañía, pues su nivel jerárquico dentro de la empresa está asociado al grado 10 de los 22 grados que componen la estructura de cargos de **ARGOS**, lo cual denota que no se trataba de una persona con capacidad de dirigir o formular la política competitiva de la empresa.

Por su parte, el destinatario del correo en mención niega la existencia de cualquier acuerdo o principio y, por el contrario, narra una serie de circunstancias que dan cuenta de que la ex empleada de **ARGOS** mantenía con él una guerra permanente por los clientes, guerra que se sostenía a nivel de precios.

En definitiva, este correo solo podría evidenciar que esta funcionaria en ese caso puntual habría desconocido los principios, políticas, reglas y procedimientos trazados por la organización.

- Respecto de la comunicación que el distribuidor **VALTA S.A.S.** habría enviado a **HOLCIM**, **ARGOS** manifiesta que no tuvo relaciones comerciales con ese distribuidor durante el periodo investigado. Además, dicha comunicación da cuenta de la intensa actividad competitiva del mercado.
- Las pruebas de que **ARGOS** otorgó un mejor precio a **CEMEX** se refieren a transacciones relacionadas con el cemento concreto, producto que no es objeto de la investigación. Además, **CEMEX** habría pagado prácticamente el mismo precio que el cobrado por **ARGOS** en otras operaciones, si se considera que si al precio FOB del contrato se le suma un flete comercial de referencia, el resultante es un precio teórico CIF que es mayor al precio CIF cobrado a otras concreteras en la zona.
- El hecho de que **CEMEX** se hubiera demorado en pagar tres facturas no tiene el carácter extraño que quiso atribuirle la Delegatura, pues **ARGOS** tiene carteras vencidas de más de 360 días con clientes diferentes de **CEMEX**. Además, el monto vencido representa un porcentaje insignificante para un contrato por un valor aproximado de \$ [REDACTED] de pesos.
- Contratos como el de venta de clínker a **CEMEX** son completamente legales en Colombia; incluso, en países como Estados Unidos se promueve su celebración. Lo que realmente hubiera ido en contra de los intereses de **ARGOS** era dejar de vender esa cantidad de clínker y perder una oportunidad de negocio rentable. En cuanto a las aseveraciones de que **ARGOS** no se comportó de la misma manera con **TEQUENDAMA**, advierte que vendió más de [REDACTED] de clínker a esa cementera en 2014 y [REDACTED] a **SAN MARCOS** en el 2016.
- Los antecedentes que tengan otras compañías cementeras a nivel mundial por la comisión de actos o acuerdos contrarios a la libre competencia no son atribuibles a **ARGOS** y, por ende, de ellos no puede colegirse ninguna evidencia directa o circunstancial de la conducta por la que la Delegatura recomienda sancionarla.
- La sanción impuesta mediante la Resolución No. 51694 de 2008 por acuerdo de precios y repartición de mercado fue declarada nula en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo que es desproporcionado pretender que dicha sanción pueda ser considerada como prueba indirecta o indiciaria de la ocurrencia de las conductas reprochadas en el Informe Motivado.
- Conforme con la legislación colombiana, la coincidencia de funcionarios de **ARGOS** con empleados de otras cementeras en el exterior no puede ser valorada como prueba o evidencia circunstancial de un acuerdo restrictivo de la competencia o de sus comunicaciones reiteradas y encuentros entre competidores, pues la misma solo da cuenta del viaje.
- No pueden admitirse las coincidencias en viajes acaecidas entre los años 2007 a 2009 y 2013 a 2017, toda vez que esta prueba recaería sobre hechos que se encuentran fuera del periodo investigado.
- El motivo del viaje de los funcionarios de **ARGOS**, **GABRIEL RESTREPO SANTAMARÍA** y **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** no era sostener ninguna comunicación o reunión

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

con empleados de **CEMEX** o **HOLCIM**, sino participar en una Asamblea. En los otros casos se trató de viajes con un propósito específico o viajes familiares en periodos de vacaciones.

- Al quedar desvirtuadas las conductas previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la imputación de quebrantar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 carece de sustento.
- Las graves acusaciones consignadas en el Informe Motivado en torno a la supuesta existencia de una conducta procesal reprochable de **ARGOS** carecen de fundamento, parten de suposiciones erradas y de una ligereza en la apreciación de la información compleja por parte de la Delegatura, que en múltiples ocasiones y sin que existiera sustento para ello, se apresuró a presumir la mala fe de la compañía y sus colaboradores.
- **ARGOS** no incurrió en una conducta reprochable al presentar información sobre precios promedio de venta por canal de cemento gris.
- **ARGOS** nunca afirmó que no contara con información sobre precios promedio de venta por canal, por cuanto fue consistente en afirmar que no usa precios ex fábrica como su modelo de negocio, pues su principal oferta de valor para el cemento Pórtland tipo 1 se estructura a partir de la distribución y entrega del producto ensacado en el sitio requerido por sus clientes.
- Se presentó una confusión respecto de la entrega de información por parte de **ARGOS**, pues en la entrega del 10 de diciembre de 2012, **ARGOS** decidió de buena fe entregar para un mismo corte el cálculo teórico de precios elaborado para dar cumplimiento al condicionamiento sobre precios promedio de venta de cemento gris por segmentos.
- **ARGOS** no mutiló información al dar respuesta al requerimiento del 17 de junio de 2013, pues dicha acusación al parecer fue fruto de malentendidos y conclusiones apresuradas o fundamentadas en confusiones sobre asuntos claves de la investigación.
- **ARGOS** no presentó información inconsistente sobre su capacidad de producción porque la información entregada el 22 de mayo de 2012 no es comparable, ni contradictoria con la información entregada el 8 de febrero de 2016. **ARGOS** tampoco presentó información inconsistente en distintas etapas del proceso en relación con los precios o las exportaciones e importaciones del cemento gris Pórtland tipo 1.
- La Delegatura desconoció el debido proceso por los siguientes motivos:
  - Decretar pruebas de oficio una vez concluido el periodo probatorio y luego de oídas las alegaciones de los investigados, limitando su derecho a presentar pruebas para controvertir aquellas practicadas de oficio.
  - Aparentemente entender que la imputación y la calificación jurídica de los hechos se formula en el Informe Motivado, escrito frente al cual la Delegatura afirma que el investigado no puede presentar o solicitar pruebas.
  - Imponer 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.
  - Imponer 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.
  - Aplicar de forma fraccionada y selectiva el artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, dando efecto al 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**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- En el Informe Motivado, la Delegatura omitió considerar apartes relevantes del documento "*Serial Offenders: why some industries seem prone to endemic collusion*" de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
- El Informe Motivado es contrario al principio de confianza legítima y a la teoría del acto propio, por cuanto las consideraciones allí consignadas resultan contrarias a los actos propios emitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- El Informe Motivado desconoció el principio de congruencia, porque prácticamente ninguno de los hechos, pruebas y consideraciones sobre las cuales la Delegatura fundamenta sus recomendaciones, constan en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.
- En el Informe Motivado se omitió por completo valorar las pruebas que se decretaron y practicaron durante la fase de instrucción y los alegatos que se presentaron en la audiencia.

## 5.2. Argumentos planteados por CEMEX

- La mayor parte de las pruebas que la Delegatura arguye como sustento de su recomendación, no fueron mencionadas ni incluidas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, y solo llegaron a ser conocidas por **CEMEX** cuando tuvo acceso al Informe Motivado. Por ello, durante el curso de la investigación no tuvo oportunidad de controvertirlas ni de referirse a ellas.
- La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos sustentó el paralelismo en la comparación de precios para los segmentos de clientes mayoristas, minoristas y grandes constructores, excluyendo expresamente a los clientes industriales. Por su parte, el Informe Motivado sustentó el paralelismo en un análisis de precios para los segmentos masivo e industrial.
- Mientras que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se analizaron los precios en los departamentos de Cundinamarca, Tolima y Valle del Cauca, en el Informe Motivado se recomendó sancionar por un supuesto paralelismo en los precios de diez (10) departamentos del país, medidos por ventas.
- En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se estableció que los "factores plus" que demuestran el elemento consciente del paralelismo son el intercambio de información y el *tracking* de precios. En el Informe Motivado, por su parte, se obvió el *tracking* de precios y se usaron factores plus diferentes (como las acciones en contra de los propios intereses, otros comportamientos de los competidores, elementos de tipo económico y evidencia de contactos y comunicaciones entre competidores).
- La investigación se abrió por un supuesto acuerdo de repartición de mercado geográfico. En cambio, en el Informe Motivado se recomendó sancionar por un supuesto acuerdo de repartición de cuotas de participación nacional. No es congruente que la investigación se haya abierto por una conducta y que el Informe Motivado recomiende sancionar por otra.
- En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, el cargo de repartición de mercado fue soportado en evidencia que involucraba a **TEQUENDAMA**. El Informe Motivado recomendó sancionar a **CEMEX**, **ARGOS** y **HOLCIM**, pese a no ser mencionados en tal evidencia y, curiosamente, recomendó no sancionar a **TEQUENDAMA**.
- En la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se expusieron como evidencia un archivo digital (formato Excel) y dos mensajes de correo electrónico para demostrar el paralelismo de precios y afirmar que las empresas no estaban compitiendo entre sí. El Informe Motivado no hizo referencia a tales evidencias y, por el contrario, en violación del derecho de defensa de **CEMEX**, tuvo en cuenta otros archivos diferentes para emitir su recomendación de sanción.
- Es claro que el Informe Motivado basó su decisión de recomendar la imposición de sanción en hechos, pruebas, fundamentos de derecho y consideraciones que no guardaron ninguna concordancia con los supuestos de hecho en virtud de los cuales inició la investigación. Ante la

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

existencia de nuevos hechos, lo que procedía era el inicio de una nueva investigación administrativa.

- La Delegatura hizo nugatoria la garantía de presunción de inocencia e invirtió la carga de la prueba. En varios apartes da por cierta la existencia de conductas contrarias a las normas de competencia sin prueba de ello. En otras palabras, pretende que sea **CEMEX** quien pruebe que no incurrió en los supuestos acuerdos imputados, cuando era su carga probar satisfactoriamente la existencia de los mismos.
- Los argumentos económicos que presenta la Delegatura en el Informe Motivado se basan en métodos estadísticos que indican posibles comportamientos colusorios. No obstante, estos métodos no son suficientes para determinar la existencia de un cartel. De hecho, los resultados obtenidos en todas las pruebas también pudieron haber sido iguales en un mercado competitivo.
- En el Informe Motivado se afirma que la demanda del cemento gris Pórtland tipo 1 es inelástica y que este bien no tiene sustitutos, y sustenta su afirmación en fuentes que se refieren todas al cemento gris o Pórtland en general y no específicamente al cemento gris Pórtland tipo 1. El hecho de que el cemento gris a nivel general o agregado sea inelástico no quiere decir que pueda extrapolarse esta conclusión al mercado más estrecho.
- La Delegatura indica que el mercado geográfico es nacional, ignorando que el mercado de cemento tiene unos costos de transporte elevados que hacen que la ubicación y la zona de influencia de las plantas sean clave para determinar el escenario competitivo. Esto va en contra de la definición de mercado geográfico, la cual no se basa en la posibilidad de vender en una región, sino en las condiciones de competencia de la zona. La Delegatura, además, se contradice, pues no sigue la definición de mercado regional que adoptó en el 2006, precisamente, en el mercado del cemento (condicionamiento de operación de integración entre **ARGOS**, **ANDINO** y **CONCRECEM**).
- El impacto de la incorrecta definición del mercado es que la Delegatura, con base en un mercado nacional que no existe, toma precios promedio nacionales, en los cuales, como es de esperarse, no se ven las sustanciales variaciones de los precios regionales que sí son afectados por los costos de transporte.
- Aun cuando la Delegatura no opta por una definición regional del mercado geográfico, decide tener en cuenta la evolución de los precios en un mercado regional dividido por departamentos. Esta determinación es arbitraria y no corresponde con la realidad, pues el área de influencia de una planta de producción no necesariamente coincide con los límites geográficos de los departamentos.
- La Delegatura escoge un grupo de departamentos que solo representa el 68% de las ventas totales del cemento gris Pórtland tipo 1 y no explica por qué escoge esos departamentos y excluye los demás. Además, ignora las diferencias entre los departamentos selectivamente (solo usa la sección que se corresponde con su hipótesis).
- La Superintendencia de Industria y Comercio no examina en detalle el supuesto paralelismo en los mercados regionales.
- La Superintendencia de Industria y Comercio toma un periodo muy limitado para poder determinar la existencia del paralelismo. La prueba de la evolución de precios que la Delegatura aplica cubre el periodo enero 2006 - diciembre 2015, y en lugar de interpretar todo el periodo armónicamente, lo recorta solo a tres (3) años donde la variación de los mismos resulta paralela.
- La prueba de Bejger para pretender probar la estabilidad de las cuotas de mercado en el periodo investigado fue aplicada incorrectamente, pues el autor la realiza con base en participaciones de mercado anuales y por un periodo de 9 años, no con base en participaciones mensuales y por un periodo recortado a 3 años, como lo hace la Delegatura. Entre menor sea el periodo analizado y mayor la frecuencia de los datos, mayor será la estabilidad que arrojará erróneamente la prueba.
- La Delegatura no indica cuáles son los hechos o cambios en el mercado que marcan el inicio del supuesto paralelismo y el fin del mismo. La prueba *Zivot-Andrews* de evolución de precios entre

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

enero de 2006 y diciembre de 2015 debería revelar un cambio estructural al inicio o al final del periodo donde se dio la supuesta colusión.

- La Delegatura insiste en que el periodo inició en enero de 2010, lo que lleva al absurdo de pensar que las investigadas se coludieron para reducir los precios, ya que hasta diciembre de ese año los precios nacionales del cemento gris Pórtland tipo 1 disminuyeron, y entre agosto de 2010 y julio de 2011 los supuestos movimientos paralelos consistieron en bajadas de precio por debajo de su tendencia.
- El incremento de precios es probablemente similar para otros sectores de la economía en los que los precios de la mayoría de los bienes también subieron entre 2010 y 2012. Por ende, frente a la tesis de la Delegatura queda la duda de si el incremento de precios del cemento se dio por un acuerdo anticompetitivo o si hay una explicación alternativa para ello.
- La carga probatoria de la Delegatura consiste en demostrar que el paralelismo no puede responder a ninguna explicación económica, sino que solo puede ser consecuencia de un comportamiento coordinado. Sin embargo, el aparente paralelismo que la Delegatura tomó como producto de un acuerdo es perfectamente explicable por la dinámica de un mercado en competencia.
- El Informe Motivado no compara la variabilidad de los precios en el periodo relevante con la variabilidad en periodos no afectados por la supuesta conducta, como debió haberlo hecho. Por el contrario, evalúa la volatilidad de los precios en dos periodos diferentes afectados por la supuesta infracción.
- En cuanto al HHI, no queda claro si había o no presión competitiva en el mercado para que se esperara una reducción de los precios. Por una parte, la Delegatura afirma que en el periodo investigado había siete (7) empresas activas en el mercado, pero posteriormente sostiene que estas empresas no ejercieron presión competitiva alguna y se limitaron a actuar como seguidores.
- El Informe Motivado parte de que las investigadas están sujetas a factores externos que condicionan su comportamiento tanto a largo plazo (componente tendencial) como a medio o corto plazo (componente cíclico). Por ello, el componente cíclico puede deberse a factores externos, de manera que un acuerdo anticompetitivo no es la única explicación posible para el paralelismo.
- Los aumentos en los precios pueden ser explicados por la estructura oligopólica del mercado, según los mismos métodos y herramientas utilizadas por la Delegatura.
- De acuerdo con la Delegatura, el aumento de la demanda no necesariamente genera un aumento de los precios. La palabra clave es "necesariamente", pues implica que, en ciertas circunstancias, el aumento de la demanda sí puede generar un aumento de los precios. Rechazar esta explicación es ignorar una justificación económicamente racional de la conducta.
- El aumento del costo de la energía explica parte del aumento de precios. La Delegatura sacó de contexto el argumento y lo llevó al absurdo para desvirtuarlo. **CEMEX** jamás ha asegurado que este hecho justifica el aumento completo del precio, sino que es uno de los factores que influyen en ello.
- El aumento en los costos de los fletes también explica, en parte, el aumento de los precios.
- La Delegatura pretende demostrar la causalidad entre costos y precios con gráficas de su comportamiento que no tienen mayor análisis de otras variables económicas y con la prueba de Granger, la cual nunca explica por qué utiliza los precios del segmento masivo cuando siempre ha utilizado precios nacionales totales promedio. La prueba de Granger, además, no es útil en este escenario de mercado, ya que en un oligopolio las empresas siempre fijan sus precios en función de los precios de sus rivales, tanto cuando están en competencia, como cuando se coluden.
- El análisis de la volatilidad arrojó que las participaciones de las tres (3) empresas se mantuvieron en un rango de 0,0224% y los porcentajes inferiores a 0,05% son considerados producto de

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

colusión. Esta prueba se hizo con base en la prueba de Bejger, que erróneamente tomó datos mensuales en lugar de anuales. Con la frecuencia adecuada de datos, la prueba sí revela cambios significativos en la media o en la tendencia de las participaciones de las investigadas.

- La realidad del documento "BOOK1.xls" es que es un ejercicio realizado por su autor para monitorear, en ejercicio de sus funciones, el desempeño comercial de **CEMEX** en el mercado en un momento específico de tiempo, con base en estimados internos previamente realizados.
- El documento "BOOK1.xls" no encaja dentro de ningún proceso ni sistema de verificación establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio, ni tiene correspondencia con ningún documento similar elaborado por los demás supuestos miembros del cartel. Incluso, su título y su forma de almacenamiento dan cuenta de su elaboración ocasional. Además, el archivo no fue circulado ni interna ni externamente.
- La Delegatura pretende darle un significado arbitrario y contraevidente al hecho de que el documento "BOOK1.xls" esté centrado en los principales competidores en el mercado. Las estrategias competitivas no pueden ser formuladas frente a los competidores menores, pues esto resulta más costoso e ineficiente y no permite desarrollar estrategias adecuadas para el nivel de amenaza competitiva planteada por cada actor.
- El periodo analizado en el documento "BOOK1.xls" es 2011 a 2013. Si la presunta práctica colusoria terminó en diciembre de 2012, no se puede explicar por qué el documento extendió su análisis hasta diciembre 2013, por qué no cubrió el crítico año inicial del supuesto cartel y por qué fue creado en el 2014, cuando las investigadas llevaban cerca de 2 años por fuera del supuesto acuerdo colusorio (el seguimiento a un cartel solo tiene sentido mientras siga existiendo).
- Es física y teóricamente imposible que, con un documento elaborado en 2014 respecto de volúmenes y participaciones estimadas de 2011, 2012 y 2013, **CEMEX** esté haciendo una proyección sobre su comportamiento para el futuro. Carece de lógica y sentido realizar una proyección hacia el pasado.
- El archivo "BOOK1.xls" fue creado tres años después de la creación del archivo "Reporte Oficial PDM Cementos – Octubre 2012". Las cifras de uno y otro concuerdan por el simple y básico hecho de que es un documento creado con posterioridad, donde se pudieron verificar los datos históricos de los volúmenes de los agentes del mercado.
- Si se analiza el archivo "BOOK1.xls" con detenimiento, se observa que el volumen de **CEMEX** para el año 2011 fue de 3.285.880 mientras que para el 2012 fue de 3.405.199. En este sentido, la teoría de la Delegatura donde **CEMEX** le cede 0,5% de participación a **HOLCIM** carece de racionalidad, pues el volumen de **CEMEX** aumenta 164.319 unidades.
- Respecto al archivo "Reporte Oficial PDM Cementos – Octubre 2012", se resalta que nombrar a **ARGOS**, **HOLCIM** y **CEMEX** como "A", "B" y "C" no demuestra una intención de esconder su identidad. Es una denominación lógica ya que son los tres (3) principales competidores. Si hubiera habido intención de esconder, en ninguna otra parte del documento se hubiera plasmado el nombre claro y completo de cada una de tales empresas.
- Que se aluda a "independientes" o "terceros" no es prueba de que se esté aludiendo a independientes o terceros de un supuesto acuerdo. Se nombran así los competidores del mercado que no representaban una participación significativa, por motivos de eficiencia. Además, el término se ha usado tradicionalmente en la industria para aludir a aquellos agentes que no pertenecen a uno de los tres grandes grupos de cementos multinacionales que operan en el país. Búsquedas en Google muestran resultados que dan cuenta de ello.
- El documento "Reporte Oficial PDM Cementos – Octubre 2012" se elaboró con información pública. Si bien es cierto que la información del **DANE** no es información desagregada por competidor, sí demuestra el total de despacho de la industria y el total por departamento. Con esta información es posible llegar a estimados sobre la situación de los competidores.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El documento se produce mensualmente y se sigue produciendo con exactamente la misma información y usando las mismas fuentes. Se envía cada mes a empleados de **CEMEX**, por lo cual la Delegatura ha debido encontrar un sinnúmero de estos reportes.
- El usuario "deleteme" no corresponde a una estrategia de ocultamiento. Es el resultado del proceso de instalación de software y designación de usuario en un computador determinado. En otras palabras, el usuario "deleteme" es el usuario provisional y temporal que se asigna entre el momento de instalación del software y la designación del usuario final. Esto se aplica en **CEMEX** a nivel global.
- La Delegatura no encontró evidencia alguna de borrado de documentos. Por el contrario, encontró evidencia que indica que por lo menos uno de los documentos creados con tal usuario fue amplia y abiertamente compartido, lo que no se compadece con un supuesto propósito de mantener el documento oculto o de eliminarlo para ocultar pruebas.
- A partir del derecho comparado es posible establecer que la teoría de los factores plus tiene tres (3) elementos esenciales: (i) el paralelismo *per se* no es ilegal ni anticompetitivo, (ii) quien alegue que la conducta existió debe probar los hechos que constituyen evidencia circunstancial, y (iii) esta evidencia solo debe poder ser explicada en la existencia de un acuerdo anticompetitivo. La Delegatura no satisface la carga que le imponen tales postulados.
- El Informe se basa en conjeturas e inferencias, como por ejemplo asumir que un documento fue intercambiado entre competidores sin un correo o conversación que así lo indique, o concluyendo que el elemento consciente está presente por el hecho de que entre las investigadas se realicen transacciones comerciales lícitas, o incluso llegando al ridículo de presentar coincidencias migratorias sin contar con elementos que apunten a que hubo contactos por fuera del país.
- La evidencia indirecta solo puede ser utilizada como prueba del elemento consciente. No obstante, la Delegatura interpreta incorrectamente su uso, pues la utiliza tanto como prueba del elemento consciente, como para probar los mismos factores plus. En otras palabras, utiliza evidencia indirecta o circunstancial para probar otra evidencia indirecta o circunstancial.
- Para probar el elemento consciente del paralelismo, la Delegatura hace referencia a evidencias económicas relacionadas con la estructura del mercado. Estas características lo que hacen es hacer más propenso un mercado a la existencia de carteles, pero de ninguna manera implica que alguno necesariamente exista si se cumplen dichas condiciones.
- El hecho de que un mercado sea altamente concentrado es una situación natural de un mercado oligopólico. Además, no es suficiente medir la supuesta estabilidad de las participaciones de mercado en un período tan corto como dos (2) años, no es cierto que el mercado no tuviera pequeños competidores, no es cierto que las compañías tuvieran estructuras de comercialización similares y hay muchas variables que pueden justificar una disparidad entre los costos y el precio.
- Respecto del supuesto intercambio de información, la Delegatura no tiene prueba alguna de que la información que ella misma identifica como confidencial o sensible haya sido intercambiada, compartida o circulada entre las investigadas.
- La Delegatura afirma que ciertas estimaciones no pueden provenir de cifras del **DANE** porque estas tienen un rezago de dos (2) meses. Esto es un razonamiento absurdo, pues ninguna compañía en ningún mercado puede esperar dos (2) meses para reaccionar a lo que está haciendo un competidor. Además, la única información válida no es la del **DANE**. Nada obsta para que **CEMEX** anticipe, estime, proyecte o prepare informes y cálculos sobre el comportamiento del mercado.
- El hecho de que las compañías hayan sido investigadas en el pasado no es prueba de comportamiento futuro. La reincidencia solo es un factor que puede ser usado para el cálculo de la sanción. No se puede desconocer además que **CEMEX** ha cambiado desde investigaciones pasadas como la del 2008, ya que, por ejemplo, en ese entonces no cotizaba en bolsa.
- No hay evidencia de que **CEMEX** haya participado de un supuesto "principio de no meterse en obras comenzadas", pues en ninguna de las cadenas de correos relacionadas con tal principio



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

resulta mencionada. Además, las evidencias de 2013 no pueden ser usadas como un supuesto factor plus de una conducta consciente que ocurrió entre 2010 y 2012.

- Las negociaciones comerciales entre competidores no constituyen por sí misma una práctica restrictiva de la competencia.
- El préstamo de ladrillo refractario fue una circunstancia fortuita en donde su reparación era de extrema urgencia, ya que obstaculizaba el normal funcionamiento de la producción. Si tal préstamo no se hubiera hecho se estaría actuando en detrimento del mercado, ya que, si bien **CEMEX** y **HOLCIM** son competidores, esto no quiere decir que la forma de competir sea través del aprovechamiento de problemas ajenos. De haber sido una acción sospechosa sería reiterativa, sistemática y sin ánimo de devolución o urgencia.
- El hecho de que **ARGOS** le venda a **CEMEX** cemento concreto en condiciones más favorables que a otros clientes no es una conducta contraria a los intereses de **ARGOS**. Además, un factor importante en esas negociaciones es el descuento por volumen. De la prueba usada no puede saberse si el volumen de compra reportado corresponde a una sola compra o es un agregado.
- El suministro a título oneroso y en condiciones de mercado de un insumo productivo (como el clínker) entre competidores no es una conducta en contra de los propios intereses de **ARGOS**. Por el contrario, para **ARGOS** es beneficioso poder vender sus excedentes de capacidad a precios marginales. Además, la prueba aportada por la Delegatura (contrato del 20 de noviembre de 2013 entre **ARGOS** y **CEMEX** para el suministro de clínker en la zona norte del país) es improcedente, pues tal negociación se dio después de la terminación del supuesto cartel.
- **CEMEX** es el único productor y proveedor de clínker en la zona norte del país. Si una zona del país únicamente cuenta con un productor y proveedor, los demás agentes del mercado deben comprarle a ese único productor para poder ofrecer sus productos en dicha zona.
- Respecto a las coincidencias migratorias, la Delegatura no indica qué funcionario de cada compañía viajó en cada momento, no tiene pruebas de reuniones o contactos, no precisa el destino final de los desplazamientos (los países indicados solo aluden al primer aeropuerto al que se dirige la aerolínea, por lo que pueden ser conexiones), alude a coincidencias presentadas en un periodo de 10 años y, estrictamente en el periodo investigado, solo encontró una coincidencia migratoria.
- La única coincidencia migratoria encontrada (29 de octubre de 2011, con destino Quito) no es cierta, pues el funcionario de **CEMEX** estaba regresando al país y no saliendo del mismo. No hubo contacto pues no hubo coincidencias en el destino, a no ser que la tesis de la Delegatura sea que las supuestas coincidencias que facilitaban contactos se daban en el aeropuerto El Dorado, evidencia que no tiene ninguna validez.
- La participación de las empresas en asociaciones gremiales (**INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO – ICPC** y la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE PRODUCTORES DE CONCRETO – ASOCRETO**) no prueba la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Una postura contraria atacaría directamente una actividad lícita desarrollada con base en un derecho constitucional: el de asociación. Además, la Delegatura ni investigó ni recomendó investigar a **ICPC** ni a **ASOCRETO**.
- Tanto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como en el Informe Motivado, la Delegatura reitera que el producto cemento gris Pórtland tipo 1 es un producto homogéneo e insustituible. Sin embargo, omite factores que han sido resaltados en diferentes ocasiones, como que **CEMEX** ha realizado grandes esfuerzos para posicionar su marca y mejorar la calidad de su producto.
- La Delegatura optó unilateral e injustificadamente por hacer un análisis de precio nacional promedio, sin tener en cuenta los argumentos que se le presentaron respecto de por qué esto es un error. El mercado es regional y, por ende, los precios son regionales.
- La Delegatura no se refirió a la alta incidencia que tiene el margen de utilidad del distribuidor en los precios finales del producto. **CEMEX** reitera que es exclusivamente responsable del precio de venta en puerta de fábrica.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- La Delegatura decidió que no era relevante el hecho de que, entre los años 2009 y 2013, las plantas de **CEMEX** sufrieron eventos que redujeron y paralizaron la producción. Así, durante el periodo investigado **CEMEX** trabajó todas las plantas a un nivel muy alto de capacidad, lo que le impedía una producción mayor que le permitiera mantener precios más bajos.
- **CEMEX** no podía hacer parte de un cartel, pues no contaba con la capacidad ociosa de producción que le permitiera reaccionar para neutralizar un supuesto incumplimiento de algún miembro. La Delegatura basó su conclusión de que **CEMEX** tenía capacidad ociosa en un análisis erróneo sobre una capacidad de producción nominal incierta.
- Los correos que prueban transacciones normales entre competidores no pueden ser usados como prueba de consciencia del paralelismo. Cualquier tipo de transacción podría existir tanto en un escenario de competencia como en uno de cartel empresarial. La Delegatura no se refirió a este argumento.
- El *tracking* de precios es normal en la industria y de ninguna manera puede tomarse como un comportamiento colusivo, pues es información que se obtiene del público. La Delegatura reconoce la legalidad del instrumento y luego lo usa para probar el elemento consciente del paralelismo.
- Como se ha reiterado en varias oportunidades, **CEMEX** ha tenido una actitud competitiva durante todo el periodo investigado. Una prueba de ello es su cadena **CONSTRURAMA**, con la cual ha fidelizado y formalizado numerosos ferreteros.
- **CEMEX** incrementó su producción con una molienda en la Costa Atlántica, lo que demuestra que tenía intención de entrar a otros mercados. Construir una obra como esta carece de sentido si hubiera un acuerdo anticompetitivo que pudiera limitar la expansión de la participación de mercado de **CEMEX**.
- Uno de los argumentos más importantes que demuestran la inexistencia del acuerdo y que la Delegatura no tuvo en cuenta es que las empresas tienen mayores participaciones de mercado en zonas cercanas a sus plantas de producción.
- La Delegatura parece no haber entendido el "modelo de duopolio de Cournot" que explica el paralelismo. La Delegatura también desconoce que el "modelo de duopolio con productos diferenciados de Bertrand" también explica el paralelismo.
- **CEMEX** tiene una estrategia de precios independiente. En línea con ello, resalta que desde el año 2012 contrató a la firma consultora **SIMON-KUCHER & PARTNERS**.
- Frente a los argumentos presentados en la audiencia pública de alegatos de conclusión, se insiste en que las metodologías económicas utilizadas por la Delegatura no han probado ningún cartel; que la Delegatura renunció a adelantar un análisis que le permitiera encontrar explicaciones plausibles de las supuestas conductas; que en un mercado oligopólico los movimientos similares en los precios son naturales; que no puede haber un acuerdo sin que medie prueba de un intercambio de información; y que no hay ninguna prueba de **CEMEX** que no pueda ser explicada por la estructura del mercado y su actuar independiente.
- La Delegatura señala que uno de los factores plus del elemento consiente se refiere a la conducta procesal de las investigadas. En este aparte analizó la conducta procesal de **ARGOS** y **HOLCIM** y terminó concluyendo que hubo un comportamiento reprochable de las "tres" investigadas. La conducta procesal de una parte no puede ser extensible a las demás.

### 5.3. Argumentos planteados por **HOLCIM**

- Las pruebas que se utilizaron en el Informe Motivado para sostener que hay factores plus de la supuesta conducta de paralelismo de precios, que son diferentes de las inicialmente señaladas por la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, nunca pudieron ser conocidas por **HOLCIM** ni fueron incorporadas debidamente en el Expediente. En efecto, la información recaudada en las visitas administrativas realizadas a **ARGOS** y **CEMEX** en 2014

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

nunca fueron decretadas como pruebas dentro de la actuación administrativa y nunca se le permitió a **HOLCIM** acceder a dicha información.

- Las pruebas decretadas de oficio después de haberse practicado la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no son válidas. Se pretendió aplicar el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil cuando era improcedente, pues ya se había finalizado la instrucción de la investigación.
- Aun cuando fuere aplicable el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, no puede perderse de vista que la doctrina ha precisado que la potestad probatoria del juez también precluye, por lo que ni siquiera con la interpretación de la Delegatura habrían podido ser decretadas las pruebas.
- Teniendo en cuenta que, de acuerdo con la Corte Constitucional, en este tipo de procesos son aplicables los principios del derecho penal, al juez —en este caso al director del proceso— le está prohibido decretar pruebas de oficio, según se establece en el artículo 361 de la Ley 906 de 2004.
- La definición de paralelismo de precios contenida en la ley resulta inconstitucional dentro del derecho administrativo sancionatorio, pues aún no existe consenso entre los profesionales de la economía en la definición de paralelismo y, por lo tanto, su aplicación y entendimiento depende del operador económico que lo interprete.
- El mercado geográfico de **HOLCIM** es regional. La Superintendencia de Industria y Comercio no revisó si las condiciones de competencia, como precios, presencia de diferentes empresas y capacidades para atender, eran iguales en todos los departamentos y regiones.
- No se hizo ningún análisis de la capacidad de **HOLCIM** para competir en todo el territorio nacional con una única planta en Nobsa.
- Se puede identificar una posible región natural de mercado, separada del resto de mercados regionales. El cuadro de costos de fletes promedio por tonelada 2009-2012 muestra los departamentos que pueden ser parte del mercado natural de la planta de producción de **HOLCIM**. En dichos departamentos, el valor del transporte por tonelada es significativamente menor en comparación con los fletes pagados a otros destinos.
- Los costos de transporte inciden en la definición del mercado geográfico, por lo que **HOLCIM** busca comercializar su producto principalmente dentro de su área de influencia. Cuando es necesario, las cementeras envían producto fuera de sus áreas de influencia para lograr mayor presencia en el país.
- **HOLCIM** despachó cemento a regiones alejadas porque a largo plazo pretende expandir la producción a otros territorios y requiere que se reconozca su marca.
- En un mercado de un producto homogéneo con marcas diferentes de alcance nacional, es lógico esperar que las elasticidades cruzadas de demanda entre las marcas de diferentes regiones geográficas sean casi iguales a la elasticidad propia. Por el contrario, cuando el mercado es regional, las elasticidades cruzadas de demanda serían de menor valor que las elasticidades de precio propias, en cuanto a que los productos homogéneos dejarían de ser sustitutos perfectos regionalmente.
- Para competir en un mercado que no es el propio, regionalmente hablando, el precio debe ser menor y dependerá de la cuantía diferencial de los costos de transporte.
- El modelo de localización de Hotelling ilustra la importancia de los costos de transporte en diferenciar (independizar parcial o totalmente en el mercado) dos (2) productos vendidos en locaciones diferentes. A medida que el costo de transporte aumenta desmesuradamente, la elasticidad cruzada disminuye significativamente, hasta determinar dos (2) mercados totalmente independientes.
- El ejercicio econométrico que relaciona los costos de transporte con la importancia relativa de la participación de **HOLCIM** en los diferentes mercados departamentales, demostró que los

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

mercados naturales de **HOLCIM** son principalmente Boyacá, Casanare, Cundinamarca y Santander, y con un menor énfasis, Bogotá, Meta, Huila, Risaralda y Quindío, los cuales representaron entre 2010 y 2012 el 73% de sus ventas en toneladas.

- Los precios de venta ex fábrica dependen de los precios a los lugares de destino y existen diferentes costos de transporte por región, lo que dificulta para un cartel el establecimiento de los precios por empresa y región y el control de toda esa estructura de precios-empresas-regiones.
- Es curioso que de acuerdo con la información que obra en el Expediente, los precios promedio son diferentes por departamentos y/o regiones. ¿Cómo es posible que exista un mercado nacional con un elemento precio diferente por región o departamento?
- La Comisión Europea definió el mercado geográfico de cemento gris por áreas circulares con un radio de 150 Km y 250 Km alrededor de cada planta de cemento (decisión de la integración empresarial Lafarge/Holcim del 15 de diciembre de 2014).
- El paralelismo de precios es perfecto cuando puede establecerse una relación fija de proporcionalidad entre los precios de todas las empresas.
- Los precios ex fábrica promedios nacionales mensuales simples o ponderados, utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio, desconocen que las ventas en el mercado son en su mayoría precios CIF, que el mercado no es nacional sino regional y que usar precios promedios nacionales comporta una distorsión en los cálculos que finalmente elimina las diferencias e invalida los cálculos de la Entidad.
- No se utilizaron precios de venta de cemento que constan en las facturas sino unos valores que se enviaron a la Entidad según su requerimiento de información.
- El análisis de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos es simplemente un análisis gráfico y no está basado en ningún estudio econométrico que permita ver si existe una relación fija de proporcionalidad entre los precios de las empresas.
- Si existiese paralelismo, se presentaría un coeficiente de variación perfecto, en el que los cambios son perfectamente proporcionales.
- Respecto de la prueba de causalidad de Granger, se observa que no existe causalidad bidireccional en el periodo de enero 2010 a diciembre 2012, como lo afirma el Informe Motivado. El resultado de la prueba permite evidenciar que no existe ninguna relación de causalidad entre **ARGOS** y **HOLCIM**, y la relación de causalidad entre **CEMEX** y **HOLCIM** va solo en una dirección.
- Tomando el periodo investigado (relevante para la investigación) y utilizando las series de variaciones porcentuales de los precios promedio ponderados, se encontró que tampoco es posible afirmar que existe causalidad bidireccional en todos los casos.
- La prueba de causalidad de Granger por departamentos que hacen parte del mercado natural de **HOLCIM** y aquellos que no hacen parte o en los que **CEMEX** y **ARGOS** tienen planta, permite concluir que tampoco existe causalidad bidireccional en todos los casos. Por ejemplo, para Boyacá se concluyó que **HOLCIM** no es seguidora de precios, porque ni la versión de los precios de **ARGOS** ni **CEMEX** generan causalidad en los precios de **HOLCIM**.
- **HOLCIM** no incurrió en el supuesto paralelismo, toda vez que, al igual que **TEQUENDAMA**, no podía determinar los precios por tener una participación baja frente a **ARGOS** y **CEMEX**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio utilizó como argumento para no tener en cuenta los precios reales de venta, que es muy engorroso realizar los cálculos y análisis con dichos precios. El promedio siempre se ve influenciado por los datos extremos y, en consecuencia, sus resultados no son muy confiables estadísticamente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- De la revisión de los precios de **HOLCIM** por cliente se aprecia que no existe ninguna estabilidad de precios y, por el contrario, estos suben y bajan de forma permanente.
- El concepto de paralelismo que utiliza la Superintendencia de Industria y Comercio es demasiado amplio. El hecho de que las tres (3) investigadas hubiesen subido los precios o los hubiesen mantenido estables, no permite concluir que exista paralelismo.
- Los análisis del Informe Motivado ni siquiera muestran la supuesta sincronía. En efecto, las gráficas de la página 148 del Informe Motivado muestran que solamente entre abril de 2011 y febrero de 2012 puede afirmarse que existió la supuesta sincronía.
- Entre el primer y último trimestre de 2011, periodo en el que subieron todos los precios del cemento, el PIB de la construcción creció 13,6%, y la demanda de cemento aumentó. Antes y después de dicho periodo no existe la denominada sincronía. Si esa es la prueba del paralelismo, habría que concluir que habría caducado la facultad sancionatoria del Superintendente de Industria y Comercio.
- Los precios de la gráfica 12 del Informe Motivado muestran diferencias de más de \$1.253, \$800, \$500, \$600 por bulto de 50 kilos entre los precios de las investigadas. ¿Cómo puede afirmar la Superintendencia de Industria y Comercio que estas diferencias no implican la inexistencia de paralelismo?
- Las variaciones en los precios promedio ponderados presentadas en la Tabla 14 del Informe Motivado no son iguales. Como dichos porcentajes se aplican sobre precios distintos, no es posible hablar de homogeneidad en dichas variaciones, pues estuvieron entre 0,3% y 5,3% mensual, lo que muestra heterogeneidad en su comportamiento.
- No es cierto que los precios de los segmentos masivo e industrial sean paralelos. En la gráfica 14 se aprecian diferencias de precios, lo cual no es ni homogéneo, ni similar, ni sincrónico.
- En los análisis por departamentos, la Superintendencia de Industria y Comercio deja de lado los departamentos que hacen parte del mercado natural de **HOLCIM** y, en cambio, toma en cuenta aquellos departamentos que representaron menos del 5% de sus ventas.
- La prueba de *Zivot – Andrews* demuestra que el menor índice de concentración de un mercado no necesariamente implica que los precios deben ser muy distintos, sobre todo en mercados de productos homogéneos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio cambia los periodos analizados para realizar cada prueba, para que los resultados de las mismas se ajusten a lo que quiere argumentar.
- No se tiene en cuenta la definición regional del mercado y la política de descuento de las investigadas, por lo que las compañías habrían tenido que acordar precios base por ciudad o región y de acuerdo al tipo de cliente.
- Los cambios de precios de **HOLCIM** tienen una explicación razonable. Las razones más frecuentes de cambios en los precios son el comportamiento o señales de mercado, el aumento de la demanda fruto del crecimiento del sector de la construcción, lo cual, aunado a la producción al límite en la planta de Nobsa, irremediablemente hace que suba el precio del producto. En algunos casos los incrementos en los precios obedecieron a elementos internos que afectan la producción, tales como la devaluación del peso y/o el incremento de fletes, además del comportamiento de los costos.
- En el Expediente quedó demostrado que en el mercado se presentaron varios hechos que afectaron a toda la industria y que generaron un alza de precios (crecimiento de la economía y específicamente del sector construcción; incremento de costos; incremento de la demanda; y capacidad instalada utilizada en un porcentaje alto).
- El Informe Motivado no tuvo en cuenta que el precio del cemento (IPP cementos grises) se vio presionado por el incremento de la demanda de cemento a granel (asimilada a despachos) que creció 48% durante el periodo, frente al crecimiento del cemento ensacado que fue de 16%.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- No es cierto que siempre que suba la demanda necesariamente los precios deben bajar cuando existe capacidad ociosa. Para que una compañía pueda absorber la totalidad de la demanda sin incrementar precios, tendría que tener capacidad instalada suficiente en todas las regiones. Tampoco es cierto que la capacidad de la zona atlántica pueda sumarse a la zona sur del país, por el costo de los fletes.
- **HOLCIM** no estaba en condiciones para pretender ganar mercado mediante reducciones de precios, ya que no puede elevar de manera inmediata y significativa las cantidades producidas, pues tiene su capacidad instalada utilizada a niveles del ■% en el 2010, ■% en el 2011 y ■% desde el 2012.
- No se tuvieron en cuenta los datos de capacidad instalada y utilizada aportados por **HOLCIM** y se decidió hacer un ejercicio distinto, sin explicar por qué no son válidos los cálculos hechos por **HOLCIM**.
- La capacidad ociosa de **HOLCIM** durante el periodo investigado representó aproximadamente el ■% del total de la capacidad ociosa de las tres (3) investigadas.
- **HOLCIM** no podía utilizar sus excesos de capacidad como una barrera a la entrada de otras empresas, dado precisamente que el valor absoluto de su exceso de capacidad es insignificante. Aun en un cartel, no podría apoyar las políticas comunes, ni hacerle trampas al cartel.
- En el cuadro 5 de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se aprecia una variación de las participaciones entre 2010 y 2011. Las participaciones de **HOLCIM** varían mes a mes de una manera importante, por lo que resulta bastante extraño que se afirme que las investigadas se repartieron el mercado.
- Al analizar las ganancias o pérdidas de participación de **HOLCIM** en los diferentes mercados regionales, se debe tener en cuenta la importancia relativa que cada región tiene para cada empresa. Así, no es lo mismo ganar o perder un porcentaje similar de participación en departamentos que hacen parte del mercado natural de **HOLCIM**, que hacerlo en departamentos que no hacen parte de dicho mercado.
- Se realizó un estudio en el que no se aprecia ninguna especie de compensación entre los cambios de las participaciones de las investigadas. Lo que se evidencia es un gran dinamismo en las participaciones regionales, lo cual contraviene el sentido de un cartel, cuyo objetivo sería no competir y mantener la misma participación a través del tiempo.
- Es irracional que **HOLCIM** hubiera participado en un cartel con el objeto de perder participación en las zonas que le resultan más rentables. Por ejemplo, **HOLCIM** perdió participación en Boyacá, departamento que hace parte de su mercado natural.
- El análisis descriptivo de las participaciones de mercado presentado en la gráfica 18 del Informe Motivado muestra variaciones mes a mes, por lo que resulta extraño un acuerdo de repartición de mercados en el que las participaciones han sido cambiantes.
- El análisis del coeficiente de variabilidad realizado en el Informe Motivado no tendría valor alguno toda vez que, como lo indicó el mismo Informe, no existe un umbral al partir del cual pueda concluirse que exista estabilidad. De todas formas, el coeficiente de variabilidad de las participaciones de **HOLCIM** fue 11%, mayor que el de **CEMEX** (8%) y **ARGOS** (6%).
- Si se analiza cualquier mercado oligopólico, en el que se requiere un nivel alto de inversión, en un periodo de tres (3) años, difícilmente el análisis de distribuciones paramétricas muestra una conclusión diferente a que cada empresa mantiene una participación cercana a su media.
- No es apropiado utilizar la prueba de Chi-cuadrado de independencia con la demanda, primero porque la prueba funciona mejor con variables categóricas y las variables que se utilizaron son cuantitativas, y segundo porque la relación entre participación y demanda no es concluyente si no se tiene en cuenta la capacidad instalada, ya que para el 2011 y 2012 **HOLCIM** no tuvo una gran capacidad de absorción de gran cantidad de demanda.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- La prueba de estacionariedad que realizó la Delegatura no es concluyente y no aporta prueba alguna al caso, pues se efectuó sobre la primera diferencia de las participaciones de mercado. Por definición, la primera diferencia de una serie no estacionaria será estacionaria, de esta forma, aunque la media y varianza de las participaciones de mercado no fueran estables a través del tiempo, su primera diferencia definida como las variaciones en las participaciones, sí lo serían.
- La normalidad de las participaciones de mercado en sí misma no es una prueba para determinar si existió o no un acuerdo de repartición de cuotas de mercado en el periodo de estudio.
- La variabilidad de las participaciones puede ser normal y estable en periodo de colusión como en periodos de competencia. Esta prueba no demuestra repartición de mercados.
- Todos los análisis que hizo la Delegatura respecto de la supuesta estabilidad y estacionariedad de las participaciones de mercado y de las variaciones de esas participaciones, no son concluyentes.
- Los factores plus que se utilizaron contra **HOLCIM** en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos –frente a los cuales se ejerció el derecho de defensa– no son comportamientos cooperativos, solidarios o contrarios a sus propios intereses, por lo que no puede ahora la Superintendencia pretender generar responsabilidad de **HOLCIM** con fundamento en otro tipo de documentos y pruebas sobre las que no se pidieron explicaciones, no se indicó que existían y frente a las cuales no se permitió solicitar y presentar pruebas.
- Para que un intercambio de información demuestre la existencia de un acuerdo de precios dicha información debe referirse a los precios de los productos del mercado relevante y debe coincidir temporalmente con los cambios en los precios que supuestamente fueron acordados.
- Cada una de las supuestas pruebas del elemento consciente con las que se pretende vincular la responsabilidad de **HOLCIM** tiene una explicación que demuestra que no se estaba intercambiando información sensible ni se estaban ejecutando comportamientos cooperativos.
- El correo electrónico remitido por **JOHANA ANDRADE**, empleada de **ARGOS**, a varios empleados de las cementeras incluyendo a **EDGAR BUITRAGO**, un funcionario de **HOLCIM** (que fue usado como prueba del elemento consciente en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos), en el que se envía una cotización de un saco de cemento en Guaviare, no es más que producto de un error o descuido por parte de la funcionaria de **ARGOS**, según se verificó en las mismas declaraciones practicadas a los involucrados. En todo caso, se probó que **HOLCIM** compitió efectivamente para vender al cliente con el que se inició la cadena de correos.
- Respecto de un correo intercambiado entre **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** de **HOLCIM** e **INGRID RESTREPO LIBREROS** de **ARGOS** sobre la venta de licencias mineras de caliza mencionada en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, debe resaltarse que contrario a lo indicado en dicha resolución, se trata de una venta de licencia de explotación minera y no venta de caliza. Adicionalmente, era un negocio rentable para **HOLCIM**, pues nunca había podido hacer uso eficiente de la explotación. Sin embargo, no se recibió ninguna oferta y no se celebró negocio alguno entre las investigadas.
- El correo de 3 de octubre de 2012 entre funcionarios de **HOLCIM** y **ARGOS** en el que se solicita una cotización para tres mil quinientas (3.500) toneladas de cemento concretero para la región Caribe, que la Delegatura usa en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como prueba del elemento consciente, está lejos de ser tal. En efecto, se trató simplemente de una negociación legal cuyo sustento derivó de un evento de fuerza mayor, ante el daño que sufrió el molino vertical de cemento de **HOLCIM** hasta el 27 de octubre de 2012. En todo caso, **ARGOS** decidió no cotizarle a **HOLCIM**, por lo que no se formalizó negocio alguno.
- Frente al archivo denominado "INFORME CONTRALORÍA CEMENTO CIERRE OCTUBRE DE 2012" mediante el cual la Delegatura, en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos afirmó que se evidenciaba una estrecha relación entre **HOLCIM** y **CEMEX**, derivada de la compra de cemento concretero, debe advertirse que la venta reflejada en el mencionado archivo se refiere a una venta aislada que se debió justamente al daño del horno vertical por el cual se había presentado una solicitud de cotización a **ARGOS**. Además, el valor al que **HOLCIM**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

compró el cemento es muy superior al valor de venta que para la época manejaba **CEMEX** con sus demás clientes.

- La Delegatura afirmó en su apertura de investigación que el *tracking* de precios es indicativo de un acuerdo de precios. Al respecto en el Informe Motivado se indicó que en otro proceso se demostró que el seguimiento de precios se hacía para verificar el cumplimiento de un acuerdo, pero no explica por qué en este caso concreto el *tracking* de precios se hacía para verificar el cumplimiento del supuesto acuerdo. Esta es la modalidad de prueba indiciaria más curiosa de la investigación. En efecto: (i) el *tracking* de precios es una herramienta que fue avalada por la propia Superintendencia de Industria y Comercio; (ii) en las modificaciones de precios, **HOLCIM** no siempre tiene en cuenta esta herramienta; (iii) el *tracking* es una herramienta comúnmente utilizada en todas las industrias; y (iv) el *tracking* es legítimo en la medida en la que se alimenta de información que está disponible al público.
- El *tracking* de precios es prueba de que las investigadas no compartían información sensible. No tendría sentido que **HOLCIM** pagara a un tercero para obtener una información de precios del mercado si sus competidores le estuvieren remitiendo dicha información.
- En el Informe Motivado se llama la atención sobre que **CEMEX** y **ARGOS** tuviesen información discriminada de **HOLCIM** y de allí se concluye que **HOLCIM** debió compartir información sensible con **CEMEX** y **ARGOS**, sin que se mencione siquiera un correo, documento, reunión o cualquier otra prueba que lleve a demostrar que **HOLCIM** efectivamente entregó información sensible a alguno de sus competidores y sin que la Delegatura se hubiera tomado la molestia de verificar si la información que aparecía en esos archivos correspondía con la información real de **HOLCIM**.
- Ninguno de los datos incluidos en los documentos elaborados por **CEMEX** y **ARGOS** –con base en los cuales la Delegatura asegura que existió intercambio de información– coinciden con las cifras reales de **HOLCIM**.
- Frente al correo mediante el cual se envía el documento "Mapas Tácticos Zona Centro", respecto del que la Delegatura llama la atención por referirse a los bajos volúmenes de **HOLCIM** el mes anterior al envío del correo, debe destacarse que no es extraño que un agente de mercado conozca los problemas de sus competidores. Adicionalmente, el mes al que se refieren es octubre de 2012 en el que justamente se presentaron los daños en el molino que implicaron la necesidad de adquirir cemento para no afectar demasiado sus compromisos contractuales.
- En relación con la denominación de "terceros" que se evidencia en los documentos –que supuestamente mostrarían intercambio de información–, se destaca que resultaría natural que se refiera de esta forma a competidores que no tienen mucha participación. En todo caso, **HOLCIM** no podría tener responsabilidad alguna por la forma en que **CEMEX** y **ARGOS** se refieran a los competidores más pequeños.
- Si los archivos encontrados efectivamente hubiesen sido elaborados con información de **HOLCIM**, la Superintendencia debe demostrar por lo menos que ello obedeció a conductas de funcionarios directivos de la empresa.
- Frente al documento "BOOK1.xls" se destaca, principalmente, que tiene fecha enero de 2014, por lo que no es pertinente para el periodo investigado. Además, la Delegatura concluye que para los periodos 2012 y 2013, **CEMEX** y **ARGOS** habrían convenido entregarle cada uno un porcentaje de 0,5%, lo que equivale a varios miles de millones de pesos a cambio de nada. Así mismo, parece curioso que **CEMEX** cediera el mismo porcentaje que **ARGOS** en favor de **HOLCIM** si **ARGOS** tenía una participación de mercado mucho mayor. Adicionalmente, al haber **HOLCIM** obtenido participaciones mayores a las supuestamente reflejadas en el documento, es claro que no participó en ningún acuerdo. Por último, el análisis que la Delegatura hace sobre este documento implicaría que las tres empresas **CEMEX**, **ARGOS** y **HOLCIM** habrían decidido no competir con los denominados terceros.
- En relación con las evidencias económicas que la Delegatura utiliza como soporte del elemento consciente se destaca que, aquellas que aplican para el caso concreto simplemente obedecen a la estructura normal del mercado y las demás, son conclusiones que carecen de soporte. Frente a evidencias como la competencia en precios se resalta que, si el Informe Motivado afirma



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

que **TEQUENDAMA** si tuvo comportamiento competitivo con precios por haber mantenido diferencias de precios similares, resulta inconsistente que tal conclusión no sea válida respecto de **HOLCIM** que también tuvo esas diferencias.

- La Delegatura afirma que es falso que **HOLCIM** se hubiera retirado de las asociaciones como **ASOCRETO** pues se verificó que había asistido a una de las reuniones de esa agremiación en la que se iba a capacitar a las empresas en el tema de "protección al consumidor", de lo que concluye que en esa reunión se habría compartido información sobre precios y repartición de mercados. Resulta lamentable que la autoridad de competencia ataque a los gremios y la existencia de cualquier reunión, independiente del tema, sea usada como prueba del elemento consciente.
- Frente al correo remitido por **ALEXANDRA MONROY (ARGOS)** a un funcionario de **HOLCIM** debe resaltarse, en primer lugar, que del mismo cuerpo del correo se evidencia que la comunicación inicial fue un error. En segundo lugar, el funcionario de **HOLCIM** no pretendía recibir esa información y por eso le pidió a la remitente la razón por la que lo habría enviado. En tercer lugar, si bien las afirmaciones de **ALEXANDRA MONROY (ARGOS)** pueden parecer una propuesta para no quitarse clientes y subir precios, lo cierto es que **HOLCIM** no aceptó esa propuesta y por el contrario el correo del funcionario de **HOLCIM** a su superior muestra que no existía acuerdo alguno y que **HOLCIM** y **CEMEX** se están quitando clientes constantemente. En cuarto lugar, el correo hace referencia a concreto y no a cemento gris Pórtland tipo 1. En todo caso, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de Estados Unidos ha señalado que la evidencia de intercambios esporádicos de conversaciones entre los vendedores comerciales, que carecen de autoridad para fijar precios, es insuficiente para que se pueda afirmar que existe un acuerdo colusorio.
- La Delegatura considera que **HOLCIM** no debió prestar ladrillos refractarios a **CEMEX** ante una situación de crisis, sino que debió usar esa información para quitarle clientes a **CEMEX**. Esta posición prescinde, en primer lugar, de la visión a largo de plazo de las empresas cementeras, pues puntos de participación ganados de la forma en que pretende la Superintendencia se pierden en poco tiempo, máxime si se tiene en cuenta que para entonces la capacidad de **HOLCIM** estaba siendo utilizada en más del █%. En segundo lugar, para **HOLCIM** no es una conducta competitiva leal pretender ganar mercado a base de negarse a ayudar a un agente que ha sufrido un evento de fuerza mayor.
- El Informe Motivado sostiene que a diferencia de **HOLCIM**, **CEMEX** y **ARGOS**, **TEQUENDAMA** no realizó transacciones con esas compañías. Sin embargo, no se tiene en cuenta que cuando **HOLCIM** tuvo su planta parada **ARGOS** no quiso siquiera prestarle una cotización, **CEMEX** le vendió a un precio muy alto y en el evento en que se ofrecieron licencias mineras por parte de **HOLCIM**, **ARGOS** no quiso comprarlas.
- Frente a las comunicaciones entre **HOLCIM** y sus distribuidores, la Entidad no explica por qué, si existía acuerdo, los distribuidores tenían que quejarse de que los precios a los que se estaba vendiendo el producto eran muy distintos de los que tenían otros competidores en el mercado. En ese sentido, dichas comunicaciones lo único que prueban es la inexistencia de cualquier tipo de acuerdo y, por lo tanto, la real toma de decisiones de forma autónoma y unilateral por parte de **HOLCIM**.
- La Delegatura, de manera contradictoria, manifiesta no hacer reproche alguno a las coincidencias en viajes internacionales de funcionarios de **HOLCIM** y al tiempo usa esas coincidencias como indicio del elemento consciente de las conductas. Este tipo de evidencias ya han sido rechazadas por las Cortes de Apelaciones de Estados Unidos.
- Frente a la existencia de investigaciones pasadas en Colombia y otros países que usa también la Delegatura como parte del elemento consciente, resulta increíble que la autoridad colombiana considere factible, en el caso de sanciones de otros países, utilizar semejante argumento contra unas sociedades distintas y unas personas naturales que ni siquiera estuvieron en esos países, más cuando aún están siendo cuestionadas ante las autoridades judiciales respectivas. En relación con las decisiones nacionales debe recordarse que en Colombia rige el principio de *non bis in ídem*, por lo que las decisiones pasadas no pueden servir como sustento para imponer una nueva sanción.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- **HOLCIM** ha realizado grandes esfuerzos por diferenciarse de sus competidores y ganar participación de mercado.
- **HOLCIM** ha tomado todas las decisiones en materia de precios analizando diversas variables de manera unilateral, tal y como se demostró con múltiples pruebas, incluyendo las declaraciones el Presidente y el Gerente General de la compañía y el llamado libro azul.
- El Informe Motivado consideró que no era cierto que en el libro azul se dejara constancia de todos los cambios, por cuanto encontró un caso en que al parecer no estaban todos los soportes del cambio y porque al comparar los precios registrados en el libro azul y los precios promedios utilizados por la Superintendencia no hay coincidencia e incluso los precios promedio resultaban superiores al precios base. Esta conclusión desconoce que en la política comercial de **HOLCIM** los funcionarios pudieran vender más barato o más caro, por lo que no sería extraño encontrar un valor base inferior al precio real de venta.

#### **5.4. Argumentos planteados por TEQUENDAMA, FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES y CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO**

- **TEQUENDAMA** no participó en prácticas conscientemente paralelas, ya que sus precios no fueron paralelos a los de los competidores.
- La política de precios que **TEQUENDAMA** adoptó autónoma e independientemente desde el 2004 como estrategia para penetrar una marca nueva, en la que se determinó tener el precio 5% o 10% por debajo del precio de mercado, se mantuvo durante el periodo investigado, lo que resulta incompatible con la existencia de un acuerdo de precios.
- La decisión de establecer y desarrollar su proceso productivo con hornos verticales, en lugar de los horizontales que utilizan sus competidores, demuestra que su comportamiento ha sido autónomo e independiente.
- Las proyecciones de producción con los hornos verticales no se cumplieron y fue necesario importar clínker, lo que implicó altos sobrecostos que impactaron en los precios, volúmenes y rentabilidad esperados, a pesar de lo cual mantuvo sus precios bajos, lo que desmiente la posible existencia de un acuerdo.
- Los factores plus no se presentan para el caso de **TEQUENDAMA**, por el contrario, está probado que **TEQUENDAMA** nunca compartió información con sus competidores ni sostuvo un comportamiento cooperativo con estos.
- Mientras que las tres (3) empresas líderes del mercado contaban con una participación conjunta superior al 90% y que la que menos tenía rondaba el 15%, **TEQUENDAMA** tan solo alcanzó el 3%, siendo esa una cuota de mercado que impide a quien la tenga ostentar algún tipo de influencia frente a competidores que lo superan por más de cinco (5) veces.
- **TEQUENDAMA** no participó en acuerdos de repartición de mercado con sus competidores, por el contrario, de no haber sufrido las fallas con los hornos verticales habría podido alcanzar sus proyecciones y con ello aumentar su cuota de participación.
- Descartado que **TEQUENDAMA** hubiere infringido los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, también se descarta la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Frente al cargo de "precios inequitativos" el Delegado acertó al indicar que no existía prueba de tal conducta.

#### **5.5. Argumentos planteados por SAN MARCOS, FERNANDO DE FRANCISCO REYES y MAURICIO VILLALOBOS JULIAO**

- Dentro de la investigación quedó acreditado que el comportamiento comercial y estratégico de **SAN MARCOS** no obedeció a una conducta anticompetitiva sino a sus condiciones especiales como agente del mercado relevante, entre ellas: (i) se trataba de un jugador nuevo en el mercado y tuvo que afrontar las barreras de entrada típicas (altos costos de inversión y producción, desventajas frente a economías de escala, capacidad instalada copada); (ii) **SAN MARCOS**

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

solamente participó en el mercado regional del Valle del Cauca y su zona de influencia, por lo cual no tenía capacidad de llevar su producto a otras regiones; (iii) los costos relacionados con materia prima y empaçado tienen un peso significativo en la formación del costo total unitario y los costos indirectos también fueron importantes en la estructura de costos, por lo cual, **SAN MARCOS** no tenía margen lo suficientemente amplio para mover su precio.

- Así mismo, el correo electrónico relacionado en el Informe Motivado no constituye un intercambio de información sensible o estratégica con capacidad de facilitar un acuerdo anticompetitivo. De igual forma, dicho correo electrónico no fue iniciado ni recibido por **FERNANDO DE FRANCISCO REYES** ni por **MAURICIO VILLALOBOS JULIAO**.

**5.6. Argumentos planteados por JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (vinculados con ARGOS)**

- Hay una ausencia de responsabilidad consecuencial ya que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron, toleraron o incurrieron en otro tipo de omisiones respecto de las prácticas restrictivas imputadas a **ARGOS**, pues no era ni material ni jurídicamente posible participar en conductas que no ocurrieron.
- La Delegatura no realizó una imputación clara, precisa y concreta sobre la conducta por la cual serían investigados **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, así como tampoco determinó las situaciones de modo, tiempo y lugar en las que las mismas se habrían producido. Adicionalmente, la Delegatura omitió indicar por cuál de los cinco verbos rectores previstos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 se inició la investigación en contra de las personas anteriormente mencionadas, así como omitió precisar los hechos que supuestamente dieron lugar a los cargos desconociendo el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.
- La Delegatura no cumplió con la carga de la prueba e incurrió en una falta de rigurosidad fáctica probatoria al afirmar que, supuestamente, **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** habían incurrido en conductas omisivas sin demostrar en qué consistió la supuesta omisión.
- La carga de la prueba recae sobre la Autoridad y, en el presente caso, la Delegatura incumplió el deber de probar la presunta omisión de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID y JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**. En el acervo probatorio de la actuación no obra una sola prueba que dé cuenta de conductas, ya sean activas o pasivas, que demuestren las conductas imputadas. Parecería que la Delegatura hubiera pretendido invertir la carga de la prueba, exigiendo que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID y JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** demostraran su inocencia.
- El verbo rector "tolerar" supone el conocimiento de la conducta ilícita en la que presuntamente incurrió **ARGOS** pero, en el presente caso, no existe prueba alguna de que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID o JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** conocieran o estuvieran en capacidad de conocer los presuntos acuerdos ilegales.
- La Delegatura señala que se le puede atribuir responsabilidad administrativa a personas que, sin conocer la conducta infractora, por razón de las funciones que desempeñan en la compañía, debían conocerla. Esto implica que debe probarse que, en el caso particular, la persona investigada tenía funciones que le permitían conocer la conducta. En el presente caso no está probado que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID ni JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** como presidentes y representantes legales de **ARGOS** debían conocer los presuntos acuerdos –que nunca ocurrieron–. Por el contrario, las pruebas que reposan en el Expediente desvirtúan que, teniendo en cuenta la estructura organizacional de **ARGOS**, ni **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID ni JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** tuvieran conocimiento de las supuestas conductas anticompetitivas.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- Las declaraciones de **CÉSAR AUGUSTO MEJÍA MESA** (Gerente de Relaciones Laborales de **ARGOS**), **CAMILO JOSÉ ABELLO VIVES** (empleado de **ARGOS**) y los testimonios de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** y **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** evidencian la estructura y el tamaño de la organización y, mal podría la Delegatura exigirles a estos últimos conocer algo tan particular como las relaciones en todas las áreas de la organización que les reportaban.
- Ni **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** ni **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** colaboraron, facilitaron, autorizaron o ejecutaron los presuntos acuerdos imputados a **ARGOS** ya que: (i) no existe elemento de juicio que dé cuenta de que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** ni **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** participaran activamente en las conductas investigadas; (ii) quedó demostrado que no tenían injerencia en la determinación del precio de venta del cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia, al punto que no participaban en los mecanismos establecidos por **ARGOS** para fijar dicho precio; y (iii) no tuvieron ninguna participación activa o pasiva en los hechos que constituyen el "elemento consciente" de una hipotética práctica paralela.
- La Delegatura, al sostener que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** y **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** violaron los deberes de los administradores previstos en la Ley 222 de 1995, debía probar cuáles fueron los deberes que presuntamente se incumplieron, y cuándo y cómo los incumplieron.
- El ser administrador no es por sí solo factor de atribución de responsabilidad civil y, debido al carácter personal y subjetivo de la responsabilidad civil, los administradores únicamente serán responsables de los actos de las personas jurídicas que administran cuando se demuestre que, a causa de una decisión propia que sea ilegal o contraria a los estatutos, o cuando se abstenga de actuar de determinada forma, se ha producido un daño a terceros con la actuación de la empresa. Así mismo, existe una violación al principio de culpabilidad ya que la responsabilidad atribuida a **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** y a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** fue objetiva.
- En caso de que la Delegatura haya realizado el análisis de responsabilidad de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** y **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** con base en la presunción de culpa establecida en el inciso tercero del artículo 24 de la Ley 222 de 1995, debe señalarse que las presunciones legales no operan por simple capricho. Por el contrario, la Delegatura debió haber probado la forma en la que supuestamente **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** y **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** habrían: (i) incumplido sus funciones, (ii) extralimitado sus funciones, (iii) violado la ley, o (iv) violado los estatutos sociales de **ARGOS**. Ninguno de esos elementos fue probado en la presente investigación, con lo cual la Delegatura incurre en un grave error de interpretación y aplicación de las normas en materia de responsabilidad de los administradores.
- **ARGOS**, bajo el liderazgo y coordinación de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** y **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, contaba con: (i) políticas, (ii) reglas, (iii) formación en gobierno corporativo, conducta y competencia, y (iv) estructuras y sistemas de monitoreo y control adecuados considerando el tamaño y particularidades de la operación.
- En relación con los cargos relacionados con tolerar los supuestos acuerdos de participación de mercados, el Informe Motivado no contiene consideraciones o análisis distintos a los que aparecen en relación con el supuesto acuerdo de fijación de precios.
- **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** sí adoptó medidas para evitar que este tipo de prácticas se presentaran en la compañía, tales como la adopción de un Código de Ética que posteriormente sería reemplazado por el Código de Conducta Empresarial y la Política de Competencia de **ARGOS**.
- **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** no participó directa ni indirectamente en las transacciones de venta de cemento concretero que se hubieran llevado a cabo en el periodo investigado.
- Han transcurrido más de cinco (5) años desde que **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** dejó de ser presidente de **ARGOS**, por lo cual la facultad sancionatoria de la Superintendencia caducó.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- **INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no toleraron ni facilitaron los presuntos acuerdos restrictivos que le fueron imputados a **ARGOS** ya que: (i) no incurrieron en conductas omisivas en relación con los supuestos en los que la Delegatura fundamentó los cargos contra **ARGOS**; y (ii) ninguno de los elementos en que se basa la Delegatura demuestran que tuvieran consciencia sobre la alegada ilegalidad de las conductas investigadas.
- **INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no colaboraron, facilitaron, autorizaron o ejecutaron los presuntos acuerdos restrictivos ya que: (i) no existe ningún elemento de juicio que dé cuenta que tuvieron participación activa en las conductas investigadas; (ii) no tenían injerencia especial, -más allá de que **INGRID RESTREPO LIBREROS** era uno de los siete miembros del Comité de Precios-, en la determinación del precio de venta de cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia; y (iii) no intercambiaron información sensible con los competidores de **ARGOS** ni participaron en los hechos que, a juicio de la Delegatura, constituyen el elemento consciente.
- **INGRID RESTREPO LIBREROS y ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no incurrieron en conductas procesales reprochables y las acusaciones son el fruto de errores de interpretación de la información que obra en el Expediente ya que: (i) **ARGOS** nunca afirmó que no contara con información sobre precios promedio de venta por canal y fue consistente en afirmar que no usa precios ex fábrica como su modelo de negocio, pues su principal oferta de valor para el cemento gris Pórtland tipo 1 se estructura a partir de la distribución y entrega del producto en el sitio requerido por sus clientes, es decir, en el Informe Motivado existió una confusión ya que mezcla la no existencia de precios ex fábrica como datos oficiales de la compañía con la no existencia de precios promedio de venta de cemento gris por canal; (ii) **ARGOS** explicó que disponía de los cálculos teóricos de precios ex fábrica para dar cumplimiento al condicionamiento hasta el mes de junio de 2012, y consideró adecuado presentar la información entregada el 10 de diciembre de 2012 con un mismo corte temporal a la información disponible sobre cálculo teórico de precios ex fábrica realizado para efectos del condicionamiento; (iii) el correo electrónico del 8 de diciembre de 2012 remitido por **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** a **INGRID RESTREPO LIBREROS** evidencia la inquietud de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** sobre la fecha de corte para la presentación de la información y no contiene ninguna afirmación que permita presumir su mala fe; (iv) **ARGOS** presentó el 10 de diciembre de 2012 información sobre precios teóricos ex fábrica calculados para efectos del condicionamiento con corte a junio de 2012 que era la fecha hasta la cual se contaba con dicha información, así como información con corte a la misma fecha de precios promedio de venta por canal.
- En relación con el correo electrónico del 5 de noviembre de 2013 remitido por **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** a **INGRID RESTREPO LIBREROS** de asunto "INFORME REGIONAL NORTE- ARGOS ES MUNDIAL- CONSOLIDADO- OCT", la Delegatura limitó su labor probatoria a presumir que la información contenida en el archivo había sido el resultado del presunto intercambio de información entre competidores, sin demostrar cuáles fueron las circunstancias del intercambio, quiénes habrían participado, cuándo y cómo se habría dado el supuesto intercambio.
- El correo electrónico del 8 de diciembre de 2012 remitido por **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** a **INGRID RESTREPO LIBREROS** con asunto denominado "Información SIC" y adjunto "Precio Promedio por Segmento 2009- 2012.xlsx- Copia de Barranquilla- Entrega 081212.xlsx" de ninguna manera evidencia que las implicadas hayan tolerado las conductas restrictivas alegadas. No se entiende cómo preparar información que la misma Superintendencia solicitó, constituya una conducta anticompetitiva.
- Ni **ARGOS**, ni **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** ni **INGRID RESTREPO LIBREROS** mutilaron información para dar respuesta al requerimiento de información del 17 de junio de 2013. La afirmación de la Delegatura de que **ARGOS** sí contaba con información de precios ex fábrica y que habría omitido su entrega es errónea.
- En cuanto a la recomendación complementaria de compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, lo planteado por la Delegatura equivale a formular denuncia contra persona determinada lo que quiere decir que debe tener la certeza del hecho que pretende poner en conocimiento de la autoridad competente. Sin embargo, el Informe Motivado incurre en una presunción de dolo y,

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

al no prevenir a los implicados sobre la garantía de no declarar, es una muestra de violación al derecho de defensa.

- **INGRID RESTREPO LIBREROS** no toleró ni facilitó los presuntos acuerdos restrictivos que le fueron imputados a **ARGOS** ya que: (i) no incurrió en conductas omisivas en relación con los supuestos en los que la Delegatura fundamentó los cargos contra **ARGOS**; y (ii) ninguno de los elementos en que se basa la Delegatura demuestran que tuviera consciencia sobre la alegada ilegalidad de las conductas investigadas.
- **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** no toleró los presuntos acuerdos anticompetitivos imputados a **ARGOS**, ya que ejercía un rol meramente operativo, a nivel medio de la estructura organizacional de **ARGOS**, meramente transaccional el cual no tenía atribuciones para tomar decisiones relacionadas con precios de venta o política comercial y no tenía facultades para comprometer la voluntad de **ARGOS**, por lo que carecía de facultades o capacidad para impedir cualquier tipo de acción por parte de la compañía.

#### **5.7. Argumentos planteados por CARLOS JACKS CHAVARRÍA y CÉSAR CONSTAIN VAN RECK (vinculados con CEMEX)**

- Para que la apreciación o valoración de las pruebas en el marco del proceso sancionatorio que realiza la Superintendencia se adecúe a los principios y postulados de valoración probatoria, se requiere que el análisis de las mismas se realice en conjunto y no de manera aislada y sin tomar en cuenta pruebas legalmente aportadas y practicadas.
- Las declaraciones de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** y **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** fueron ignoradas por la Delegatura, como prácticamente también lo fueron los de los otros 25 declarantes, a pesar de haberse rendido bajo juramento y de aportar detalles relevantes sobre la operación y distribución de los productos. A la hora de emitir el Informe la Delegatura solo se concentró en interpretaciones y conjeturas que terminaron siendo alejadas de la realidad.
- Para que la valoración de las pruebas no se considere equivocada, arbitraria, absurda o irracional, es necesario acudir no solo a la apreciación en conjunto de las mismas, sino a la valoración con base en la sana crítica, ejercicio que no se ve reflejado en el Informe Motivado.
- Para realizar una adecuada valoración de los indicios que permita dar por cierto un hecho no conocido, el hecho indicador debe estar probado y, una vez cumplido esto, se deben contemplar todas las posibilidades derivadas de él o ellos. Esta actividad brilla por su ausencia en el análisis realizado por el Delegado.
- La Delegatura, para llegar a sus conclusiones con base en indicios e inferencias, ha debido tener en cuenta el comportamiento procesal de **CEMEX**, de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** y de **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, el cual fue de continua colaboración.
- La Delegatura argumenta haber encontrado una conducta reprochable de las empresas, dentro de lo cual incluye a **CEMEX**, pero no existe ni en la Apertura ni en el Informe Motivado prueba alguna respecto de un comportamiento procesal criticable o reprochable de **CEMEX** y sus investigados.
- Cuando la Delegatura analiza la conducta de **HOLCIM** y **ARGOS** ni siquiera menciona a **CEMEX**, pero concluye sorpresivamente que las tres empresas tuvieron un comportamiento censurable. Es inteligible el análisis que la Delegatura utilizó para trasladar los efectos de una conducta procesal de una parte a todas las demás y buscar con eso sancionarlas a todas por igual.
- El mismo análisis llevó a la Delegatura a recomendar al Superintendente sancionar a **CEMEX** y a sus funcionarios, sin caer en cuenta de que no hay una sola evidencia de que su comportamiento no haya sido independiente.
- Durante la fase de instrucción, la Delegatura recaudó más de 25 testimonios, 17 interrogatorios, realizó cinco (5) visitas y requerimientos de información, los cuales no probaron que **CEMEX** motivó su comportamiento en razones diferentes a sus propios intereses y decisiones autónomas. No hay pruebas de reuniones, comunicaciones o conversaciones entre empleados

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

de las compañías con el fin de intercambiar información confidencial, ni testimonio, declaración, documento o archivo que evidencie un acuerdo.

- De manera arbitraria y sin hacer un análisis en conjunto con base en la sana crítica, el Delegado concluyó con ligereza que **CEMEX** integró un cartel, conformó un mecanismo de seguimiento de precios para vigilar el comportamiento de las empresas cartelizadas y se coludió con otras empresas para acordar repartición del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1. Todo se ha fundado en suposiciones y especulaciones.
- **CEMEX** no incurrió en prácticas restrictivas de la competencia y, en consecuencia, las personas naturales vinculadas a esta empresa no toleraron comportamiento criticable alguno durante el tiempo que estuvieron como representantes legales.
- Las empresas investigadas no compartieron información confidencial o sensible. La Delegatura no probó que la información que ella alegó como estratégica o sensible fue objeto de intercambio entre los agentes del mercado.
- La Delegatura no puede encontrar información que a su criterio parece confidencial y presumir que fue intercambiada entre los competidores. Los correos electrónicos supuestamente contentivos de información confidencial son comunicaciones internas de la compañía.
- La Delegatura tampoco cuenta con prueba del supuesto "principio de no meterse en obras comenzadas". Todo lo dicho en el Informe Motivado al respecto es especulativo y carece de cualquier fundamento real fáctico y probatorio, por lo cual no es posible acusar a **CEMEX** de participar en ello.
- Las explicaciones técnicas respecto del usuario "deleteme" y el archivo "BOOK1.xls" se presentan en el escrito de objeciones al Informe Motivado de **CEMEX**.
- No puede la Delegatura encontrar probado un intercambio de información entre competidores por cuanto lo único que tiene son documentos internos sin ninguna evidencia de que estos fueron compartidos, circulados o intercambiados entre las compañías investigadas.
- Ante la inexistencia de la prueba del intercambio, mal hace la Delegatura en simplemente invertir la carga de la prueba. Eso lleva a las empresas investigadas al absurdo jurídico de probar negaciones indefinidas.
- En el Informe, la Delegatura presentó una serie de análisis económicos, generales, descontextualizados y ambiguos, que no demuestran la existencia de ningún acuerdo anticompetitivo ni mucho menos uno que responda a la asignación de cuotas de mercado, la repartición del mismo o la fijación de precios en alguna modalidad.
- Del Informe Motivado también se desprenden otras conclusiones relacionadas con la pérdida de participación de mercado, en la que se evidencia que mientras **ARGOS** y **HOLCIM** conservan o aumentan su participación, **CEMEX** la pierde.
- Según el Informe Motivado, las cuotas de participación tuvieron variaciones del 6% para **ARGOS**, 8% para **CEMEX** y 11% para **HOLCIM**, las cuales, entendiendo que se trata de un mercado oligopólico, son muy altas. Contrario a lo deseado por la Delegatura, esto pone en evidencia la competencia y las consecuencias en el cambio de los precios; también es el reflejo de las diversas circunstancias que afectaban las distintas plantas y capacidades productivas.
- La Delegatura señaló que existió para la época una disparidad entre los costos y el precio, pues su comportamiento no era armónico. No obstante, en lugar de encontrar razones de mercado (oferta y demanda), económicas o de tipo operacional, técnicas y de muchas otras variables que justificaban esa supuesta disparidad, la Delegatura se limitó a sospechar.
- La Delegatura obvió el argumento de que el precio de compra de los consumidores depende en gran medida del margen de utilidad del distribuidor, a lo cual se refirió **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, dado el hecho incuestionable de la alta incidencia que tiene el margen de utilidad del distribuidor en los precios finales del producto.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **CEMEX** es exclusivamente responsable del precio de venta en puerta de fábrica.
- Durante el periodo investigado, **CEMEX** estaba en su tope de capacidad de producción real del 90%, llegando al límite de capacidad instalada, al punto de haber tenido que modificar los tiempos de entrega que durante ese periodo pasaron de 2 a 15 días. En línea con ello, no se tuvo en cuenta que la capacidad instalada nominal y la capacidad instalada real por años, a nivel nacional, ascendió de un ■% a un ■%.
- Por definición, todo mercado oligopólico es concentrado desde el punto de vista de los productores y oferentes.
- La Delegatura hace unos esfuerzos teóricos interpretativos sobre unos estudios económicos que no son necesariamente objetivos ni mucho menos unívocos en sus conclusiones, para afirmar con ligereza que las empresas investigadas se coludieron
- En el proceso no existen pruebas de actuaciones coordinadas entre **CEMEX**, **HOLCIM** y **ARGOS** para dejar de competir.
- **CEMEX**, a lo largo de la investigación y en el escrito de oposición al Informe Motivado, provee explicaciones técnicas suficientes sobre su comportamiento y sobre cómo ha actuado con independencia en el mercado, conclusiones que se toman como propias para la defensa de las personas naturales.
- **CEMEX** ha tenido una actividad competitiva durante todo el periodo investigado. Por ejemplo, se hicieron inversiones con la cadena de distribución **CONSTRURAMA**, se ha incrementado la presencia de **CEMEX** en zonas donde los líderes son otras empresas competidoras y se ha incrementado la producción de la empresa con una molienda en la Costa Atlántica.
- **CEMEX** tiene una participación de mercado en las zonas donde sus plantas están ubicadas. Esto se explica por los altos costos de transporte. En línea con ello, tomar los precios promedio nacional es un error que desdibuja la realidad del mercado.
- En el periodo investigado ingresaron empresas de distintos tamaños, además del incuestionable hecho de que también ingresó mucho producto fruto de la importación de cemento por distribuidores por ambas costas, hechos que fueron obviados por la Delegatura.
- Ya que las conclusiones a las que llegó el Delegado fueron desvirtuadas, debe obrar en favor de **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** y **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** el principio *in dubio pro investigado*.
- El Informe Motivado está fundado en afirmaciones y conclusiones que de manera arbitraria violan la presunción de inocencia.
- Se le solicita a la Superintendencia que reconozca que **CEMEX** y, por lo tanto, **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** y **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, no incurrieron en un solo hecho anticompetitivo y que obraron en forma independiente y autónoma para defender sus propios intereses en el mercado.
- Se respalda la conclusión de la Delegatura sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia frente al señor **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, ya que se desvinculó de **CEMEX** en mayo de 2011.
- No obstante, se rechazan los demás planteamientos acerca del conocimiento que pudo haber tenido **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** de la ocurrencia de los hechos investigados y de la responsabilidad que se le pretendía imputar por su condición de Representante Legal y administrador de **CEMEX**.
- Los hechos que fundamentan la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se circunscribieron a periodos que no exceden el año 2012. Los hechos supuestamente tolerados llegaron hasta mayo de 2011, fecha en la cual se desvinculó **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**.



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- Se vulneraron los principios de concordancia y congruencia, pues hay incongruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y el Informe Motivado.
- Los investigados diseñaron y ejecutaron su defensa teniendo en cuenta los cargos indicados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y no en el Informe Motivado. La mayor parte de las pruebas que la Delegatura tomó como sustento de su recomendación no fueron incluidas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, por lo tanto, **CEMEX** no tuvo oportunidad de controvertirlas. Lo anterior afecta los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa.
- En conclusión, se solicita: (i) no atender las recomendaciones realizadas en el Informe Motivado para declarar responsables a **CEMEX** y a los señores **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** y **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** en calidad de representantes legales durante el periodo investigado; (ii) cerrar la investigación y declarar el archivo del expediente.

**5.8. Argumentos planteados por MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ, JAIME ANTONIO HILL TINOCO, MOISÉS PÉREZ YUNES y GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO (vinculados con HOLCIM)**

- El análisis de su conducta debe circunscribirse al periodo durante el cual **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** figuró como Presidente de **HOLCIM**, en el cual desarrolló un arduo trabajo para competir en el mercado, incrementar su participación y aumentar la capacidad disponible para producir más cemento.
- **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** no tuvo injerencia en los precios superiores al valor de referencia base, pues si se tiene en cuenta la política comercial que reposa en el Expediente, es claro que el investigado únicamente participaba para autorizar descuentos superiores al 15% sobre el valor base y no participaba para vender a precios superiores al valor de la referencia base. Así, como la Superintendencia de Industria y Comercio considera que **HOLCIM** vendía a precios superiores de los consignados en el libro azul, es evidente que no tuvo participación alguna en esos precios.
- En el Informe Motivado la prueba utilizada para los viajes muestra una sola supuesta coincidencia de tres personas de las compañías investigadas, y en ninguno de los casos se menciona a **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**.
- En relación con la evidencia utilizada en contra del investigado **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, únicamente es mencionado en el correo electrónico referente a la negociación de reservas de caliza, que por supuesto no es muestra de una conducta restrictiva.
- **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** no toleró conductas restrictivas de la competencia, pues en efecto no se logró probar su "culpabilidad", respecto de la cual se requiere la voluntad y para esto, se necesita saber, por lo menos, que la conducta se va a realizar.
- De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, para poder imputar responsabilidad como "garante" se requiere: (i) conocer la situación típica y el resultado que genera; (ii) tener los medios para evitar el resultado; y (iii) contar con la posibilidad de utilizar los medios para evitar el resultado. Requisitos que no se cumplen para el caso de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**.
- Ninguna de las pruebas utilizadas en contra de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** evidenciaron que tomó decisiones sobre los valores de referencia bajo el conocimiento de que estaban acordadas con **ARGOS** o **CEMEX**, ni que las decisiones sobre dónde vender y cuánto, dependían de lo que dijeran esas compañías.
- Debe analizarse íntegramente el comportamiento de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** durante el periodo en que fungió como gerente comercial de **HOLCIM** (2008-2014), con especial atención en su arduo trabajo por competir en el mercado en términos de valor, no solamente de precio. En efecto, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** como Director Comercial fomentó la entrada de nuevos clientes durante el periodo investigado, impulsó la venta directa del cemento en saco en

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

canal, compitiendo en todos los segmentos de mercado. Durante este periodo se creó la Gerencia de Proyectos, que velaba por competir en el segmento de infraestructura, un mercado no atendido por **HOLCIM** y en el cual logró incursionar exitosamente.

- **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** no tuvo injerencia en los precios superiores al valor de referencia base, pues si se tiene en cuenta la política comercial que reposa en el Expediente, es claro que el investigado únicamente participaba para autorizar descuentos superiores a 10% y hasta 15% sobre el valor base, y no participaba para vender a precios superiores del valor de la referencia base y como la Superintendencia considera que **HOLCIM** vendía a precios superiores a los del libro azul, es evidente que no tuvo participación alguna en esos precios.
- No logra entenderse de qué manera **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** incurrió en conductas contrarias a la libre competencia por haber tolerado un acuerdo de precios y repartición de mercados, si durante su gestión buscó alternativas y estrategias para aumentar la capacidad de producción y participación de **HOLCIM** en el mercado.
- En relación con los viajes que se mencionan en el Informe Motivado, debe tenerse en cuenta que todos tienen justificaciones laborales y académicas ajenas a la supuesta relación con **ARGOS** y **CEMEX**. Además, con dicho reporte se determinó que en los últimos diez (10) años **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** viaja entre 1 y 2 veces al mes y que coincide en aviones y aeropuertos con muchas personas que no conoce y que en virtud de la presente investigación, considera que actualmente viajar implica un riesgo que no podía preverlo antes de aceptar su cargo.
- En relación con el correo electrónico en el que se habla de préstamo de ladrillo refractario a **CEMEX**, con base en el cual la Delegatura concluye que **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** toleró la conducta investigada, por haber sido copiado como remitente, debe destacarse que no participó en la decisión de prestar el bien, pues no tenía injerencia en dicha decisión desde su cargo.
- En relación con la evidencia utilizada en contra de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, referente a correos electrónicos intercambiados entre el investigado e **INGRID RESTREPO LIBREROS** de **ARGOS**, en los que se programa una reunión para discutir acerca de la venta a **ARGOS** de licencias de explotación de caliza, terrenos y activos que se encuentran en San Gil (Santander), manifestó que en la reunión se discutía la venta de unas licencias mineras y no de caliza, que son legales y no tienen relación alguna con el supuesto acuerdo.
- Debe acogerse la sugerencia realizada por el Superintendente Delegado en el Informe Motivado y proceder al cierre y archivo de la investigación, sin sanciones, a **MOISÉS PÉREZ YUNES**.
- No existen pruebas que acrediten alguna responsabilidad de **MOISÉS PÉREZ YUNES**, ni en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos ni en el Informe Motivado fue vinculado con las pruebas que la Delegatura citó para demostrar la existencia de un elemento consciente.
- En materia del derecho administrativo sancionatorio no aplican presunciones de culpa, lo que debe demostrarse es la participación o conocimiento de la persona en la conducta investigada. Por lo tanto, para concluir que una persona toleró una conducta, la autoridad tiene la obligación de probar al menos que aquella tenía conocimiento de la misma y que tenía facultades para impedir o evitar que continuara ocurriendo.
- **MOISÉS PÉREZ YUNES** ostentó la calidad de Representante Legal de **HOLCIM** hasta marzo de 2011 y como la Delegatura no lo vinculó en ninguna prueba durante este periodo que lleve a pensar que por lo menos conocía la existencia del acuerdo, y teniendo en cuenta que todas las evidencias que la Delegatura toma como prueba del elemento consciente de las conductas imputadas son posteriores a su desvinculación, se concluye que tampoco pudo demostrar que tenía los medios para evitar la conducta.
- **MOISÉS PÉREZ YUNES** ocupó el cargo de Director Ejecutivo hasta marzo de 2011, por lo que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio caducó.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- Debe acogerse la sugerencia realizada por el Superintendente Delegado en el Informe Motivado y proceder al cierre y archivo de la investigación, sin sanciones, a **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO**.

**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 resolutive 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 1959 (prohibición general).

**SÉPTIMO:** Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, este Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

#### **7.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio**

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>21</sup>, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras, "*[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que "*[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas*".

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido, "*[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal*".

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia económica, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas, y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

<sup>21</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

## 7.2. Marco normativo

En la Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013 se ordenó la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos contra **ARGOS, CEMEX, HOLCIM, TEQUENDAMA y SAN MARCOS** y 14 personas naturales vinculadas con estas sociedades por la presunta infracción de 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), 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) y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), que disponen:

### Decreto 2153 de 1992

*"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

*1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.*

*(...)*

*3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.*

*(...)"*

### Ley 155 de 1959:

*"Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.*

*(...)"*

## 7.3. Mercado en el que se desarrollaron las conductas investigadas

Esta Superintendencia tiene como una práctica decisoria decantada, que en los casos de cartelización empresarial no es necesario realizar la definición del denominado "mercado relevante". Lo anterior, toda vez que es el alcance de la conducta investigada el que determina el mercado presuntamente afectado. Es decir, es el cartel empresarial el que determina el mercado o productos afectados o involucrados, lo que en realidad poco o nada tiene que ver con el concepto técnico de "mercado relevante". Por esta razón, tratándose de carteles empresariales, esta Superintendencia, más que de "mercado relevante" ha hablado es de mercado afectado.

Esta doctrina ha sido fijada por el Despacho en muchas ocasiones, entre otras, en la Resolución No. 80847 de 2015, en la que se señaló lo siguiente:

*"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. Commission, 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"<sup>22</sup>.*

<sup>22</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 80847 de 2015 (Caso Cartel del Azúcar de 2015). Ver también, entre otras, las decisiones contenidas en las Resoluciones No. 31739 de 2016 (Caso Cartel de los Papeles Suaves), 43218 de 2016 (Cartel de los Pañales) y 54403 de 2016 (Caso Cartel de los Cuadernos).

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

No obstante lo anterior, esta Entidad ha insistido en que el hecho de que la definición del mercado relevante no sea un prerrequisito para analizar los casos de carteles empresariales, no significa que no deba caracterizarse el mercado en el que participan los agentes investigados y en el que se ha desarrollado la presunta conducta anticompetitiva, pues es dicha caracterización la que también permite a la Superintendencia de Industria y Comercio analizar las condiciones del mercado y determinar si efectivamente ocurrió un paralelismo en los precios de los productos ofrecidos por los investigados.

Así, a continuación, se realizará la caracterización del mercado presuntamente afectado, que corresponde al cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional, con el fin de analizar sus particularidades, teniendo como punto de partida el análisis efectuado por la Delegatura.

### 7.3.1. Agentes participantes

Durante el periodo investigado, en Colombia participaban en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 las siguientes empresas:

#### - ARGOS

**ARGOS** fue constituida el 14 de agosto de 1944 mediante Escritura Pública No. 1299 de la Notaría Segunda del Círculo de Barranquilla, e inscrita el 19 de agosto de 1944 con el No. 3623 en la Cámara de Comercio de Barranquilla.

Tal y como consta en su Certificado de Existencia y Representación Legal, en su objeto social se encuentra el desarrollo, entre otras, de las siguientes actividades: (i) la explotación de la industria del cemento, y la producción de mezclas de concreto y de cualesquiera otros materiales o artículos a base de cemento, cal o arcilla; y (ii) la adquisición y la enajenación de minerales o yacimientos de minerales aprovechables en la industria del cemento y sus similares<sup>23</sup>.

Para el periodo investigado (2010 – 2012), **ARGOS** contaba con plantas de producción de cemento, ubicadas en Puerto Nare, Rioclaro y El Cairo (Antioquia), Cartagena (Bolívar), Barranquilla y Sabanagrande (Atlántico), Toluviéjo (Sucre), San Gil (Santander), Sogamoso (Boyacá), y Yumbo (Valle del Cauca)<sup>24</sup>.

#### - CEMEX

**CEMEX** ingresó a Colombia en 1996 mediante la adquisición de **CEMENTOS DIAMANTE DE IBAGUÉ S.A.** y **CEMENTOS SAMPER S.A.**

De acuerdo con su Certificado de Existencia y Representación Legal, en su objeto social se encuentra el desarrollo, entre otras, de las siguientes actividades: (i) la producción, distribución, venta y transporte por cuenta propia o de terceros, de toda clase de cemento; y (ii) la fabricación, venta y transporte, por cuenta propia o de terceros, de artículos elaborados total o parcialmente con cemento y de productos relacionados con la industria de la construcción<sup>25</sup>.

En el periodo investigado, **CEMEX** contaba con plantas de cemento en Bucaramanga (Santander), Cúcuta (Norte de Santander), La Calera (Cundinamarca) e Ibagué (Tolima)<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Folios 3632 a 3637 del Cuaderno Público No. 11.

<sup>24</sup> De acuerdo con la información disponible en la página Web de **ARGOS**, en la actualidad las plantas de Barranquilla y San Gil no producen cemento gris Pórtland tipo 1. Disponible en: <https://www.argos.co/colombia/somos/presencia>. Página consultada el 30 de noviembre de 2017.

<sup>25</sup> Folios 92 a 107 del Cuaderno Público No. 1.

<sup>26</sup> De acuerdo con la información disponible en la página Web de **CEMEX**, en la actualidad cuenta con dos (2) plantas de cemento adicionales en Colombia: Antioquia (Maceo); Bolívar (Clemencia). Disponible en: <http://www.cemexcolombia.com/SolucionesConstructor/Cemento.aspx>. Página consultada el 30 de noviembre de 2017.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

#### - HOLCIM

De acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal, el 14 de julio de 1955 mediante Escritura Pública No. 3571 de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, inscrita el 22 de julio de 1955 con el No. 24768 en la Cámara de Comercio de Bogotá, se constituyó **CEMENTOS BOYACÁ**. Posteriormente, en 2003, la sociedad cambió su nombre por el de **HOLCIM (COLOMBIA) S.A.**

Dentro de su objeto social principal se encuentran, entre otras, las siguientes actividades: producción, distribución, compraventa, importación, exportación, suministro y, en general, comercialización en cualquier forma de calizas y sus derivados, yeso y sus derivados, materiales de construcción (arenas y gravas), cementos y otros aglomerantes hidráulicos, concretos y productos derivados del concreto y otros productos para la construcción<sup>27</sup>.

En la actualidad, **HOLCIM** pertenece al grupo suizo **LAFARGEHOLCIM**, líder mundial en producción de cemento, agregados, concreto premezclado y asfalto<sup>28</sup>. De acuerdo con la información obrante en el Expediente, en el periodo investigado **HOLCIM** contaba con una planta de producción de cemento ubicada en Nobsa (Boyacá)<sup>29</sup>.

#### - TEQUENDAMA

Según el Certificado de Existencia y Representación Legal, **TEQUENDAMA** fue constituida el 12 de diciembre de 2001 mediante Escritura Pública No. 0005251 de la Notaría 23 del Círculo de Bogotá, e inscrita el 22 de febrero de 2002 con el No. 00816059 de la Cámara de Comercio de Bogotá. En 2008, luego de las fases de prefactibilidad, factibilidad y el montaje de la planta en Suesca (Cundinamarca), **TEQUENDAMA** inició operaciones<sup>30</sup>.

Dentro de su objeto social se encuentran, entre otras, las siguientes actividades: (i) la producción, distribución y venta, por cuenta propia o de terceros, de toda clase de cemento; y (ii) la fabricación, distribución y venta, por cuenta propia o de terceros, de artículos elaborados con cemento, en todo o en parte<sup>31</sup>.

#### - ORIENTE

**ORIENTE** fue constituida mediante Escritura Pública No. 1089 del 23 de abril de 2002 de la Notaría 34 del Círculo de Bogotá y registrada en la Cámara de Comercio de Facatativá el 17 de mayo 2012 con el No. 20582. Inició operaciones en 2003. Su planta de producción se encuentra en Sogamoso (Boyacá).

Según el Certificado de Existencia y Representación Legal, dentro de su objeto social principal se encuentran, entre otras, las actividades de exploración, explotación, producción, distribución y comercialización de toda clase de cementos, cales, mármoles y minerales, como también de sus subproductos<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Folios 77 a 81 del Cuaderno Público No. 1

<sup>28</sup> Disponible en: <http://www.holcim.com.co/nuestra-empresa/perfil-corporativo.html>. Consultado el 30 de noviembre de 2017.

<sup>29</sup> De acuerdo con la información disponible en la página Web de **HOLCIM**, en la actualidad cuenta con la planta de Nobsa, como única planta de producción de cemento. Disponible en: <http://www.holcim.com.co/nuestra-empresa/localizacion-plantas.html>. Consultado el 30 de noviembre de 2017.

<sup>30</sup> Folio 3041 del Cuaderno Reservado **TEQUENDAMA** No. 4 del Expediente y <http://www.cetesa.com.co/historial>. Consultado el 30 de noviembre de 2017.

<sup>31</sup> Folios 125 a 129 del Cuaderno Público No. 1

<sup>32</sup> Registro Único Empresarial. Consultado el 30 de noviembre de 2017.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

#### - SAN MARCOS

**SAN MARCOS** se constituyó por Escritura Pública No. 1843 del 1 de julio de 2008 de la Notaría 14 del Círculo de Cali, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali el 31 de julio de 2008 con el No. 8586. Su planta de producción se encuentra ubicada en Yumbo (Valle del Cauca).

De acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal, su actividad principal es la fabricación de cemento, cal y yeso<sup>33</sup>.

#### - ATLAS

**ATLAS** se constituyó por Escritura Pública No. 0000805 del 11 de abril de 2003 de la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, D.C. e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 6 de mayo de 2003 con el No. 00878049.

Dentro de su objeto social principal se encuentra la producción, distribución, venta y transporte por cuenta propia o de terceros de toda clase de cementos, cales, mármoles y minerales<sup>34</sup>.

Es un comercializador de cemento importado. Inició operaciones en el primer trimestre de 2011 y, durante el periodo investigado, la presencia de sus marcas de cemento gris Pórtland tipo 1 se ha dado principalmente en la Costa Caribe. Dichas importaciones proceden de **CEMENTOS ANDINO DOMINICANOS S.A.**<sup>35</sup>

#### 7.3.2. El cemento Pórtland en Colombia

Durante el periodo investigado, las empresas involucradas en la comisión de la presunta práctica anticompetitiva fabricaban y comercializaban distintas clases de cementos Pórtland (cemento blanco y gris).

Tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, el cemento Pórtland es "*un material pulverizado que además de óxido de calcio contiene sílice alúmina y óxido de hierro y que forma, por adición de una cantidad apropiada de agua una pasta conglomerante capaz de endurecer tanto en el agua como en el aire*"<sup>36</sup>. De acuerdo con la Norma Técnica Colombiana NTC-30, existen distintos tipos de cementos Pórtland, que, como puede observarse en la tabla que se presenta a continuación, tienen características y usos específicos.

**Tabla No. 1. Tipos de cementos Pórtland de acuerdo con sus cualidades y usos**

Tipo de cemento Pórtland	Definición
Tipo 1	Destinado a obras de hormigón en general. No se le exigen propiedades especiales.
Tipo 1M	Destinado a obras de hormigón en general. No se le exigen propiedades especiales pero tiene resistencias superiores a las del tipo 1.
Tipo 2	Destinado en general a obras de hormigón expuestas a la acción moderada de sulfatos y a obras donde se requiera moderado calor de hidratación.
Tipo 3	Desarrolla altas resistencias iniciales.
Tipo 4	Desarrolla bajo calor de hidratación.
Tipo 5	Ofrece alta resistencia a la acción de los sulfatos.
Blanco	Se obtiene con materiales debidamente seleccionados que le confieren una coloración blanca.
Con incorporaciones de aire	Se les adiciona un material incorporador de aire durante la pulverización. Existen diferentes tipos: 1-A, 1-M-A, 2-A, 3-A.

Fuente: ICONTEC<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Registro Único Empresarial. Consultado el 30 de noviembre de 2017.

<sup>34</sup> Registro Único Empresarial. Consultado el 30 de noviembre de 2017.

<sup>35</sup> Folio 6420 del Cuaderno Reservado General No. 1 del Expediente.

<sup>36</sup> Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>37</sup> NORMA TÉCNICA COLOMBIANA NTC-30. CEMENTO PÓRTLAND. CLASIFICACIÓN Y NOMENCLATURA. 1966.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

### 7.3.3. Proceso de fabricación del cemento Pórtland

En línea con lo indicado por la Delegatura, este Despacho encontró que el proceso de fabricación del cemento Pórtland comprende las siguientes etapas<sup>38</sup>:

- **Extracción y trituración:** una vez se extraen las materias primas (calizas y arcillas) de la cantera, se transportan a la planta y se trituran.
- **Pre-homogenización:** una banda transporta el material, este es analizado por un equipo de rayos gamma, luego pasa al patio de pre-homogenización.
- **Almacenado y dosificación:** el material es almacenado para recibir minerales de hierro y caliza correctiva alta, se dosifica dependiendo de qué tipo de cemento se necesita.
- **Molienda:** en el molino de crudo se pulveriza el material (harina), luego pasa al silo de homogenización.
- **Fabricación de clínker:** con altas temperaturas, la harina se transforma en clínker (especie de piedra pequeña cristalizada, redonda, gris, enfriada con rapidez). Se aprovecha para co-procesar residuos industriales.
- **Pre-molienda:** tras ser almacenado, el clínker pasa por un molino de rodillos.
- **Molienda:** el clínker se muele con yeso, lo que determina el tipo de cemento.
- **Empaque:** sacos o a granel y despachos.

La 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. Así, es claro que la oferta de un determinado tipo de cemento está directamente relacionada con la producción de los demás tipos de cemento.

Ahora bien, 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 denunciante correspondía al cemento gris Pórtland tipo 1, a continuación, este Despacho analizará las características de este mercado.

### 7.3.4. Sobre la sustituibilidad de la demanda del cemento gris Pórtland tipo 1

En este punto, este Despacho considera pertinente indicar que, por el tipo de conducta investigada, no resulta necesario acreditar una relación de sustituibilidad entre los productos involucrados en la comisión de la conducta y otros productos que pudieran llegar a sustituirlos.

No obstante lo anterior, a continuación este Despacho se referirá a la sustituibilidad de la demanda del cemento gris Pórtland tipo 1, para lo cual resulta importante tener presente que, de acuerdo con la información obrante en el Expediente, el cemento gris Pórtland tipo 1 es un bien homogéneo, que tiene usos y características físicas y químicas propias que lo diferencian de los demás tipos de cementos Pórtland. En efecto, en las observaciones al Informe Motivado, **ARGOS** reconoce que el cemento gris Pórtland tipo 1 "es un producto homogéneo en cuanto a sus características físico-químicas"<sup>39</sup>.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado en la Norma Técnica Colombiana NTC-30 citada, donde, como se vio en el numeral anterior, se clasifican los cementos Pórtland de acuerdo con sus cualidades y usos, y lo indicado en las Normas Técnicas NTC 121 y 321 en las cuales se establecen los requisitos físicos, mecánicos y químicos que deben cumplir el cemento gris Pórtland tipo 1, 1M, 2, 3, 4 y 5, este Despacho considera que las diferencias existentes entre los distintos tipos de

<sup>38</sup> Disponible en: <http://www.holcim.com.co/productos-y-servicios/cemento/proceso-de-fabricacion-del-cemento.html>. Consultado el 2 de diciembre de 2017.

<sup>39</sup> Observaciones al Informe Motivado presentadas por **ARGOS**. Folio 7377 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

cemento gris Pórtland señalados, dificultan la sustituibilidad entre el producto involucrado en la conducta investigada y los demás tipos de cemento gris Pórtland.

Adicionalmente, en caso de que se diera sustituibilidad de la demanda entre los distintos tipos de cemento señalados, este Despacho considera que se debe tener presente que, al ser un proceso de producción multiproducto, la capacidad destinada a la fabricación de un determinado tipo de cemento gris Pórtland, limita la de cualquier otro tipo de cemento, lo cual dificulta más la sustitución del cemento gris Pórtland tipo 1 por otro.

De otra parte, si bien este Despacho reconoce que, como lo han indicado **ARGOS** y **CEMEX**, existen factores o condiciones que pueden diferenciar la propuesta de valor ofrecida por dichas empresas, de aquellas ofrecidas por sus competidores, como pueden ser programas de fidelización y formalización de relaciones con ferreteros, en el caso de **CEMEX**, o asesoría técnica especializada y facilidades para tomar los pedidos y hacer la facturación, en el caso de **ARGOS**, lo cierto es que estas condiciones no diferencian el producto como tal, sino el servicio ofrecido por una compañía u otra.

Por lo anterior, este Despacho concluye que el cemento gris Pórtland tipo 1 no cuenta con productos que lo puedan sustituir fácilmente.

### **7.3.5. Sobre la sustituibilidad de la oferta del cemento gris Pórtland tipo 1**

En este caso, la sustituibilidad de la oferta está relacionada con la posibilidad de que, en el corto plazo, ante un aumento en los precios del producto involucrado, empresas que participan en mercados distintos al del cemento gris Pórtland tipo 1, decidan empezar a competir en este último.

Sobre este punto, este Despacho considera que, dado que la infraestructura necesaria para producir cemento gris Pórtland tipo 1 es especializada para la fabricación de diferentes tipos de cemento, el monto de la inversión y el tiempo necesarios en los que debería incurrir un participante de otro mercado para ingresar al mercado afectado, no son despreciables y, por ende, restringe la facilidad para que este agente pueda, en el corto plazo, adaptar su proceso productivo para fabricar cemento.

Sumado a lo anterior, y a manera de antecedente, frente a este tema de la sustituibilidad de la oferta, la Superintendencia de Industria y Comercio se refirió en la Resolución No. 13544 de 2006, indicando que no existían indicios que permitieran concluir que participantes de otras industrias estuviesen dispuestos a sustituir su producción actual para producir cemento. Adicionalmente, agregó que tampoco encontraba evidencia de que, en caso de realizarse dicha sustitución, esta pudiese ser de forma automática<sup>40</sup>.

Por lo anterior, en el caso que nos ocupa, este Despacho encuentra que la sustituibilidad de la oferta no es un proceso rápido y expedito y, en caso de que se diera, no sería oportuna, pues existen condiciones, como la inversión inicial y el tiempo requerido para construir y poner en funcionamiento una planta cementera, que no permiten que dicha sustituibilidad ocurra en el corto plazo.

### **7.3.6. Alcance geográfico del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1**

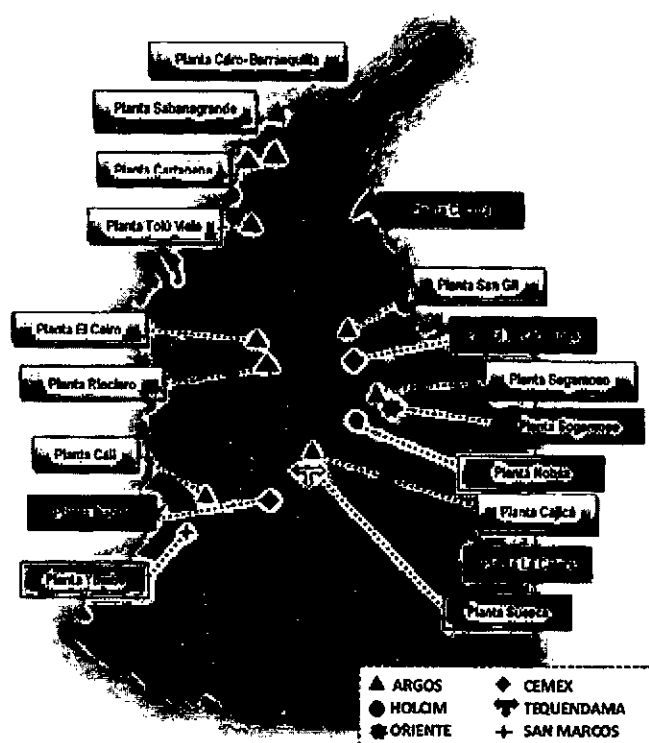
Teniendo en cuenta que, durante el periodo investigado las tres (3) cementeras más importantes (**ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**) distribuyeron y comercializaron cemento gris Pórtland tipo 1 en todo el territorio nacional, este Despacho concuerda con la Delegatura en el sentido de que el área geográfica dentro de la cual se desarrollaron las conductas investigadas corresponde a la totalidad del territorio nacional.

No obstante lo anterior, este Despacho considera pertinente realizar un análisis sobre este punto, teniendo en cuenta las observaciones presentadas por los investigados al Informe Motivado. En virtud de lo anterior, se retomará el mapa presentado en el Informe Motivado, en el que se muestra la localización de las plantas de las empresas investigadas durante 2010, 2011 y 2012 (periodo investigado), para luego mostrar la presencia que tienen **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** a lo largo y ancho del territorio nacional.

<sup>40</sup> "(...) [n]o existen indicios que los fabricantes de otro material distinto al cemento estén dispuestos a sustituir su producción para elaborar cemento de cierto tipo, a excepción de aquellos que ya se encuentran en la industria; y tampoco se evidencia que, en caso de realizarse dicha sustitución, la misma pudiese ser automática. (...)".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Figura No. 1. Localización geográfica de plantas de producción de cemento gris en Colombia



Fuente: Informe Motivado, Pág. 81. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información que obra en el Expediente<sup>41</sup>.

En la tabla que se presenta a continuación, se observan los departamentos en los cuales ARGOS, CEMEX y HOLCIM ofrecieron cemento gris Portland tipo 1 durante el periodo investigado.

Tabla No. 2. Departamentos en los que ARGOS, CEMEX y HOLCIM tuvieron presencia durante el periodo investigado

Departamento	ARGOS	CEMEX	HOLCIM
Amazonas	x	x	
Antioquia	x	x	x
Arauca	x	x	x
Atlántico	x	x	x
Bogotá <sup>42</sup>	x	x	x
Bolívar	x	x	x
Boyacá	x	x	x
Caldas	x	x	x
Caquetá	x	x	x
Casanare	x	x	x
Cauca	x	x	x
Cesar	x	x	x
Chocó	x	x	
Córdoba	x	x	x
Cundinamarca	x	x	x
Guajira	x	x	x
Guainia		x	
Guaviare	x	x	x

<sup>41</sup> Folio 88 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente; folio 108 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 1 del Expediente; folio 111 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 1 del Expediente; folio 85 del Cuaderno Reservado TEQUENDAMA No. 1 del Expediente.

<sup>42</sup> Bogotá, D.C., aunque no es un departamento, para efectos de esta tabla se relaciona y cuenta como si fuera un departamento.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Departamento	ARGOS	CEMEX	HOLCIM
Huila	x	x	x
Magdalena	x	x	x
Meta	x	x	x
Nariño	x	x	
Norte de Santander	x	x	x
Putumayo	x	x	
Quindío	x	x	x
Risaralda	x	x	x
San Andrés	x		
Santander	x	x	x
Sucre	x	x	x
Tolima	x	x	x
Valle	x	x	x
Vaupés			
Vichada	x		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información que obra en el Expediente<sup>43</sup>.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra que, como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, independientemente de la localización de las plantas de producción, **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** colocan el cemento gris Pórtland tipo 1 en la mayoría de los departamentos del país. En efecto, en 25 departamentos **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** comercializaron conjuntamente cemento gris Pórtland tipo 1 durante el periodo investigado, los cuales, valga decir, son claramente los más significativos a nivel nacional en ventas. En Amazonas, Chocó, Nariño y Putumayo participaron solo dos compañías (**ARGOS** y **CEMEX**), y solamente en Guainía (**CEMEX**) y San Andrés y Vichada (**ARGOS**) participó una sola compañía.

De otra parte, si bien hay casos en los que la cuota de participación de una empresa que tiene presencia en un determinado departamento alejado de su planta de producción no es representativa, no puede perderse de vista que también existen casos en los que alcanzaron participaciones que superaron el ■%.

Llama la atención el caso de **HOLCIM**, el cual, en departamentos alejados de su supuesta zona de influencia, como son Atlántico o Bolívar, alcanzó, durante el periodo investigado, participaciones promedio del ■%. Lo mismo ocurrió para **CEMEX**, que en un departamento como Nariño, alejado más de 250 Km de la planta de Ibagué, la más cercana, obtuvo en promedio, durante el 2010, 2011 y 2012 una participación del ■%, circunstancia que claramente refuerza la conclusión de que el mercado afectado con la conducta es nacional.

Lo anterior no implica que este Despacho desconozca que, como pudo observarse del análisis de las cifras aportadas por los investigados, es común que las plantas de producción tengan un área de influencia conformada por zonas aledañas. Sin embargo, fue también del análisis de dichas cifras que se encontró que **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** tienen presencia en aproximadamente 84% de los departamentos del país de manera conjunta, lo cual, como ya se señaló, muestra que a pesar de los costos asociados a la distancia entre la planta y el punto de venta final (transporte y fletes), resulta física y económicamente viable para las empresas llegar a lugares alejados de sus plantas de producción. Si esto no fuera así, no se explica este Despacho, por ejemplo, cómo **HOLCIM**, con una única planta ubicada en Nobsa (Boyacá), tuvo presencia en los 25 departamentos más representativos en ventas del territorio nacional, y que están tan alejados de su planta de producción como Atlántico o Bolívar. De igual manera, se pregunta el Despacho cómo **ARGOS** y **CEMEX** llegaron a participar en Amazonas, si sus plantas de producción se encuentran ubicadas en el centro y occidente del país.

Adicionalmente, vale la pena señalar que no hay evidencia en el Expediente que le permita a este Despacho concluir que las condiciones de comercialización son distintas entre departamentos. Lo anterior, toda vez que no existe un régimen especial que diferencie unas zonas de otras, como ocurre en algunos mercados como la distribución minorista de combustibles, entre otros.

<sup>43</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente; folio 6280 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2 del Expediente; folio 6251 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Así, el Despacho comparte la conclusión presentada en el Informe Motivado, según la cual, a pesar de las características orográficas del país y los costos de transporte implícitos en el precio de venta final, resultó viable, incluso para las compañías que solo tienen una planta de producción, distribuir el cemento gris Pórtland tipo 1 en todo el país.

Por lo anterior, este Despacho acoge el alcance geográfico determinado por la Delegatura en el Informe Motivado, según el cual, el área geográfica dentro de la que se desarrollaron las conductas investigadas corresponde a la totalidad del territorio nacional.

En consideración de lo expuesto, no es de recibo el argumento planteado por los investigados, según el cual el alcance geográfico del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 es regional.

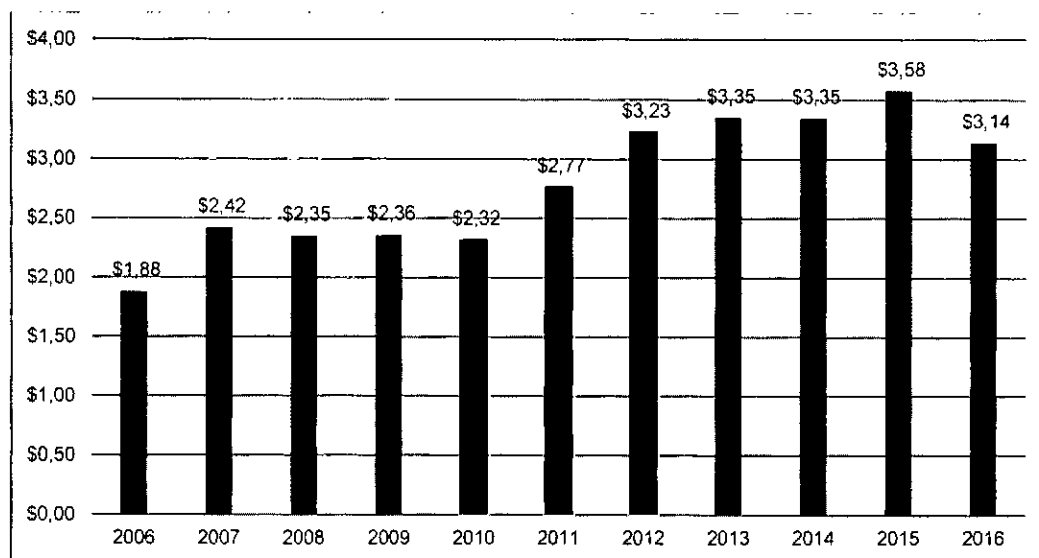
### 7.3.7. Tamaño del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1

Si bien el periodo investigado se encuentra restringido al periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, este Despacho concuerda con la Delegatura en cuanto a que, para analizar de manera más amplia la evolución histórica del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, debe tenerse un periodo más extenso al periodo investigado. Por lo anterior, los siguientes análisis presentan información de las ventas del producto involucrado desde 2006 hasta 2016.

En primer lugar, este Despacho considera oportuno indicar cuáles son las empresas que han participado en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 desde el 2006 hasta 2016. Así, con anterioridad al periodo investigado, en 2006 y 2007, participaron en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 únicamente cuatro (4) empresas cementeras, **ARGOS**, **CEMEX**, **HOLCIM** y **ORIENTE**. A partir de 2008 ingresó al mercado **TEQUENDAMA**, por lo que en 2010, al inicio del periodo investigado, estuvieron presentes **ARGOS**, **CEMEX**, **HOLCIM**, **ORIENTE** y **TEQUENDAMA**. Posteriormente, en 2011 ingresó al mercado **ATLAS**, mientras que en 2012 ingresó **SAN MARCOS**. Por lo anterior, se tiene que durante el periodo investigado participaron en total siete (7) empresas cementeras. A partir de 2013, **ULTRACEM** comenzó a ser parte de este mercado, aunque no participó durante el periodo objeto de la presente actuación administrativa.

En las siguientes gráficas se presenta la información correspondiente a las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 entre 2006 y 2016, en valor y en volumen. Se destaca el hecho de que durante el periodo investigado las ventas en valor tuvieron un incremento mayor a aquel correspondiente a las ventas en volumen.

Gráfica 1. Valor de las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel Nacional (2006 – 2016)<sup>44</sup>



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>45</sup>.

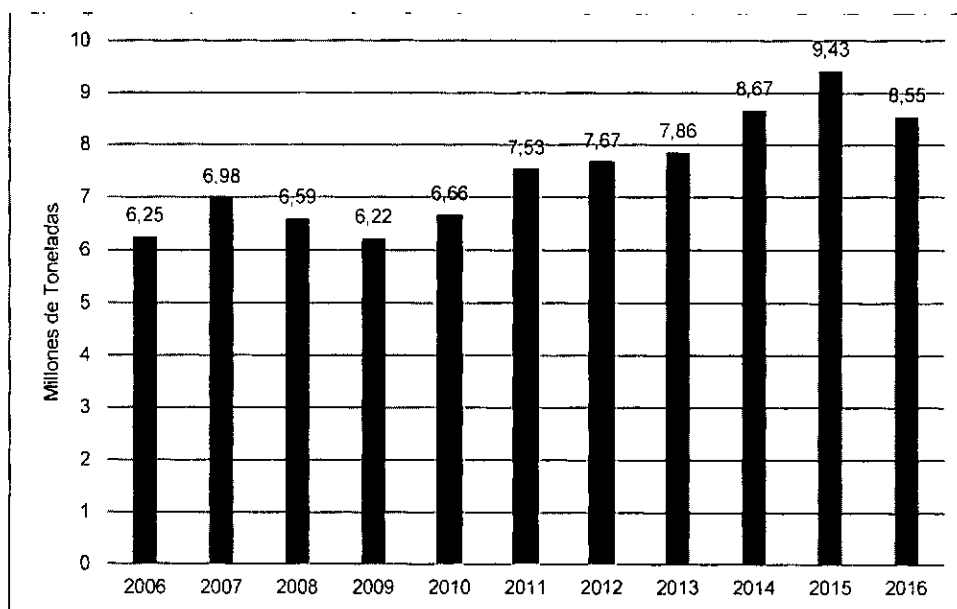
<sup>44</sup> Información aportada por los agentes de mercado. Incluye segmentos masivo e industrial en todos los casos. Cifras reales a diciembre de 2016. Ver: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>.

<sup>45</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11; folio 3041 del Cuaderno Reservado **TEQUENDAMA** No. 4; folio 6147 del

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Como se desprende de la gráfica anterior, durante el periodo investigado las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 se incrementaron un 39,2%, al pasar de \$2,32 billones de pesos a \$3,23 billones de pesos. Para el total del periodo en mención, el valor de las ventas ascendió a \$8,32 billones de pesos. Vale la pena resaltar que las ventas de las empresas investigadas representaron el 99,3% del total de las ventas entre enero de 2010 y diciembre de 2012.

**Gráfica 2. Volumen de las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel Nacional (2006 – 2016)**



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>46</sup>.

En cuanto al comportamiento del volumen de ventas, este Despacho encontró, al igual que la Delegatura, que, durante el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 ascendieron a 21,86 millones de toneladas y presentaron un crecimiento de 15,1%. Las ventas de las empresas investigadas representaron el 99,3% del total del volumen vendido.

Ahora bien, una vez determinado el tamaño total del mercado, a continuación se presentan las cuotas de participación, medidas por el valor y volumen de ventas, obtenidas por cada uno de los participantes desde 2006 a 2016.

**Tabla No. 3. Participaciones de mercado en valor 2006 – 2016**

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>47</sup>.

Cuaderno Reservado **SAN MARCOS** No. 2; folio 6522 del Cuaderno Reservado **ORIENTE** No. 1 y folio 6420 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>46</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11; folio 3041 del Cuaderno Reservado **TEQUENDAMA** No. 4; folio 6147 del Cuaderno Reservado **SAN MARCOS** No. 2; folio 6522 del Cuaderno Reservado **ORIENTE** No. 1 y folio 6420 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>47</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11; folio 3041 del Cuaderno Reservado **TEQUENDAMA** No. 4; folio 6147 del

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De la tabla anterior, este Despacho destaca el hecho de que, durante el periodo investigado, **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** representaron en promedio el [REDACTED] % del total de las ventas medidas en valor.

**Tabla No. 4. Participaciones de mercado en volumen 2006 – 2016**

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>48</sup>.

En cuanto a las participaciones medidas en volumen de ventas, se tiene que, durante el periodo investigado, **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** representaron en promedio el [REDACTED] % del total.

#### 7.3.8. Nivel de concentración del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1

Una vez determinado el tamaño total del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 y las participaciones que alcanzaron los agentes en el mismo, a continuación, se presentan los índices Índice de Herfindahl – Hirschmann<sup>49</sup> (en adelante IHH), CR2 y CR3<sup>50</sup>, con base en las participaciones por volumen, que muestran el nivel de concentración en el mercado afectado por la conducta de las empresas investigadas.

Cuaderno Reservado **SAN MARCOS** No. 2; folio 6522 del Cuaderno Reservado **ORIENTE** No. 1 y folio 6420 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>48</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11; folio 3041 del Cuaderno Reservado **TEQUENDAMA** No. 4; folio 6147 del Cuaderno Reservado **SAN MARCOS** No. 2; folio 6522 del Cuaderno Reservado **ORIENTE** No. 1 y folio 6420 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>49</sup> Se calcula a partir de la suma de los cuadrados de las participaciones de mercado de las firmas que lo componen.

$$IHH = \sum_{i=1}^N s_i^2$$

Donde  $s_i$  es la participación porcentual de mercado de la firma  $i$  y  $N$  es el número de firmas presentes en el mercado. El IHH toma valores entre 0 (correspondiente a un mercado en competencia perfecta) y 10000 (que se obtiene cuando el mercado es un monopolio). De acuerdo al Departamento de Justicia y a la Comisión Federal de Comercio, niveles superiores a 2500 corresponden a mercados altamente concentrados. Para mayor detalle ver: Herfindahl, O. Concentration in the U.S. Steel Industry (Doctoral Dissertation). Columbia University, 1950; Hirschman, A. National Power and the Structure of Foreign Trade. Berkeley: University of California Press, Bureau of Business and Economic Research, 1945; y, U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission. (2010). Horizontal Merger Guidelines.

<sup>50</sup> La razón de concentración es un indicador que mide las participaciones de mercado acumuladas de las  $k$  firmas más grandes del mercado, de la siguiente manera:

$$CR_k = \sum_{i=1}^k s_i$$

Donde  $s_i$  es la participación de mercado de la firma  $i$ . Para mayor detalle ver: Miller, R. Marginal Concentration Ratios and Industrial Profit Rates: Some Empirical Results of Oligopoly Behavior. Southern Economic Journal, 34(2), 259-267.1967.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 5. Índices de concentración IHH y CR2

■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■
■	■	■	■

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>51</sup>.

Como se observa, durante el periodo investigado, los niveles del índice IHH indicaban que el mercado se encontraba altamente concentrado. Lo mismo ocurrió con los índices CR2 y CR3 (participación conjunta de las dos (CR2) y tres (CR3) empresas más grandes del mercado), que en promedio explicaron el ■% y ■% de las ventas en volumen para el periodo comprendido entre 2010 y 2012, respectivamente.

No obstante lo anterior, en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, el nivel de concentración, medido por el valor de las ventas, ha venido disminuyendo levemente desde el 2006.

### 7.3.9. Sobre las barreras de entrada al mercado de cemento gris Pórtland tipo 1

Esta Superintendencia ha señalado que las barreras a la entrada se pueden definir como todos aquellos factores que impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. Su análisis es determinante para establecer si las empresas incumbentes en un mercado determinado tienen ventajas sobre las potenciales entrantes. De acuerdo con Davis, P and Garcés, E. (2010), existen diferentes fuentes de barreras a la entrada, entre las que pueden encontrarse: (i) condiciones naturales; (ii) condiciones regulatorias; y (iii) aquellas relacionadas con el comportamiento de los agentes participantes en el mercado<sup>52</sup>. De otra parte, la OCDE ha señalado que las barreras a la entrada pueden ser estructurales o estratégicas: las primeras, están relacionadas con condiciones básicas de la industria, mientras que las barreras estratégicas son aquellas creadas intencionalmente por los agentes incumbentes para restringir la entrada de nuevos competidores<sup>53</sup>. De acuerdo con lo anterior, a continuación, este Despacho analizará las posibles barreras presentes en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1.

#### (i) Barreras estructurales

##### • Inversión inicial

En este punto, es pertinente recordar que esta Superintendencia, cuando se ha referido a la inversión inicial para ingresar a un mercado, ha señalado que la misma no constituye por sí sola una barrera de entrada, razón por la que debe ser analizada en conjunto con otras barreras presentes

<sup>51</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11; folio 3041 del Cuaderno Reservado TEQUENDAMA No. 4; folio 6147 del Cuaderno Reservado SAN MARCOS No. 2; folio 6522 del Cuaderno Reservado ORIENTE No. 1 y folio 6420 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>52</sup> Ver Davis, P and Garcés, E. (2010), Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis, Princeton University Press, Pág. 256.

<sup>53</sup> OCDE, Barriers to Entry, Policy Roundtables (2005), Pág. 10.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

en el mercado examinado, con el fin de determinar si un monto elevado de inversión inicial se configura como una barrera de entrada o no<sup>54</sup>.

Respecto del monto de inversión inicial, esta Superintendencia, en la Resolución No. 36075 del 14 de julio de 2015, mediante la cual se condicionó la integración entre **GRUPO ARGOS** y **ORGANIZACIÓN DE INGENIERÍA INTERNACIONAL S.A. – GRUPO ODINSA S.A.**, señaló, con base en la información aportada por las intervinientes en dicha operación<sup>55</sup>, que "

[REDACTED] (...)"<sup>56</sup>.

- **Costos hundidos o irrecuperables**

Los costos hundidos son conocidos como aquellos costos en los que las empresas incurren para entrar a un mercado y son irrecuperables en caso de que la empresa decida no participar en el mercado o lo abandone luego de entrar<sup>57</sup>. En el presente caso, como se indicó en el Informe Motivado, estos costos están relacionados con el monto de la inversión inicial que le garantice al nuevo entrante la capacidad suficiente para ejercer una competencia efectiva.

Lo anterior, teniendo en cuenta que: (i) la infraestructura que hace parte de una planta de cemento es especializada para la fabricación de este producto, por lo que no es posible destinarla a la elaboración de otros bienes; y (ii) la dificultad para enajenar dichos activos, aunque sea de manera individual.

Al respecto, esta Superintendencia señaló en la Resolución No. 13544 de 2006 lo siguiente:

*"(...) [a] ser equipos de capital especializados utilizados en la industria cementera, es preciso considerar la depreciación a la que se ven sometidos, su destino a industrias distintas para los cuales fueron destinadas y el tiempo para vender cada parte de manera separada, lo cual conllevaría, ineludiblemente a la disminución de su precio de venta. (...)"<sup>58</sup>.*

Por lo anterior, este Despacho concluye que en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 existen costos hundidos, relacionados con una alta inversión inicial que debe realizar un nuevo entrante en una planta de producción para participar en el mercado.

- **Economías de escala**

Las economías de escala están relacionadas con la disminución de los costos medios a largo plazo conforme se incrementa la cantidad de producción<sup>59</sup>. Se constituyen en una barrera a la entrada en la medida en que les permite a las empresas establecidas con grandes volúmenes de producción tener a largo plazo costos medios más bajos que aquellas empresas que están ingresando al mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, para este Despacho resulta relevante remitirse a las observaciones al Informe Motivado presentadas por **CEMEX**, donde la investigada reconoce que la industria del cemento presenta economías de escala, las cuales se constituyen en una barrera natural de entrada<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Resolución No. 24329 de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>55</sup> Resolución No. 36075 del 14 de julio de 2015, citado del estudio "La industria del Cemento en Colombia y otros países", septiembre de 2014. Mauricio Reina y Sandra Oviedo, aportado por **GRUPO ARGOS** y **GRUPO ODINSA** con la solicitud de pre evaluación de la operación.

<sup>56</sup> Resolución No. 36075 del 14 de julio de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>57</sup> Ver Nicholson, W (2003), Teoría Microeconómica, Principios básicos y aplicaciones. McGraw-Hill

<sup>58</sup> Resolución No. 13544 del 26 de mayo de 2006 de la Superintendencia de Industria y Comercio, Pág. 26.

<sup>59</sup> Ver Mankiw, G (2004), Principios de Economía, McGraw-Hill.

<sup>60</sup> Observaciones al Informe Motivado presentadas por **CEMEX**, folio 7123 del Cuaderno Público No. 26.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Adicionalmente, tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, existen estudios realizados por diferentes autores<sup>61</sup> y decisiones de autoridades gubernamentales<sup>62</sup>, en los que se reconoce que la industria del cemento tiene las condiciones ideales para que se presenten economías de escala.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho concluye que el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 presenta economías de escala, que se constituyen en una barrera a la entrada de un potencial competidor.

- **Ventajas absolutas de costo**

Como bien lo señaló la Delegatura, adicional a las condiciones expuestas, existen otros factores que inciden en la determinación de un potencial entrante a un mercado. Estos factores están relacionados con la disponibilidad y acceso a materias primas; la ubicación de la planta; las tecnologías escogidas para participar en el mercado; y el acceso a los canales de distribución.

En el presente caso, se encuentra que, dado el peso que tiene la materia prima en el costo de producción del cemento gris Pórtland tipo 1, el acceso a los yacimientos y su cercanía con la planta de producción juegan un papel importante en la estructura de costos de las empresas cementeras.

En cuanto a la ubicación geográfica de la planta, este Despacho encuentra que, de acuerdo con la información aportada por las empresas investigadas respecto del impacto que tiene el costo de los fletes en el precio de venta final, así como de las características físicas que debe cumplir el terreno para la construcción y el buen funcionamiento de la planta, esta se convierte en un factor determinante para las estrategias de inversión de un nuevo entrante y, por lo tanto, para la decisión de ingresar o no al mercado.

Por su parte, la decisión del tipo de tecnología que se utilizará para fabricar el producto se convierte en una variable importante para un nuevo entrante, en tanto que existen diferencias en los costos de producción derivados de la utilización de los procesos disponibles, húmedos o secos<sup>63</sup> y de los tipos de hornos, verticales u horizontales.

Por último, como pudo constatar este Despacho, **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** cuentan con esquemas de distribución propios que les permiten llegar a distintos puntos del país, incluso a aquellos que se encuentran lejos de sus plantas de producción. Por lo anterior, un potencial entrante debe considerar también el acceso a canales de distribución que le permitan colocar su producto de forma eficiente y ejercer una competencia efectiva en el mercado.

En conclusión, este Despacho encuentra que en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 existen distintos factores relacionados con los costos de producción y ventas de las empresas, que les permiten a los incumbentes tener ventajas absolutas de costo que pueden disuadir la entrada de un competidor potencial.

<sup>61</sup> Cfr. con: Norman, G. Economies of Scale in the Cement Industry. The Journal of Industrial Economics, Vol. 27, No. 4, Jun., 1979, Págs. 317-337. Ver: [http://www.jstor.org/stable/2097956?seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/2097956?seq=1#page_scan_tab_contents)  
McBride, Mark E. The Nature and Source of Economies of Scale in Cement Production. Southern Economic Journal, Vol. 48, No. 1, Jul., 1981, Págs. 105-115. Ver: <http://www.jstor.org/stable/1058601>  
Gupta, G. S. Economies of Scale in Cement Industry. Economic and Political Weekly, Vol. 10, No. 13, Mar. 29, 1975, Págs. 551, 553-556. Ver: <http://www.jstor.org/stable/4536991>  
FEDESARROLLO, Cárdenas, M., et al. La industria del cemento en Colombia, febrero de 2007, Pág. 5. Ver: [http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/999/Repor\\_Febrero\\_2007\\_Cardenas\\_Mejia\\_y\\_Garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/999/Repor_Febrero_2007_Cardenas_Mejia_y_Garcia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>62</sup> **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA** de España (CNMC). Subdirección general de estudios. Las barreras a la entrada en el sector del Cemento. Marzo 2006.

<sup>63</sup> Sobre este punto, es importante resaltar lo señalado por **ARGOS** en las observaciones al Informe Motivado, según lo cual, "(...) en atención a las características del set de plantas cementeras que tiene Argos en Colombia, presenta a partir de ciertos volúmenes de producción rendimientos marginales decrecientes e incluso márgenes de contribución negativos, dada la existencia de plantas secas de última generación (Cartagena homo 4, Rioclaro y Sogamoso), plantas secas de menor eficiencia (Toluviejo, San Gil y Sabanagrande) y plantas húmedas de mucha menor eficiencia o más costosas de operar y mantener (Cartagena hornos 1, 2 y 3, Cairo, Nare, Yumbo)", Pág. 29.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **Diferenciación de producto y reconocimiento de marca**

En este mercado, como se vio anteriormente, el producto final tiene un alto grado de homogeneidad en cuanto a sus características y usos. Por lo anterior, las estrategias de diferenciación de producto están destinadas principalmente a ofrecer servicios particulares y a campañas publicitarias con el fin de generar recordación de marca en los clientes (oferta o propuesta de valor).

Al respecto, **ARGOS** afirmó en sus observaciones al Informe Motivado que "(...) el cemento Pórtland tipo 1 producido por CEMENTOS ARGOS es un producto con una propuesta de valor diferenciada, pues su marca goza de un gran posicionamiento en el mercado en razón de su propuesta de valor orientada al servicio a sus clientes y de las ingentes sumas que exitosamente ha invertido en representada en campañas de mercadeo y publicidad, logrando que los consumidores diferencien su producto del ofrecido por los competidores"<sup>64</sup>.

Sobre este punto, **CEMEX** señaló que ha invertido importantes recursos en busca de un rediseño de su estrategia de negocio, con el propósito de lograr la diferenciación de su producto frente a sus competidores, para lo cual ha realizado, como se indicó anteriormente, campañas de fidelización y formalización de relaciones con ferreteros.

Adicionalmente, tal y como lo ilustró la Delegatura y lo pudo verificar este Despacho, las empresas cementeras destinaron a campañas publicitarias, entre 2006 y 2010, cerca de \$ [REDACTED] de pesos.

Por lo anterior, este Despacho encuentra que un potencial entrante debe incurrir en inversiones adicionales a la inversión inicial que le permitan diferenciar el producto ofrecido.

- **Capacidad ociosa**

La capacidad ociosa se puede constituir como una barrera a la entrada de nuevos participantes, toda vez que, los posibles aumentos en la demanda pueden ser cubiertos por los agentes incumbentes en el mercado, lo que desincentiva el ingreso de un potencial competidor.

En atención a lo señalado anteriormente, este Despacho replicó el ejercicio realizado por la Delegatura para determinar la capacidad ociosa de **CEMEX** y **HOLCIM** de cemento gris Pórtland tipo 1, encontrando los siguientes resultados:

**Tabla No. 6. Capacidad ociosa de cemento gris Pórtland tipo 1 de CEMEX**

AÑO	CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN NOMINAL	CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN REAL	PRODUCCIÓN EFECTIVA	CAPACIDAD OCIOSA NOMINAL (VOLUMEN)	CAPACIDAD OCIOSA NOMINAL (%)	CAPACIDAD OCIOSA REAL (VOLUMEN)	CAPACIDAD OCIOSA REAL (%)

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>65</sup>.

**Tabla No. 7. Capacidad ociosa de cemento gris Pórtland tipo 1 de HOLCIM**

AÑO	CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN NOMINAL	CAPACIDAD DE PRODUCCIÓN REAL	PRODUCCIÓN EFECTIVA	CAPACIDAD OCIOSA NOMINAL (VOLUMEN)	CAPACIDAD OCIOSA NOMINAL (%)	CAPACIDAD OCIOSA REAL (VOLUMEN)	CAPACIDAD OCIOSA REAL (%)

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Observaciones al Informe Motivado presentadas por **ARGOS**. Folio 7309 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.

<sup>65</sup> Folio 6413 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2 del Expediente.

<sup>66</sup> Folio 6502 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Como se desprende de las tablas presentadas anteriormente, CEMEX tuvo en promedio, durante el periodo investigado, una capacidad ociosa real del ■■■%, seguida por HOLCIM, que tuvo durante el mismo periodo una capacidad ociosa real cercana al ■■■%.

En cuanto a ARGOS, este Despacho encontró que durante la investigación esta compañía fue requerida varias veces para que aportara información respecto de la capacidad nominal y real de producción de cada una de sus plantas, respondiendo que por diversas razones no contaba con información suficiente para realizar dichos cálculos. Adicionalmente, frente a la estimación de la capacidad real realizada por la Delegatura, ARGOS 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 durante la presente investigación.

Por lo anterior, este Despacho solo cuenta con información relacionada con la capacidad ociosa nominal de ARGOS, que para el periodo investigado fue cercana al ■■■%.

Así, la capacidad ociosa, si bien es limitada, se constituye, en conjunto con las demás barreras identificadas en el presente acápite, en un factor disuasorio para nuevos entrantes, toda vez que tal capacidad podría ser una amenaza latente de posible retaliación que puede ejercer el incumbente de materializarse un escenario de ingreso de un nuevo agente.

#### **(ii) Barreras institucionales**

Respecto de este tipo de barreras, este Despacho considera que existen condiciones que deben cumplir los agentes participantes en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 que podrían desincentivar o dificultar la entrada de un nuevo competidor al mercado, a pesar de que sean requisitos exigidos a todos los participantes.

En este sentido, se resalta el hecho de que, para la explotación de las canteras de donde se obtienen las materias primas, existen disposiciones legales relacionadas con la exigencia de permisos y licencias que deben tramitarse previo inicio de operación, lo cual, por los tiempos que puede tomar, retrasaría el ingreso del potencial entrante al mercado de cemento gris Pórtland tipo 1.

#### **(iii) Barreras comportamentales**

Si bien este Despacho advierte la existencia de barreras de entrada relacionadas con el comportamiento de los agentes incumbentes en el mercado, dicho análisis se dejará reservado en la presente actuación administrativa para ser desarrollado en secciones posteriores en las cuales se caracterice la conducta de los investigados.

#### **(iv) Conclusión sobre la existencia de barreras de entrada**

De acuerdo con el análisis anterior, esta Superintendencia puede concluir que existen altas barreras a la entrada en el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia, las cuales se constituyen en factores que pueden impedir, 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. De otro lado, la existencia de estas barreras de entrada consolida el poder de mercado que ostentan los actores ya establecidos en este.

#### **7.4. Evidencia económica de Posner<sup>67</sup>**

Una vez descrito el mercado afectado en la presente investigación, el Despacho considera oportuno realizar un análisis de la manera como la estructura de dicho mercado permite concluir qué tan propenso es a la formación de un cartel.

---

<sup>67</sup> RICHARD POSNER: Abogado de la Universidad de Harvard y especialista en temas de competencia. Fue Juez Séptimo de la Corte de Apelaciones de Chicago desde 1981 hasta septiembre de 2017 y es profesor Senior de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago. Posner es considerado como uno de los principales exponentes del Análisis Económico del Derecho.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Para este fin, y de acuerdo con el ejercicio realizado por la Delegatura en el Informe Motivado, el Despacho decidió utilizar el conjunto de las 17 evidencias económicas presentadas por Richard Posner en su libro *Antitrust Law*<sup>68</sup>, que a su juicio, dan evidencia relevante para esclarecer qué tan probable es que exista un cartel en el mercado objeto de estudio. La idea principal del autor es que hacer uso de un enfoque económico adicional al jurídico, permite evaluar conductas anticompetitivas sobre las que no necesariamente se tiene evidencia directa.

Así las cosas, de acuerdo con Posner, en un mercado pueden existir ciertos factores o marcadores que pueden determinar condiciones favorables a la colusión. En este sentido, señala Posner que *"en un mercado en el que existen condiciones favorables a la colusión, un intercambio de información de precios puede ser evidencia persuasiva de fijación de precios en colusión mientras que, en un mercado con condiciones desfavorables, el mismo intercambio puede no ser evidencia en absoluto de un comportamiento colusivo, y puede ser, de hecho, una característica pro-competitiva del mercado"*<sup>69</sup>.

De esta manera, estima el Despacho de suma utilidad proceder a analizar si en el presente caso puede concluirse que los marcadores o factores que Posner ha identificado como *"condiciones favorables a la colusión"*, están efectivamente presentes en el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1, no porque constituyan la prueba del cartel empresarial, sino porque claramente arrojan información relevante para el juzgador, en este caso la Autoridad de Competencia de Colombia (Superintendencia de Industria y Comercio), sobre el entorno económico en el que se desempeñan las empresas y, particularmente, si dicho entorno favorece la existencia de prácticas restrictivas de la competencia (prácticas colusorias).

Adicionalmente, la presencia o no de las *"condiciones favorables a la colusión"* según Posner, sirven como un elemento más de análisis al momento de valorar las pruebas que dan cuenta de la presencia o no del elemento consciente, requerido para la configuración de la práctica restrictiva de la competencia objeto de la presente investigación administrativa.

#### **- Marcador 1: Mercado concentrado por el lado de la oferta**

De acuerdo con este marcador, un mercado concentrado con pocos oferentes es más propenso a la formación de un acuerdo colusivo. Para comprobar si esto sucede en una industria, el autor propone realizar el cálculo de dos (2) de los principales índices de concentración, la razón de concentración<sup>70</sup> y el IHH, indicadores ampliamente reconocidos y utilizados por autoridades de competencia del mundo, como el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos o la Comisión Europea.

Así, el Despacho procedió a calcular la razón de concentración de las tres (3) empresas más grandes del mercado (ARGOS, CEMEX y HOLCIM), obteniendo una participación conjunta promedio para el periodo investigado de █% medida en volumen, y de █% medida en valor de ventas. Por su parte, se calculó el IHH promedio del periodo, utilizando las dos variables mencionadas anteriormente, el volumen y el valor de ventas totales en el mercado y se obtuvo un valor igual a █ y █, respectivamente. De los valores obtenidos para ambos indicadores puede concluirse que el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia es altamente concentrado desde la oferta.

<sup>68</sup> Posner, R. (2001), *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Segunda Edición, Capítulo 3: Colusión, Pág. 79.

<sup>69</sup> Ibidem, Pág. 69.

<sup>70</sup> La razón de concentración es un indicador que mide las participaciones de mercado acumuladas de las  $k$  firmas más grandes del mercado, de la siguiente manera:

$$C_k = \sum_{i=1}^k s_i$$

Donde  $s_i$  es la participación de mercado de la firma  $i$ . Para mayor detalle ver: Miller, R. *Marginal Concentration Ratios and Industrial Profit Rates: Some Empirical Results of Oligopoly Behavior*. *Southern Economic Journal*, 34(2), 259-267.1967.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**- Marcador 2: Ausencia de pequeñas firmas**

Esta característica está estrechamente relacionada con el primer marcador, en cuanto a que, de acuerdo con Posner, no es lo mismo que la participación de mercado resultante de restar las de los principales competidores corresponda a una sola compañía o a varias. La principal razón es que cuando existe un número reducido de competidores, la coordinación para la formación de un acuerdo resulta ser más fácil. Adicionalmente, cuando existe un número muy bajo de firmas pequeñas, los cartelistas pueden tomar la decisión de no incluirlas en el cartel y no incurrir en costos altos por tal determinación.

Lo anterior se cumple para el presente caso, en el que se evidencia que, no obstante existieron durante el periodo investigado cuatro compañías adicionales (**TEQUENDAMA, SAN MARCOS, ORIENTE y ATLAS**), estas contaban con una participación conjunta de apenas 4% en promedio, lo que en ningún caso representaría una presión competitiva para los miembros de un cartel empresarial.

**- Marcador 3: Demanda inelástica en el precio de competencia**

La existencia de una demanda inelástica en el mercado genera más incentivos a las firmas de querer llegar a un nivel de precios mayor al que prevalece en un ambiente competitivo. Esto sucede porque frente a aumentos significativos en el precio, una menor elasticidad se traduce en una menor cantidad de ventas perdidas para la empresa y, por ende, en mayores ingresos totales.

Para este caso particular, tal y como lo describe el Informe Motivado, ha podido comprobarse que la demanda por cemento gris Pórtland tipo 1 es inelástica, dado que es un insumo esencial para la construcción tanto de obras civiles como de edificaciones y no tiene sustitutos cercanos pues, si bien existen otros tipos de cemento gris, cada uno de ellos posee propiedades físicas específicas.

En este sentido, **ARGOS** manifestó en sus observaciones al Informe Motivado que "[E]l mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 tiene una baja elasticidad de la demanda en Colombia y en cualquier lugar del mundo, por la ausencia de productos sustitutos"<sup>71</sup>.

Por los argumentos anteriores, es posible concluir que este marcador sí se cumple en el mercado aquí investigado.

**- Marcador 4: Entrar al mercado toma un tiempo considerable**

Sugiere Posner que para evaluar la facilidad o complejidad de que un entrante participe en un mercado, resulta imprescindible diferenciar entre una situación de corto plazo frente a una de largo plazo. Esto es, se reconoce que en la mayoría de mercados en el corto plazo la elasticidad de la oferta tiende a ser baja, toda vez que modificar los volúmenes totales de colocación en el mercado implicaría tener: (i) entrada de nuevas firmas al mercado, que para su entrada en producción requiere tiempo y hundimiento de costos (costos hundidos); o (ii) incentivos para que quienes participan en el mercado ajusten sus decisiones de producción, lo que en muchos casos lleva a un proceso de cambio tecnológico. En cualquier caso, lo cierto es que mal haría una Autoridad de Competencia si concentra su análisis en ese primer momento de corto plazo al pronunciarse acerca de la velocidad de ingreso de un entrante.

En este orden de ideas, lo que sugiere Posner en este aspecto es que, una vez superado el período de tiempo de transición, se evalúe si los precios que se fijan en ese mercado resultan ser lo suficientemente supra competitivos como para inducir a nuevas firmas a entrar al mercado, caso en el cual existirían síntomas de estar en una situación de cartelización empresarial. La existencia de unos precios lo suficientemente distorsionados como resultado de un cartel empresarial, podrían inducir a que nuevas empresas participasen en el mercado.

Por otro lado, para Posner resulta importante identificar de manera directa o indirecta la elasticidad de la demanda que enfrentarían las empresas presuntamente cartelizadas en el largo plazo, a efectos de reconocer lo factible y rentable que resultaría contar con nuevas empresas en el mercado

<sup>71</sup> Observaciones presentadas por **ARGOS** al Informe Motivado, Pág. 102 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

y, de esa forma, concluir si existe evidencia fáctica que dé cuenta de un presunto escenario de cartelización proveniente de precios supra competitivos.

Frente a lo anteriormente señalado, el Despacho advierte que no existe información en el Expediente para determinar los umbrales de tiempo a partir de los cuales se pueda establecer que se alcanzan los precios de largo plazo. Así las cosas, reconociendo tal limitación en el análisis, concluye el Despacho que, del marcador en comento, no podría concluirse nada que aporte en favor o en contra de la probabilidad de ocurrencia del cartel empresarial.

No obstante lo anterior, resulta llamativo para este Despacho que, en momentos de tiempo en donde han entrado nuevos jugadores al mercado, como el caso de **ATLAS** y **SAN MARCOS** durante el periodo investigado y **CEMENTOS DEL ORTIENTE** y **ANDINO** en un periodo anterior al mismo, el precio ex fábrica promedio ponderado nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 no ha presentado cambios significativos, o lo ha hecho por cuenta de la presunta existencia de un cartel para eliminar a un competidor, como es el caso particular de los dos últimos<sup>72</sup>.

#### **- Marcador 5: Demanda del mercado desconcentrada**

Un mercado con una demanda desconcentrada está asociado con una situación en la que pocos o ningún comprador tiene poder de negociación. En este escenario, sostener un acuerdo colusivo es más fácil, pues no existe una amenaza por parte de la demanda para alterar los niveles de precios acordados. Así, es posible construir un indicador para conocer qué porcentaje del total de ventas es comprado por un número  $k$  de los más grandes compradores (indicador de concentración de demanda).

Para comprobar si esta condición está presente en el mercado en cuestión, se construyó la razón de concentración para 10 compradores de cada una de las compañías, esto es, **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** para aquellas compras efectuadas durante el periodo investigado. Esto es, se 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 mencionadas empresas.

Para **ARGOS**, los 10 clientes más grandes compran cerca del ■% del total de volumen vendido por esta compañía entre 2010 y 2012. Para **CEMEX** y **HOLCIM**, las compras de los 10 clientes más grandes alcanzan el ■% y el ■%, respectivamente. Lo anterior indicaría que el ■% de las ventas de **ARGOS**, el ■% de las ventas de **CEMEX** y el ■% de las de **HOLCIM** están dirigidas a una gran cantidad de pequeños clientes, que sin duda no ostentan una posición en el mercado que les permita alterar cualquier mecanismo de fijación de precios. De hecho, el comprador más grande para cada una de las empresas durante el periodo investigado, en ninguno de los tres casos superó el ■% del total de compras realizadas a una compañía, lo cual indicaría también ausencia de poder de negociación suficiente para desestabilizar cualquier mecanismo de fijación de precios en el mercado, ya sea producto de una actuación unilateral o de una actuación concertada (cartelista) entre las empresas.

Por lo anterior, el Despacho concluye que en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, sí se cumple este marcador por tanto la demanda es desconcentrada.

#### **- Marcador 6: Productos homogéneos**

De acuerdo con **Posner**, en un mercado en donde los productos sean homogéneos, alcanzar un acuerdo colusorio de fijación de precios es una tarea relativamente sencilla. Lo anterior toda vez que, entre más difieran los productos, el esquema de fijación de precios debería ser más complejo pues tiene que tener en cuenta aquellas variables que los hacen diferentes. Por ejemplo, si existen productos de diferentes calidades, monitorear si un precio está por debajo de lo acordado implicaría reconocer que el precio observado no se debe a que la calidad del producto es menor a aquella que correspondería para el precio acordado.

En el presente caso, tal y como lo afirman **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** en sus observaciones al Informe Motivado, el cemento gris Pórtland tipo 1 es un bien homogéneo dadas sus características físico-químicas.

<sup>72</sup> Resoluciones No. 15460 de 2004 y No. 358 del 19 de enero de 2005 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Por lo anterior, no le cabe duda a este Despacho de la existencia de este marcador en virtud de que el producto es homogéneo.

**- Marcador 7: Productos no durables**

En este punto, **Posner** es enfático en recordar que cuando en el mercado el bien transable es un bien durable, la demanda que enfrentan las firmas resulta ser más volátil, pues cada que se vende un producto, dicho consumidor sale del mercado por un periodo considerable de tiempo y, por ende, la demanda residual se contrae. Por el contrario, si el bien es no durable y el consumo agota el producto, entonces las firmas tendrán una demanda capturada consistente en consumidores que requieren más unidades del bien y que, en ausencia de factores externos, tenderá a ser invariante a través del tiempo. Por lo anterior, un mercado en donde los bienes son no durables tendrá mayores posibilidades de formación de un acuerdo colusivo o cartelista, en cuanto a que genera mayores incentivos para incrementar artificialmente el precio, con un menor riesgo de perder la demanda capturada por los agentes del mercado.

La fecha de caducidad del cemento gris Pórtland tipo 1 puede ser variable. Lo usual es que una bolsa de cemento tenga una fecha de caducidad de 45 días después del día que fue empacado, con el fin de que el mismo conserve todas sus propiedades físico-químicas. Adicionalmente, existen requerimientos particulares para el almacenamiento de los sacos de este tipo de cemento y, se aclara que, una vez abierta una bolsa, de acuerdo con la ficha técnica del producto, disponible en la página web de **CEMEX**<sup>73</sup>, la misma debe ser consumida en el menor tiempo posible.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que el cemento gris Pórtland tipo 1 es un bien no durable y por ende este marcador tiene presencia.

**- Marcador 8: Las principales empresas venden en el mismo eslabón de la cadena de distribución**

**Posner** resalta que en mercados en donde existen empresas que participan en un solo eslabón de la cadena de distribución en conjunto con empresas verticalmente integradas, la formación de un acuerdo colusorio y su posterior monitoreo requiere un esquema más complicado que en aquellos mercados en donde, al menos las principales firmas, venden únicamente en el mismo eslabón de la cadena de distribución. Lo anterior se debe a 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.

Para el caso que ocupa la presente Resolución, y como se describió en la sección inmediatamente anterior, las empresas investigadas participan en la venta de cemento gris Pórtland tipo 1 y cuentan con precios ex fábrica que eliminan todas aquellas distorsiones posibles a los precios, producto de márgenes en los costos de transporte del producto hacia el destino final, por lo que este marcador sí se cumple.

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que este marcador tiene presencia.

**- Marcador 9: La competencia en precios es más importante que otras formas de competencia**

Para **Posner**, la existencia de múltiples variables con las cuales un agente del mercado pueda ejercer presión competitiva sobre sus rivales, tales como precios, calidad, servicio al cliente, métodos de entrega del producto, garantías sobre el mismo, entre otras, disminuye los incentivos a coludirse o cartelizarse en el mercado. Lo anterior en cuanto a que, un acuerdo que fije solo una de estas variables, tal y como un acuerdo de precios, lo único que generaría es que las firmas compitan agresivamente en las demás variables.

Para el caso relevante a esta Resolución, es necesario recordar que, como se afirmó anteriormente, el Despacho pudo comprobar que la demanda por el cemento gris Pórtland tipo 1 es inelástica a cambios en los precios. Bajo este argumento, un aumento en los niveles de precios hace que las

<sup>73</sup> Ficha técnica de **CEMEX** disponible en:  
<http://www.cemexcolombia.com/SolucionesConstructor/files/UsoGeneral.pdf>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ventas bajen menos que proporcionalmente por lo que, en el neto, resulta en una ganancia de ingresos para las empresas. Así, los precios tienden a ser la variable más relevante en escenarios con bajas elasticidades de la demanda. 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.

Prueba de lo anterior en este mercado, es que frente a amenazas de entrada de nuevos competidores, los investigados consideran como el escenario más riesgoso el de competir vía precios, frente a otras estrategias como perder participación en el mercado o aumentar la inversión en mercadeo y publicidad. Un ejemplo de esto es una presentación de ARGOS que reposa en el Expediente y en donde se evidencia que cambios en los precios son más relevantes para los ingresos percibidos por la compañía que cambios en las cantidades o en los niveles de inversión:

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 + trade marketing
Efecto	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pérdida de valor de la categoría</li> <li>• Reacción de todos los jugadores</li> <li>• Pánico por volumen</li> <li>• Base baja para negociaciones 2015</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pérdida de volumen concentrada en zona norte</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Precio sostenido</li> <li>• Pérdida de PDM en norte mitigada por dispersión de volumen</li> </ul>

Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 574 del Expediente.

Por lo anterior, reconoce este Despacho que en el mercado en cuestión, la variable precios es la variable de competencia más importante para las firmas investigadas, por lo que este marcador tiene presencia.

**- Marcador 10: Alta proporción de costos fijos frente a costos variables**

En mercados en los que los costos fijos son una alta proporción de los costos totales, una excesiva competencia que resulte en niveles bajos de precios y alta variabilidad en los mismos puede llevar a que las empresas tengan niveles de ingresos inestables y a que, en el afán de seguir siendo competitivos en el mercado, sacrifiquen márgenes de ganancia e incluso incurran frecuentemente en pérdidas.

Estas pérdidas son poco sostenibles cuando la empresa no logra cubrir los costos fijos en un lapso de tiempo determinado, llevándolas en algunas ocasiones a un quiebre financiero que las obligue a salir del mercado. En este sentido, en un mercado con alta proporción de costos fijos frente a costos variables, las empresas tienen mayores incentivos de obtener precios superiores a los que

<sup>74</sup> 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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

prevalecerían en un escenario de competencia. Esto se traduce en que, de no poder incrementar el precio de forma permanente y unilateral, aumentan los incentivos de las empresas a cartelizarse.

De acuerdo con **ARGOS** en sus observaciones al Informe Motivado, "[E]sta es una característica inherente a un mercado como el cemento gris Portland tipo 1, por las altas inversiones requeridas para su producción"<sup>75</sup>.

De hecho, el Despacho pudo constatar que los costos fijos representaron, en promedio, cerca del % del total de costos de **ARGOS** y **HOLCIM** durante el periodo investigado, proporción que se considera suficientemente importante como para determinar la existencia de esta característica o marcador en el presente caso.

Adicionalmente, y como lo menciona **CEMEX** en las observaciones al Informe Motivado, utilizando como fuente el estudio realizado por Marcela Meléndez, "la industria de cemento tiene estructura de oligopolio y está explicado por las altas inversiones en capital (costos fijos) que son economías de escala"<sup>76</sup>.

**- Marcador 11: Estructuras de costos y procesos de producción similares**

Dado que uno de los principales determinantes de los precios debe ser el costo de producción, pues de esta forma la empresa garantiza que sus ingresos cubran sus gastos, de acuerdo con **Posner**, el precio óptimo en un escenario de cartel también estará en función de los costos de las empresas. En aquellos escenarios en los que los costos difieren significativamente entre empresas, el precio a fijar en el acuerdo también será diferente y su monitoreo será más complejo.

En el mercado de cemento gris Portland tipo 1 existen empresas mono-planta como **HOLCIM** y empresas multi-planta como **ARGOS** y **CEMEX**. Esto, en conjunto con una alta proporción de costos fijos por inversión en cada planta hace que las estructuras de costos difieran entre las empresas. Adicional a lo anterior, y de acuerdo con las descripciones aportadas por **ARGOS**, durante el periodo investigado, **ARGOS** aún contaba con procesos húmedos en la producción de cemento mientras **CEMEX** y **HOLCIM** solo contaban con procesos de producción en seco, factores también determinantes en la estructura de costos de las investigadas.

Por las razones expuestas anteriormente, este Despacho reconoce que tanto los procesos de producción como las estructuras de costos no son similares entre las empresas productoras de cemento gris Portland tipo 1 en Colombia, por lo que este marcador no se cumple.

**- Marcador 12: Demanda estática o decreciente en el tiempo**

Una demanda creciente en el tiempo es una de las múltiples razones que tiene una empresa para aumentar sus precios. En estos escenarios, monitorear un acuerdo anticompetitivo puede ser difícil en cuanto a que la reacción normal de las empresas a incrementos de la demanda es aumentar los precios, por lo que un incremento por encima o por debajo del precio pactado, puede no ser necesariamente resultado de un incumplimiento del acuerdo colusorio o cartelista.

Este Despacho concuerda con lo observado por la Delegatura en el Informe Motivado en cuanto a que, para el periodo comprendido entre enero de 2009 y diciembre de 2012, el volumen total del mercado de cemento gris Portland tipo 1 se incrementó cerca de 23%, lo cual es un indicativo de la tendencia creciente de la demanda durante el periodo investigado.

Por lo anterior, esta característica o marcador no se encuentra presente en el mercado.

**- Marcador 13: Los precios pueden cambiarse rápidamente**

Entre más rápido pueda un vendedor reaccionar ante una reducción de precios de un competidor, menos rentable será entrar en una guerra de precios, pues será igualado antes de que obtenga ganancias de la desviación.

<sup>75</sup> Observaciones presentadas por **ARGOS** al Informe Motivado, Pág. 101.

<sup>76</sup> Observaciones presentadas por **CEMEX** al Informe Motivado, Pág. 83

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Frente a este punto y de acuerdo con la información que reposa en el Expediente<sup>77</sup>, este Despacho pudo comprobar que las empresas pueden realizar cambios a sus niveles de precios entre cliente y cliente atendiendo a las condiciones particulares de cada una de las transacciones. Adicionalmente, dichos cambios pueden ser generalizados pues, como lo demostró la Delegatura en el Informe Motivado, "los precios del **cemento gris Pórtland tipo 1** presentaron un incremento acelerado, en especial entre abril de 2011 y febrero de 2012, periodo en el que concretamente los precios del **cemento gris Pórtland Tipo 1** de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** crecieron más del 20%"<sup>78</sup>.

Los argumentos expuestos anteriormente son prueba de la facilidad con la que las empresas pueden cambiar los precios en el mercado y por ende, este marcador tiene presencia.

**- Marcador 14: Existencia de subastas a sobre cerrado**

En escenarios en donde los agentes del mercado interactúan a través de subastas, las de sobre cerrado facilitan la existencia de un acuerdo colusorio pues, sin necesidad de conocer con exactitud la oferta de todos y cada uno de los cartelistas, puede desarrollarse un mecanismo de monitoreo en el cual se evidencia si el acuerdo se cumplió o no, al observar si el vendedor que gana el contrato es el designado o no por el cartel empresarial para tal fin. Si el ganador es un vendedor diferente, esto solo puede suceder porque el mismo presentó una oferta menor a la acordada.

Esta evidencia no aplica en el presente caso en cuanto a que las transacciones de cemento gris Pórtland tipo 1 no suceden en el marco de una subasta.

**- Marcador 15: El mercado es local**

En términos generales si el mercado es más pequeño, hay más probabilidades de que haya un número pequeño de vendedores. Entre más cerca estén quienes tienen incentivos a cartelizarse, más fácil será la comunicación entre ellos sin aumentar las probabilidades de detección.

Como se argumentó anteriormente, este Despacho considera que el mercado afectado por la presunta conducta anticompetitiva se circunscribe al mercado nacional, razón suficiente para concluir que este hecho no se presenta en el mercado aquí analizado.

**- Marcador 16: Existencia de prácticas cooperativas**

Para Posner, la existencia de prácticas cooperativas o de una situación de colegaje entre las empresas de un mercado, aumenta la confianza entre quienes, debiendo competir, muestran señales de querer estar en un ambiente cooperativo. Esta situación particular se analizará en la sección dedicada a la existencia del elemento consciente. Valga señalar que como se verá posteriormente, existen en el Expediente suficientes elementos materiales probatorios para concluir que sí existen prácticas cooperativas entre los investigados, ajenas o extrañas en un escenario de competencia.

Por lo anterior, este marcador se cumple en el presente caso.

**- Marcador 17: Antecedentes de la industria en materia de libre competencia económica**

El hecho de que hayan existido carteles empresariales en periodos anteriores al investigado, cuenta como evidencia de que la estructura del mercado es favorable a la colusión. No obstante esta característica, al igual que la anterior, será analizada en un acápite posterior, es posible concluir, con base en los casos presentados por la Delegatura en el Informe Motivado, que sí existen antecedentes de la industria, tanto nacionales como internacionales, respecto de violaciones al régimen de protección de la libre competencia económica.

Por lo anterior, este marcador se cumple en el presente caso.

<sup>77</sup> Folio 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11 de, folio 6305 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 y folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2 del Expediente.

<sup>78</sup> Informe Motivado, Pág. 303

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

• **Conclusiones del Despacho en relación con el análisis de evidencia económica de Posner**

Después de realizar un análisis sobre la estructura del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 basado en las evidencias económicas de Posner sobre aquellas características que hacen propensa la colusión en un mercado, el Despacho puede concluir que para el presente caso, 12 de 16 aplicables, que representan cerca del 75%, se cumplen.

Los resultados encontrados a través del análisis de cada una de estas evidencias económicas de la estructura del mercado son presentados en la tabla No. 8. Es importante señalar que, el presente análisis solo puede ser considerado como una aproximación a las características inherentes del mercado, que le permitió al Despacho reconocer al mercado del cemento gris Pórtland 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.

**Tabla No. 8. Resumen del Análisis de Evidencias Económicas de Posner para el mercado de cemento gris Pórtland 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	
Demanda 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		
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		
<b>TOTAL</b>	<b>12</b>	<b>4</b>	<b>1</b>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

**7.5. Sobre la brecha entre los precios cobrados por los investigados y sus costos**

Un tema no menor, a juicio de este Despacho, frente al caso que motiva el presente acto administrativo, corresponde al análisis que pueda realizarse de la magnitud de la brecha entre los precios efectivamente cobrados por parte de cada una de las empresas cementeras, frente al costo por unidad del cemento que cada una de estas empresas enfrenta.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Dicha brecha aporta al Despacho elementos valiosos, a fin de caracterizar la capacidad de las empresas investigadas de fijar precios supra competitivos, a la luz de los hechos investigados. Para avanzar en la tarea señalada, el Despacho consideró apropiado expresar la brecha propuesta en términos relativos al precio de mercado. La siguiente gráfica presenta la evolución de las brechas relativas entre precio y costo unitario para cada una de las empresas cementeras.

**Gráfica No. 3. Evolución de las brechas relativas precio costo unitario para ARGOS, CEMEX y HOLCIM**

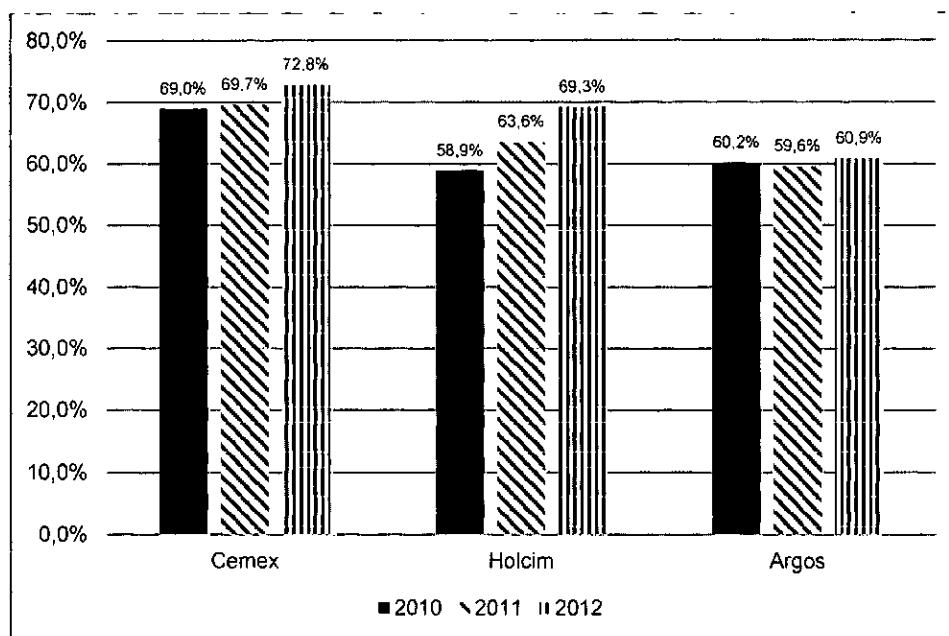


**Fuente:** Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como puede observarse, para cada una de las empresas existen brechas relativas precio a costo con niveles particularmente elevados. Este el caso de **CEMEX**, empresa que presenta los niveles más altos de este indicador, con un nivel medio de 70,5% a lo largo del período investigado, seguido por **HOLCIM** con una brecha relativa precio costo del 63,9% y por último, **ARGOS** con 60,3% como valor medio observado en la referida brecha.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**Gráfica No. 4. Comparación de las brechas relativas precio costo unitario para ARGOS CEMEX y HOLCIM**



**Fuente:** Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Así pues, resulta para este Despacho un elemento indiciario que, en un supuesto escenario de competencia oligopolística, tal y como lo afirman los investigados en las observaciones al Informe Motivado, se observen en este sector –durante el periodo investigado– diferencias tan notorias entre el precio ex fábrica y el costo por unidad vendido para cada una de las empresas cementeras.

Si bien los resultados anteriormente presentados no constituyen, en sí mismos, un elemento concluyente frente a la conducta investigada, sí son difícilmente explicables en un ambiente de competencia del mercado, mientras que resulta notoriamente más razonable que sucedan en un entorno de ausencia de rivalidad, propio de un escenario colusivo o cartelista.

A partir de las importantes brechas observadas para cada una de las 3 más importantes empresas cementeras del país (ARGOS, CEMEX y HOLCIM) este Despacho quiso indagar acerca del comportamiento comparado del precio del cemento gris en diferentes países de Latinoamérica.

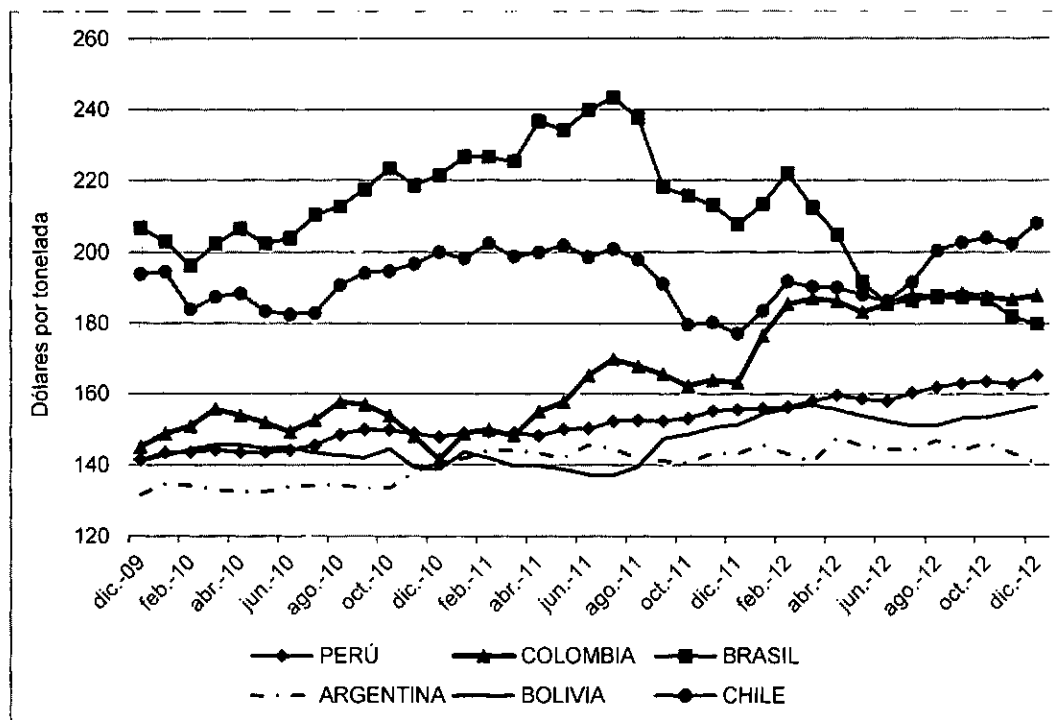
Para tal fin, el Despacho realizó de manera detallada, y tomando las diferentes cifras oficiales de cada uno de los 6 países considerados en la muestra, una estimación del precio del cemento gris por país corregido por poder de paridad de compra.

Dicho de otra forma, al corregir por paridad de compra, el ejercicio realizado quiso hacer contrastable cada uno de los precios observados a efectos de que, una vez aislados los factores propios a la capacidad de compra de cada país, fuese posible dar una idea acerca de la evolución de cada uno de los precios.

De la gráfica presentada a continuación, es importante mencionar que si bien el nivel de precios del cemento en Colombia se encuentra dentro del intervalo de los niveles de precios de los 6 países latinoamericanos considerados, esto es, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú y Colombia, lo cierto es que es la serie de precios que experimenta los mayores incrementos a lo largo del periodo aquí investigado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Gráfica No. 5. Precios del cemento en Latinoamérica corregidos por poder de paridad de compra Dic 2009 – Dic 2012



Fuente: Elaboración Superintendencia<sup>79</sup>

Así las cosas, concluye la Superintendencia de Industria y Comercio que, si bien no es Colombia el país que enfrenta los más altos precios del cemento en América Latina, lo cierto es que: (i) muestra unas brechas relativas precio - costo importantes y (ii) es el país en el que mayores incrementos en el precio se aprecian durante el período aquí investigado. Por lo cual, este par de elementos mencionados, propios de la dinámica del sector cementero, resultan cuando menos llamativos en el caso en concreto, reconociendo la dificultad de conciliar estos resultados frente a un escenario de competencia oligopolista.

#### 7.6. Análisis de las conductas imputadas en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos

Procede este Despacho a exponer su análisis sobre las conductas imputadas a los investigados, a saber: (i) acuerdo para la fijación de precios (numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); (ii) acuerdo para la repartición de mercados (numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992); y (iii) violación de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Para tales efectos, el Despacho advierte que, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012<sup>80</sup>, se acogerán integralmente los argumentos expuestos en el Informe Motivado para la recomendación de no sancionar a los investigados **SAN MARCOS** y **TEQUENDAMA**, toda vez que comparte el análisis y las conclusiones a las que llegó la Delegatura.

<sup>79</sup> Para la construcción del precio de paridad se descontó el índice de precios al consumidor de cada país y la tasa de cambio de cada moneda respecto al dólar. Las fuentes de consulta de las series utilizadas se describen a continuación: Perú: Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú - INEI  
Chile: Instituto Nacional de Estadísticas de Chile - INE  
Bolivia: Instituto Nacional de Estadística de Bolivia - INE  
Brasil: Sindicato Nacional de la Industria del Cemento de Brasil  
Argentina: Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina - INDEC  
Colombia: Series de precios del Expediente Rad. 11-116942 y BANREP.

<sup>80</sup> "Artículo 52. Procedimiento. (...)".

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

(...)"

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En virtud de lo anterior, los análisis y consideraciones en relación con la acreditación de las conductas aquí investigadas y que se pasan a exponer, comprenderán exclusivamente a **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

#### **7.6.1. Análisis del Despacho en relación con el contexto nacional e internacional del mercado del cemento y sus jugadores**

Antes de presentar las evidencias y el análisis de la conducta de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, resulta de la mayor relevancia evocar, a manera de contexto, el marco 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, el cual, como se vio en acápite anteriores, de entrada ostenta condiciones económicas que lo convierten en un mercado altamente susceptible a la colusión o cartelización.

En efecto, la extrema susceptibilidad a la cartelización que presenta el mercado del cemento, la cual se concluyó al verificarse la gran mayoría de las condiciones económicas descritas por los expertos como indicativas de ello, se confirma efectivamente en el extenso historial de investigaciones y sanciones por violaciones al régimen de protección de la libre competencia económica en la modalidad de carteles empresariales, que se ha observado a lo largo de los últimos años en este mercado, y que en repetidas oportunidades ha involucrado a alguno o varios de los acá investigados, tanto en investigaciones en Colombia como en otros muchos países y jurisdicciones.

Así, este contexto permite comprender los hechos y fenómenos acá expuestos de manera mucho más integral y de forma universal, buscando esencialmente indicar que para el entorno en el que **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** participan en el mercado, las conductas anticompetitivas investigadas no resultan extrañas a ellos, pues al menos para el caso particular de Colombia, estos agentes han enfrentado numerosas investigaciones desde 1997 (5 investigaciones en total), que han terminado con aceptación de ofrecimientos de garantías (aunque incumplidas en algunos casos) o con sanciones relativamente irrisorias en virtud del marco legal otrora vigente, que no proveen un adecuado factor disuasorio.

En este orden de ideas, a continuación se presenta una breve reseña del historial de imputaciones y sanciones por cartelización empresarial en el mercado del cemento en Colombia. Posteriormente se presentará una síntesis de los antecedentes internacionales en el mismo sentido que, como se dijo, en varias oportunidades involucra a alguno o varios de los acá investigados.

##### **7.6.1.1. Contexto nacional**

###### **- Investigación 1997 – 1999**

En este primer antecedente administrativo de investigaciones por cartelización empresarial en el mercado del cemento en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, Abrió Investigación con 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<sup>81</sup> (acuerdos que tengan por objeto o como efecto la repartición del mercado entre productores o distribuidores).

La mencionada Apertura de Investigación con Pliego de Cargos tuvo origen en varias denuncias provenientes, entre otros, de la Seccional Huila de **FENALCO**, un Diputado de la Asamblea de Risaralda y varias asociaciones de ingenieros y arquitectos del país, en las cuales se puso de presente *"la grave situación a la que se verán sometidos los encargados de la distribución de diferentes marcas de cemento por la decisión que han tomado las grandes fábricas al querer zonificar el país y monopolizar el mercado de acuerdo a las áreas que cada una tendría a su cargo"*<sup>82</sup>. Así mismo, se denunció la desaparición paulatina de algunas marcas de cemento, lo cual condujo a un aumento sustancial de los precios de alrededor del 75%.

<sup>81</sup> Resolución No. 318 de 6 de marzo de 1997.

<sup>82</sup> Resolución No. 17464 de 1999, Págs. 25-26.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Una vez finalizada la etapa de instrucción de la investigación, para la Delegatura de Protección de la Competencia se encontraron plenamente demostrados los siguientes hechos, de lo cual da cuenta el Informe Motivado respectivo:

- Se observó un paralelismo en el comportamiento de los investigados en diferentes mercados regionales, propiciado por el intercambio de información sobre despachos diarios y proyecciones de venta en distintas regiones del país que realizaban a través del **INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO – ICPC** -.
- Los investigados acordaron repartirse el mercado de cemento gris en el país, a través de disminuciones y participaciones proporcionales en diferentes regiones, usando como instrumento un intercambio de información diario sobre despachos de cemento y protecciones mensuales de ventas entre ellos.
- El intercambio de información entre las investigadas realizado a través de **INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO – ICPC** - no encuentra ninguna justificación legítima ni representa eficiencias para el mercado, como puede comprobarse al verificar el aumento del precio del producto. Por el contrario, un intercambio de información en estos términos facilita la realización de carteles empresariales o acuerdos anticompetitivos.
- Se evidenció que en los primeros meses de 1996, el mercado del cemento gris sufrió una reorganización perceptible al verificarse que algunos productores aumentaron su participación al tiempo que otros la disminuyeron o se retiraron de las mismas regiones, observándose un paralelismo entre el comportamiento de los distintos productores en los diferentes mercados regionales.
- Se verificó la desaparición simultánea de la diversidad de marcas de cemento que antes se encontraban en el mercado de algunas ciudades, hasta quedar solamente una de ellas, lo cual se comprobó también a partir de los testimonios uniformes de distribuidores de cemento.

En dicho caso, los investigados presentaron un ofrecimiento de garantías una vez culminada la fase de instrucción, el cual fue aceptado y aprobado a través de la Resolución No. 17464 de 30 de agosto de 1999<sup>83</sup>, mediante el cual los investigados se comprometieron a: (i) mantener a disposición de la Superintendencia el esquema de distribución del cemento gris, así como la información consolidada sobre precios, tipo, cantidades y destino de venta del cemento y de los costos de transporte; (ii) que el **INSTITUTO COLOMBIANO DE PRODUCTORES DE CEMENTO – ICPC** - no remitiera a las sociedades cementeras –ni sus controlantes, matrices o subordinadas– información sobre despachos, precios y fletes de cemento gris, salvo la que correspondiera a informes que detallaran los estados financieros; y (iii) que, así mismo, sus representantes legales –entre quienes se encontraba **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, ahora investigado– se abstuvieran de remitir la información anteriormente señalada.

Finalmente, es importante señalar que de acuerdo con la modificación introducida por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, el ofrecimiento de garantías para la terminación de investigaciones administrativas por violación de las normas de protección de la libre competencia, debe presentarse *"antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas"*. Por lo anterior, en la actualidad es imposible jurídicamente terminar una investigación como la que se está haciendo mención, cuando el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ya ha presentado su Informe Motivado al Superintendente de Industria y Comercio.

#### **- Investigación 2004 - 2005**

En esta oportunidad, la Superintendencia de Industria y Comercio Abrió Investigación con Pliego de Cargos mediante Resolución No. 15460 del 30 de junio de 2004 contra **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **HOLCIM**, por presuntamente haber incurrido en un acuerdo cartelista de precios de cemento gris en los departamentos de Boyacá y Casanare y un acuerdo cartelista

<sup>83</sup> Resolución expedida por el Superintendente de Industria y Comercio ad hoc, **JORGE PINZÓN SÁNCHEZ**. (El Superintendente de Industria y Comercio titular era **EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA**).



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

para impedir el acceso a dichos mercados, en contravención de las disposiciones contenidas en los numerales 1 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La apertura de investigación tuvo origen en varias denuncias que coincidieron en señalar que **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **HOLCIM** 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.

Al respecto, en la mencionada Resolución No. 15460 de 2004, se adujeron pruebas como la declaración del coordinador comercial de una de las empresas que salieron de dicho mercado, en la cual manifestó que: *"Nos obligaron a salir porque se presentaron disminuciones en el precio de hasta 40% y para nosotros no era rentable entrar a ese tipo de mercados"*<sup>84</sup>. En el mismo sentido, la Delegatura manifestó que las facturas obtenidas de distribuidores dejaban entrever que las marcas de los investigados registraron precios constantes con disminuciones de precio en porcentajes cercanos al 30%, con pocos días de diferencia.

Según las pruebas recaudadas, para la Delegatura la aludida disminución de precios habría sido el resultado de un acuerdo cartelista entre las investigadas **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **HOLCIM**, para impedir a **CEMENTOS DEL ORIENTE** el acceso al mercado de Boyacá y Casanare y, posteriormente, según la declaración del Representante Legal de **CEMENTOS DEL ORIENTE**, *"retomar los precios de dichas marcas a valores similares a los existentes antes de su incursión dentro de este"*<sup>85</sup>.

En esta investigación, los investigados formularon nuevamente un ofrecimiento de garantías que fue aceptado y aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 34805 del 23 de diciembre de 2005<sup>86</sup>.

En esta ocasión, los investigados se comprometieron a: (i) abstenerse de realizar acuerdos para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación contra terceros; (ii) establecer los precios de sus productos de forma unilateral y autónoma; (iii) informarle a la Superintendencia los criterios que se tendrán en cuenta para la determinación unilateral de precios –información que debía mantenerse actualizada y a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio–; (iv) abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tuviera por objeto eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de estos.

En el marco del esquema de seguimiento de las garantías, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una visita administrativa a **HOLCIM** para verificar el efectivo cumplimiento de sus compromisos. En dicha visita se constató que **HOLCIM** no dejó por escrito cuáles fueron los criterios tenidos en cuenta para modificar los precios, por lo que no era posible establecer que fuesen fijados de manera unilateral atendiendo estrictamente a las reglas del mercado.

En consecuencia, mediante la Resolución No. 26362 del 11 de octubre de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **HOLCIM** haciendo efectiva la póliza de cumplimiento de condicionamientos por un valor de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$ 763.000.000.oo).

#### **- Investigación enero – diciembre de 2005**

Mediante la Resolución No. 358 del 19 de enero de 2005, la Superintendencia de Industria y Comercio 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 CLÍNKER S.A.** (actualmente **ARGOS**), **CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **CEMENTOS DE CALDAS S.A.**, por presuntamente haber desconocido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como por presuntamente haber incurrido en las conductas previstas en los

<sup>84</sup> Declaración de CARLOS JARAMILLO BERMÚDEZ, Coordinador Comercial de Cementos Andino S.A. Resolución 15460 de 2004, Pág. 3.

<sup>85</sup> Resolución 15460 de 2004, Pág. 5.

<sup>86</sup> Expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, JAIRO RUBIO ESCOBAR.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

numerales 1, 2 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al acordar 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 esta empresa del mercado (cartel de precios predatorio).

Así mismo, se ordenó Abrir Investigación con Pliego de Cargos contra los representantes legales de **CEMEX**, **HOLCIM**, **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**), entre ellos **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** (ahora investigado) y **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** (ahora investigado).

La actuación inició como consecuencia de la denuncia presentada por la empresa afectada **CEMENTOS ANDINO S.A.**, en la que manifestó que había afrontado una "guerra" librada por las cementeras investigadas, quienes en forma coordinada y simultánea redujeron el precio del cemento a niveles sin antecedentes en Colombia en las zonas donde **CEMENTOS ANDINO S.A.** tenía presencia, buscando su desaparición del mercado del cemento.

Esta investigación fue nuevamente terminada por aceptación de garantías mediante la Resolución No. 34804 del 23 de diciembre de 2005<sup>87</sup>. En esta oportunidad, **CEMEX**, **HOLCIM**, **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **ARGOS** se comprometieron, entre otros, a: (i) abstenerse de realizar acuerdos cartelistas para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación contra terceros; (ii) establecer los precios de sus productos de forma unilateral y autónoma; (iii) informarle a la Superintendencia de industria y Comercio, los criterios que se tendrían en cuenta para la determinación unilateral de precios –información que debía mantenerse actualizada y a disposición de la Superintendencia–; y (iv) abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tuviera por objeto eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de estos.

Posteriormente, se comprobó que **CEMEX** y **HOLCIM** incumplieron los compromisos ofrecidos por no tener a disposición el soporte de los criterios usados para la variación de los precios y por ende, mediante las Resoluciones No. 26360 y 26361 del 11 de octubre de 2006, fueron sancionadas cada empresa, haciendo efectiva la póliza por setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$ 763.000.000.00) a cada uno.

Si bien la investigación fue terminada por aceptación de garantías, el Despacho considera oportuno incluir a continuación el análisis y recuento histórico realizado por la Delegatura en el respectivo Informe Motivado, frente a la amenaza que representaba **CEMENTOS ANDINO S.A.** para sus competidores, la posterior reducción de precios inusitada a la que se refirió en su denuncia, su consecuente ruina financiera y la posterior adquisición de sus activos por parte de **ARGOS**:

*"ANDINO fue una sociedad constituida el 13 de noviembre de 1998<sup>88</sup> e inició operaciones con una planta ubicada en San Gil (Santander) con capacidad productiva de 150.000 toneladas/año, aproximadamente. En el 2000, construyó la planta de Betania (Cundinamarca), con una capacidad instalada de cerca de 300.000 toneladas/año. Así, por la ubicación de estas plantas ANDINO pudo acceder principalmente a los mercados de Cundinamarca, Boyacá y los Santanderes<sup>89</sup>. Entre 2002 y 2005, cementos ANDINO logró colocar el 5% de la demanda nacional en promedio<sup>90</sup>.*

*Ahora bien, en el año 2004, ANDINO decidió construir una planta en Sabanagrande (Atlántico), con capacidad productiva de alrededor de 600.000 toneladas de cemento durante el primer año y que proyectaba incrementarse en un millón de toneladas para el segundo año de funcionamiento. Esto implicaría un incremento en su capacidad instalada en más de 150%, lo que le hubiese permitido capturar 15 puntos porcentuales adicionales de la cuota del mercado nacional.*

<sup>87</sup> Expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, **JAIRO RUBIO ESCOBAR**.

<sup>88</sup> **Superintendencia**. Resolución de Integración No. 13544 del 26 de mayo de 2006. Disponible en: [http://10.20.101.70/normograma/docs/r\\_siy\\_c\\_13544\\_2006.htm](http://10.20.101.70/normograma/docs/r_siy_c_13544_2006.htm)

<sup>89</sup> Información disponible en página web **FORTACEM** [<http://fortecem.net/historia/>]

<sup>90</sup> Folio 5382 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2. Hoja No. 21. Informe Motivado No. 130476 de 2005 de la investigación con radicado No. 05-130476. Versión reservada.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De hecho, con dicha proyección de crecimiento de la capacidad de producción en esta planta, **ANDINO** tenía prospectivas competitivas en términos de la oferta disponible de cemento en la zona de la Costa Atlántica e incluso tenía posibilidades de exportación hacia mercados como Estados Unidos, Centroamérica y el Caribe<sup>91</sup>.

Ante este cambio en las condiciones del mercado, **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** respondieron como la literatura especializada denomina un "perro dominante"<sup>92</sup>. Los cambios en las condiciones del mercado fueron tales que las tendencias de los precios cambiaron en el 2005, y la nueva fuente de presión competitiva desapareció con la adquisición de **ANDINO** por parte de **ARGOS**. Tan agresiva fue la estrategia de las compañías que **CEMEX** expandió su capacidad instalada<sup>93</sup> a pesar de contar con capacidad ociosa superior al 50% en 2004<sup>94</sup>.

En este sentido, se distinguen dos (2) momentos determinantes en el mercado que desencadenaron la desaparición de **ANDINO**. Primero, la guerra de precios en el mercado de cementos iniciada en noviembre de 2004 hasta el segundo semestre de 2005 y segundo, la integración por la adquisición de **ANDINO** por parte de **ARGOS**.

#### **Primer momento: guerra de precios**

Respecto del primer momento, los grandes agentes del mercado de cemento en Colombia comenzaron una inusitada disminución en los precios del cemento, a tal punto que se registraron reducciones de más del 50% en los precios de este producto. Este comportamiento desencadenó lo que se denominó la "guerra de precios" que a la postre habría tenido como efecto la salida de **ANDINO** del mercado. Así quedó registrado este hecho en la prensa nacional:

"Pero la guerra más agresiva vendría después. El florero de Llorente, como lo reconocen algunos analistas de esta industria, fue la construcción de una nueva planta de Cementos Andino en Sabanagrande, Atlántico, que se inauguró en marzo de este año y en la que se invirtieron US\$90 millones. Aparte de que Andino ya les había quitado el 6%, con la planta de la Costa Atlántica amenaza con quitarles más. Su presencia hace que un mercado que ha sido oligopólico hasta ahora tienda a ser de competencia perfecta. Por eso, todos están dándose la pela con precios bajos para frenar su entrada y de todos los demás jugadores que también quieran hacerlo", puntualizó un proveedor de esta industria.

Entre noviembre de 2004 y julio del presente año, Andino ha tenido que bajar el precio de su cemento de \$17.259 a \$8.375 para poder seguir en el mercado, lo cual está afectando duramente sus finanzas y sus metas de retorno en las cuantiosas inversiones que ha hecho recientemente (...)<sup>95</sup>

(...)

Ahora bien, los hechos presentados en esta investigación evidencian cómo existía sincronía en el ritmo de cambio de los precios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

(...)

Ahora bien, para mejor comprensión se resumen los hechos ocurridos con **ANDINO**:

(i) **Primera Etapa:** entre enero de 2002 y noviembre de 2004 el comportamiento de los precios fue constante al alza dado que para los agentes no se generó presión competitiva alguna. Aunque la entrada de **ANDINO** fue en 1998, hasta el 2004 su participación se

<sup>91</sup> El Tiempo. "CEMENTOS ANDINO ABRE NUEVA PLANTA EN BARRANQUILLA". 1 de marzo de 2005. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1674673>

<sup>92</sup> Fudenberg, D., & Tirole, J. (1984). The Fat-Cat Effect, the Puppy-Dog Ploy, and the Lean and Hungry Look. *The American Economic Review*, 74(2), 361-366. VER: <http://www.jstor.org/stable/1816385>.

<sup>93</sup> Folio 5382 del Cuademo Reservado **CEMEX** No. 2. Hoja No. 47. Informe Motivado No. 130476 de 2005 de la investigación con radicado No. 05-130476. Versión reservada.

<sup>94</sup> Hoja No. 17. *Ibidem*.

<sup>95</sup> Revista Dinero. "Todos llevan del bulto". 18 de agosto de 2005. Disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/todos-llevan-del-bulto/29141>

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

restringió a los departamentos de Cundinamarca, Boyacá y Santander, con una capacidad de producción total aproximada de 450.000 toneladas, aportada por las dos plantas que tenía para ese momento (Betania y San Gil). En esa medida, la participación de **ANDINO** en el mercado nacional apenas alcanzaba el 3,4%<sup>96</sup>.

(ii) **Segunda Etapa:** **ANDINO** publicó su proyecto de construcción de la planta de Sabanagrande, la cual se preveía entraría en operación para el mes de marzo de 2005, con una capacidad de producción estimada de 600.000 toneladas para el primer año y 1.000.000 de toneladas para su segundo año de actividad.

Así, **ANDINO** ocasionó una respuesta estratégica por parte de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, quienes cambiaron la tendencia de sus precios de forma paralela y coordinada. A partir de octubre de 2004, todas las empresas iniciaron de manera sistematizada la reducción de sus precios -luego de 4 años de alzas permanentes-, hasta el punto de fijarlos a un nivel que sacrificaba una parte de la utilidad de los agentes económicos.

(...)

(iii) **Tercera Etapa:** Como se observó en la Gráfica No. 65 de este acápite, entre junio y noviembre de 2005 los precios mantuvieron un comportamiento estable en el bajo nivel al cual llegaron a causa de la "guerra de precios", de tal forma que, al menos para el caso de **ARGOS**, se encontraban por debajo de sus costos totales. Finalmente, en el mes de diciembre de 2005 los precios del cemento se incrementaron de manera drástica y repentina, ubicándose nuevamente por encima de los costos totales y al mismo nivel en el que se encontraban para los meses finales de 2004, es decir, antes de iniciarse la "guerra de precios".

Este aumento inusitado y coordinado de los precios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, que además fue sancionado por esta **Superintendencia** mediante Resolución 51694 del 4 de diciembre de 2008, ocurrió justo después de que **ANDINO** salió definitivamente del mercado, esto es, del motivo que desencadenó el escenario de la "guerra de precios". Así, el montaje de la planta de Sabanagrande por parte de **ANDINO** desencadenó una "estrategia de gatillo" por parte de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** en el mercado del cemento.

#### **Segundo momento: Integración ARGOS-ANDINO**

Ahora bien, respecto del segundo momento, mediante escrito radicado con el número 05-128174 del 21 de diciembre de 2005, **ARGOS**, **ANDINO** y **CONCRECEM S.A.**, informaron a esta **Superintendencia** su intención de llevar a cabo una operación de integración, conforme con la cual **ARGOS** absorbería a **ANDINO**<sup>97</sup>. La salida de **ANDINO** del mercado del cemento marcó un hecho relevante en la opinión pública<sup>98</sup>.

En esta misma línea, llama la atención de la **Delegatura** que el aumento inesperado de los precios para noviembre-diciembre de 2005 coincida con la publicación de la compra de

<sup>96</sup> **Superintendencia**. Páginas 13 y 14 del Informe Motivado No. 130476 de 2005 de la investigación con radicado No. 05-130476.

<sup>97</sup> En la Resolución de Integración No. 13544 del 26 de mayo de 2006 se indicó que "las sociedades Cementos Andino S.A. y Concrecem S.A. se considerarán como si fueran un sólo agente económico. En consecuencia, cuando se haga referencia a "ANDINO", debe entenderse incluidas, bajo tal denominación, las empresas Cementos Andino S.A. y Concrecem S.A., a no ser que se indique lo contrario".

<sup>98</sup> - Revista Dinero. 30 de octubre de 2005. "Cementos Argos acuerda compra de Andino por US\$192 millones". Disponible en: <http://www.dinero.com/actualidad/noticias/articulo/cementos-argos-acuerda-compra-andino-us192-millones/30830>. Consulta: 1 de octubre de 2017.

- El Tiempo. 5 de noviembre de 2005. "Andino a manos de Argos. **La guerra de precios entre las cementeras parece estar llegando a su fin** con el negocio que se concretó ayer". Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1817209>. Consulta: 1 de octubre de 2017.

- El Mundo.com. 5 de noviembre de 2005. "Argos compra a su rival, Andino". Disponible en: <http://www.elmundo.com/portal/pagina.general.impresion.php?idx=2082> Consulta: 1 de octubre de 2017.

- El Tiempo. 8 de noviembre de 2005. "**Cementos Andino finalmente no resistió la guerra de precios. La crisis de Cementos Andino comenzó con la guerra de precios que se presentó en el mercado desde finales del 2003 y empató con la millonaria inversión que realizaron en la nueva planta de Barranquilla, lo que profundizó las dificultades financieras de la cementera**". Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1819908>. Consulta: 1 de octubre de 2017.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**ANDINO** por parte de **ARGOS** y, a su vez, es indicativo de que la "guerra de precios", en la que incurrieron **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, tuvo como consecuencia la salida de un competidor del mercado. Situación que fue aprovechada por **ARGOS**, que adquirió los activos de **ANDINO**.

Como producto de esta operación, **ARGOS** incrementó su capacidad instalada nominal cerca de un 17% e incorporó entre sus activos una planta de producción en San Gil (Santander) y en otra en Betania (Cundinamarca), en un escenario en el que no consta que **CEMEX** y **HOLCIM** hubieran presentado algún tipo de objeción no obstante que, las mencionadas plantas tenían impacto directo en las zonas de influencia de **CEMEX** y **HOLCIM** dada la ubicación de sus plantas.

Las nefastas consecuencias de la "guerra de precios" en la actividad económica de **ANDINO** fueron resaltadas por esta **Superintendencia**. Así, en la Resolución No. 13544 del 26 de mayo de 2006, por la cual se condicionó la operación de integración con **ARGOS**, se indicó que "los niveles de precios y de producción, como los que prevalecen en el mercado para **ANDINO** y **CONCRECEM**, implicarían para estas compañías que la operación de las plantas destruyera valor al no cubrirse los costos y gastos directos (margen operacional negativo), ocasionando, en consecuencia, el cierre inminente de las mismas<sup>99</sup>".

(...)<sup>100</sup>

#### - Investigación 2006 – 2008

Mediante Resolución No. 2496 del 7 de febrero de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio Abrió Investigación con Pliego de Cargos contra **ARGOS**, **CEMEX**, **HOLCIM** y **ANDINO**, por presuntamente haber desconocido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y por haber incurrido en las conductas señaladas en los numerales 1, 3 y 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al incrementar el precio base del cemento gris Pórtland tipo 1 de manera similar y constante en el segundo semestre de 2005 en las diferentes regiones del país.

Igualmente, la Superintendencia Abrió Investigación con Pliego de Cargos contra algunas personas naturales, entre las cuales se encontraban **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** (ahora investigado) y **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** (ahora investigado), por presuntamente haber incurrido en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En esta investigación, la Superintendencia encontró plenamente probado que: (i) los precios presentaron un comportamiento paralelo entre junio y diciembre de 2005 y reacciones simultáneas en proporciones similares al final de dicho periodo; (ii) a pesar de la estructura oligopólica del mercado, las soluciones no colusorias argumentadas por las investigadas no eran consistentes con la evidencia; (iii) si bien los precios de **ANDINO** concurrían paralelamente con los de los demás investigados, su conducta no estuvo motivada por la intención de coludir en el mercado, pero sí la conducta de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**; (iv) existe suficiente evidencia del intercambio de información y las reuniones que llevaban a cabo tanto los representantes legales como los responsables del área comercial, lo cual propició la colusión o cartelización entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró probado que existió un acuerdo entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** para repartirse el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional de junio a diciembre del 2005. Esta conclusión tuvo como fundamento: (i) el comportamiento estable de las participaciones de mercado de estas empresas; (ii) el intercambio de información detallada y desagregada de los despachos nacionales de cemento gris; (iii) el abastecimiento efectuado a **CEMEX** por parte de sus competidores en un escenario de "guerra de precios"; (iv) el reconocimiento de inexistencia de competencia entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** y; (v) la existencia de un comportamiento concurrente entre los investigados, facilitado por el intercambio de información, las reuniones de los representantes legales y responsables del área comercial y los demás elementos facilitadores que habrían propiciado una colusión o cartelización entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

<sup>99</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución de Integración No. 13544 del 26 de mayo de 2006. Disponible en: [http://10.20.101.70/normograma/docs/r\\_siyc\\_13544\\_2006.htm](http://10.20.101.70/normograma/docs/r_siyc_13544_2006.htm)

<sup>100</sup> Informe Motivado. Págs. 264-274.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Por lo anterior, mediante la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó la conducta de **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), como consecuencia de su participación en un acuerdo para la fijación de precios del cemento gris Pórtland 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.

Como puede observarse de los anteriores antecedentes en el mercado del cemento en Colombia, durante los últimos veinte (20) años, los ahora investigados han enfrentado numerosas actuaciones administrativas sancionatorias por cartelización, de lo que se desprende que, tal y como lo afirmó la Delegatura, es ajustado señalar que su comportamiento en el país ha sido tendiente al incumplimiento del régimen de protección de la libre competencia económica, y que incluso podría llegar a afirmarse que dicha tendencia ha sido ininterrumpida hasta hoy. 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 expedido con anterioridad a la entrada en vigencia de la hoy vigente Ley 1340 de 2009.

#### 7.6.1.2. Contexto internacional

Ahora bien, con el objeto de continuar con la contextualización de las conductas investigadas, procede el Despacho a exponer una breve reseña del extenso 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, tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, 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. Al respecto, debe tenerse presente que en algunos de los casos expuestos en otros países y jurisdicciones, los involucrados coinciden con alguno o varios de los investigados en el presente caso, sus matrices o filiales.

En efecto, tal y como lo indicó la Delegatura, por lo menos entre los años de 1994 y 2016, se produjeron catorce (14) sanciones en diferentes jurisdicciones en contra de algunos o todos los investigados en el presente trámite<sup>101</sup>. Por ejemplo, se encontró que **HOLCIM** ha sido sancionada, por lo menos, en doce (13) países o jurisdicciones diferentes (Unión Europea, Alemania, Rumania, Taiwán, Brasil, Italia, India, Australia, Argentina, Bélgica, Reino Unido, Polonia y España), mientras que **CEMEX**, en por lo menos cuatro (4) países (Venezuela, Polonia, Alemania y España) y **ARGOS**, al menos en uno (1) país (Venezuela).

A continuación se muestra la tabla elaborada por la Delegatura en la que se enlistan las decisiones sobre cartelización empresarial en la industria del cemento que se han proferido en diferentes países o jurisdicciones a nivel mundial:

Tabla No. 9. Carteles en la industria del cemento descubiertos entre 1983 y 2017<sup>102</sup>

No.	PAÍS Y PERIODO DEL CARTEL	DECISIÓN	CONDUCTAS
1	Canadá	1983	Acuerdo de fijación de precios

<sup>101</sup> 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).

<sup>102</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). *SERIAL OFFENDERS: INDUSTRIES PRONE TO ENDEMIC COLLUSION*. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En); OCDE, Foro Global de Competencia, Nota de Joseph E. Harrington, Jr. 2015. *THOUGHTS ON WHY CERTAIN MARKETS ARE MORE SUSCEPTIBLE TO COLLUSION AND SOME POLICY SUGGESTIONS FOR DEALING WITH THEM*. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)8&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)8&docLanguage=En); OCDE. *SERIAL OFFENDERS: INDUSTRIES PRONE TO ENDEMIC COLLUSION*, contribución de Sudáfrica. 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD\(2015\)23&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD(2015)23&docLanguage=En); Marc IVALDI, TSE, Aleksandra KHIMICH, TSE y Frédéric JENNY, ESSEC. *Measuring the economic effects of cartels in developing countries*. 2014. Disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclpmisc2014d2\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/ditcclpmisc2014d2_en.pdf).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

No.	PAÍS Y PERIODO DEL CARTEL	DECISIÓN	CONDUCTAS
2	Japón	1991	Acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados
3	Unión Europea (1983-1993)	1994	Repartición de mercados, repartición de clientes, intercambio de información y boicot colectivo.
4	Unión Europea (1982-1988)	1994	Repartición de mercados, repartición de clientes, intercambio de información y boicot colectivo.
5	Unión Europea (Alemania, Francia, Reino Unido, Unión de Benelux)	2002	Intercambio de información e incremento concertado de precios.
6	Filipinas	2002	Fijación de precios para el cemento exportado
7	Venezuela	2003	Fijación de precios <sup>103</sup>
8	Alemania (1992-1998)	2003	Repartición de mercados. <sup>104</sup>
9	Austria	2004	Acuerdo para la asignación de cuotas y fijación de precios
10	Turquía	2004	Paralelismo consciente en la fijación de precios
11	Italia	2004	Actividad cartelista. <sup>105</sup>
12	Rumania (2000-2004)	2005	Fijación de precios. <sup>106</sup>
13	Taiwán	2005	Fijación de precios
14	Brasil (2002-2006)	2006	Fijación de precios y repartición de mercados. <sup>107</sup>
15	Francia	2007	Asignación de cuotas de producción
16	Egipto	2008	Fijación de precios
17	Pakistán	2008	Fijación de precios e intercambio de información sensible
18	Australia	2008	Prácticas discriminatorias. <sup>108</sup>
19	Polonia	2009	Fijación de precios y repartición de mercados. <sup>109</sup>
20	Honduras	2010	Fijación de precios y repartición de mercados.
21	Indonesia	2010	Fijación de precios
22	India (Varios episodios entre 1990 a 2006)	2012	Fijación de precios y fijación de cuotas de suministro. <sup>110</sup>
23	Sudáfrica	2012	Acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados
24	Argentina	2013	Fijación de precios, repartición de mercados e intercambio de información.
25	Bélgica	2013	Acciones concertadas.
26	Reino Unido	2014	Colusión y prácticas discriminatorias.
27	Hungría	2014	Acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados

<sup>103</sup> Sanción a **CEMEX DE VENEZUELA**, la **CORPORACIÓN CEMENTOS ANDINO C.A.**, filial de **ARGOS** y otros.

<sup>104</sup> Sanción a **HOLCIM (ALEMANIA)**, **READYMIX AG** (hoy **CEMEX ALEMANIA**) y otros.

<sup>105</sup> Sanción a **HOLCIM** y otros.

<sup>106</sup> Sanción a **HOLCIM** y otros.

<sup>107</sup> Sanción a **HOLCIM** y otros. Se estimó que los daños financieros efectuados por las conductas de las compañías alcanzaron un monto superior a US\$ 10 billones aproximadamente.

<sup>108</sup> Sanción a **CEMENT AUSTRALIA PTY LTD** (para el 2016 50% de **HOLCIM**) y otros.

<sup>109</sup> Sanción a **CEMEX POLAND** y otras 4 cementeras investigadas con multas que ascendieron a CUATROCIENTOS ONCE MILLONES QUINIENTOS DÓLARES (\$ 411,000.500).

<sup>110</sup> Sanción a **LAFARGE Y AMBUJA CEMENTS** (fusionada con **HOLCIM** 2011) y otros.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

No.	PAÍS Y PERIODO DEL CARTEL	DECISIÓN	CONDUCTAS
28	España	2016	Repartición de mercados e intercambio de información sensible <sup>111</sup>
29	Corea del Sur	2016	Acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados
30	Asturias	2017	Acuerdo de repartición de mercados e intercambio de información sensible

Fuente: Elaborada por la Delegatura con base en el documento **SERIAL OFFENDERS: INDUSTRIES PRONE TO ENDEMIC COLLUSION** de la OCDE (Contribución de Sudáfrica; Ivaldi, Jenny, and Khimich 2015) y otros recursos.

Como puede observarse, el alto número de sanciones a nivel mundial por violaciones a distintos regímenes de protección de la libre competencia económica no puede arrojar una conclusión distinta a que dicho comportamiento ha sido habitual en la industria del cemento, y que sus participantes reinciden continuamente en la comisión de dichas conductas en alguna parte del mundo, tal y como puede observarse para el caso de **HOLCIM** y **CEMEX**. Al respecto, vale la pena traer a colación lo manifestado por la **COMISIÓN DE COMPETENCIA DE LA INDIA**, que señaló que el hecho de que **HOLCIM** hubiese sido sancionado por la comisión de irregularidades en diferentes jurisdicciones muestra que es un ofensor habitual de las provisiones de la ley de competencia<sup>112</sup>.

En este sentido, debe ponerse de presente que según la **OCDE**<sup>113</sup>, los participantes de la industria del cemento gozan de una especial propensión a la cartelización empresarial, que posiblemente puede deberse a que dicho mercado presenta una serie de características estructurales que lo convierten en un escenario más que proclive para la colusión que otros mercados y que permiten que en este mercado los acuerdos ilícitos sean rentables y estables<sup>114</sup>.

Lo anterior, según lo señala también la **OCDE**, se ha traducido en que estos agentes actúen "por debajo de los radares", de tal manera que cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia<sup>115</sup>, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta.

En conclusión, antes de exponer las evidencias que a juicio del Despacho acreditan la existencia de un cartel empresarial conformado por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** para fijar los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia del 2010 al 2012, resulta necesario situar dicha conducta en un marco histórico y conceptual, según el cual las conductas investigadas no solo confirman la extrema susceptibilidad a la cartelización empresarial que presenta el mercado del cemento sino que coincide con un historial de antecedentes administrativos sancionatorios que dan cuenta de una tendencia a repetir o continuar conductas esencialmente colusorias o cartelistas entre los mismos agentes del mercado, y que de contera causa mayor dificultad en la obtención de pruebas, sobre todo pruebas directas, de dichas conductas para las autoridades de protección de la libre competencia económica.

Con todo, debe dejarse claro que el anterior contexto nacional e internacional de la industria del cemento y la forma como las compañías se han comportado históricamente, no constituye prueba

<sup>111</sup> Sanción a **HOLCIM ESPAÑA S.A.** y **CEMEX ESPAÑA OPERACIONES S.L.U.**, entre otras.

<sup>112</sup> **COMISIÓN DE COMPETENCIA DE LA INDIA**. Caso No. 29/2010. Decisión del 20 de junio de 2012. Disponible en: [http://www.cci.gov.in/sites/default/files/292011\\_0.pdf?download=1](http://www.cci.gov.in/sites/default/files/292011_0.pdf?download=1). Págs. 4 y 5.

<sup>113</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). **SERIAL OFFENDERS: INDUSTRIES PRONE TO ENDEMIC COLLUSION**. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En)

<sup>114</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). **SERIAL OFFENDERS: WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION**. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En). Págs. 30, 31, 48-50.

<sup>115</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). "**SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION**". 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&docLanguage=en)



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

de la existencia del cartel empresarial de precios objeto de la presente investigación, sino simplemente constituye una información relevante de contexto para el análisis de las conductas anticompetitivas aquí investigadas, tal y como lo enfocan las autoridades de competencia más importantes del mundo.

## 7.6.2. Sobre la cartelización entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM para fijar los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 entre 2010 y 2012

### 7.6.2.1. Consideraciones generales

La *economía social de mercado* es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

*"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

(...)" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

*"Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

**La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.**

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

**El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.**

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".* (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Se desprende de las normas constitucionales citadas que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, o productores que componen la economía nacional. 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.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye además un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

*"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.*"<sup>116</sup> (Negritas y subrayas fuera de texto).

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para todos los ciudadanos y empresarios. 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 naciones con mercados domésticos con importantes niveles de competencia, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en las que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>117</sup>.

De acuerdo con la OCDE:

*"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 servicios"<sup>118</sup>.*

En efecto, como ya ha sido mencionado, la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios 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

<sup>116</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

<sup>117</sup> Consejo Privado de Competitividad: "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.

<sup>118</sup> OCDE: "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" Octubre de 2014, Págs. 2 y 3.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal 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 afecta el poder adquisitivo 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, etc.

Pero estos claros beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas se refieren fundamentalmente a los carteles empresariales y a los actos de abuso de posición dominante en el mercado. Según la OCDE, los carteles empresariales constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros<sup>119</sup>.

#### **7.6.2.2. Sobre los acuerdos de fijación de precios en la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente**

Antes de entrar a analizar los hechos y supuestos que dan cuenta de la efectiva ocurrencia de la conducta anticompetitiva imputada, es preciso poner de presente que, de conformidad con el régimen colombiano de protección de la libre competencia económica (Decreto 2153 de 1992), el concepto "acuerdo" debe entenderse en los siguientes términos:

*"Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:*

**1. Acuerdo:** *Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.*

(...)"<sup>120</sup>. (Subraya fuera del texto)

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, 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.

Como ejemplo de los casos anteriores, se pueden destacar los siguientes casos sancionados recientemente por la Superintendencia de Industria y Comercio:

<sup>119</sup> Tomado de OCDE, 1998. Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

<sup>120</sup> Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**(i) Cartel del papel higiénico, servilletas, papel de cocina y toallas de cara y manos (papeles suaves)**<sup>121</sup>. Se trató de un cartel empresarial para la fijación artificial de los precios del papel higiénico y otros papeles suaves en Colombia durante el periodo 2000-2013, entre **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., PRODUCTOS FAMILIA S.A., PAPELES NACIONALES S.A. y C. Y P. DEL R. S.A.** La existencia del cartel empresarial se probó por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante prueba directa consistente en la confesión de las cuatro (4) empresas sancionadas (3 de ellas vinculadas al Programa de Beneficios por Colaboración o Delación), confesiones y testimonios de altos ejecutivos y ex directivos de las empresas investigadas, correos electrónicos, mensajes de *WhatsApp*, documentos, entre otros.

**(ii) Cartel de los pañales desechables para bebé**<sup>122</sup>. Se trató de un cartel empresarial para la fijación artificial de los precios de los pañales desechables para bebés en Colombia durante el periodo 2001-2012, entre **COLOMBIANA KIMBERLY COLPAPEL S.A., PRODUCTOS FAMILIA S.A. y TECNOQUÍMICAS S.A.** Al igual que en el caso anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio contó con prueba directa en la medida que tuvo como prueba del cartel empresarial, la confesión de 2 de las empresas sancionadas (vinculadas al Programa de Beneficios por Colaboración o Delación), así como confesiones y testimonios de altos ejecutivos y ex directivos de las empresas investigadas, correos electrónicos, mensajes de *WhatsApp*, documentos, entre otros.

**(iii) Cartel de las agencias de modelaje**<sup>123</sup>. Se sancionó a cinco (5) agencias de casting por incurrir en un acuerdo cartelista para la fijación de los precios relacionados con la prestación del servicio de selección de modelos con fines publicitarios (servicio de casting), los valores mínimos de los honorarios de los modelos y el porcentaje o comisión sobre dichos honorarios (representación). En este caso, la prueba del acuerdo fue un contrato suscrito por los investigados, contrato que cuenta con sello notarial de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá (prueba directa).

**(iv) Cartel de las subastas ganaderas**<sup>124</sup>. Se sancionó a 16 subastas ganaderas del país y a su agremiación **ASOSUBASTAS**, por incurrir en un acuerdo de precios para la fijación de la comisión que deberían cobrar a los compradores de ganado. En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó su decisión en diferentes pruebas documentales, entre las que se destaca un Acta de Asamblea General de **ASOSUBASTAS** en la que se consignó el acuerdo de precios sancionado (prueba directa).

Como puede advertirse, en estos casos los acuerdos cartelistas restrictivos de la competencia se demuestran con pruebas directas, como por ejemplo, la confesión de uno o varios cartelistas, correos electrónicos, mensajes de *WhatsApp*, *Facebook*, *Google* o similares, documentos que contienen los acuerdos, como contratos o actas de Asambleas o de Junta Directiva.

La segunda modalidad de acuerdo a la que alude el régimen de protección de la competencia en la definición del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, corresponde al de "*práctica conscientemente paralela*" (o "paralelismo consciente").

En relación con las prácticas conscientemente paralelas para la fijación de precios, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*"(...) 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.*

*Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no pueden ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el combustible en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación de cada estación de*

<sup>121</sup> Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016.

<sup>122</sup> Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

<sup>123</sup> Resolución No. 30300 de 2016 de 2017.

<sup>124</sup> Resolución No. 4191 de 2017.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

*servicio, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto (...)"<sup>125</sup>.*

De esta cita jurisprudencial es posible concluir que, para el Consejo de Estado, la igualdad o la identidad de los precios para un mismo producto en un mismo tiempo y valor, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción, representa un elemento probatorio suficiente para identificar un acuerdo de precios por vía de una práctica conscientemente paralela.

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 periodo 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"<sup>126</sup>, al igual 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 reproche<sup>127</sup>.

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 consciente.

Bajo este contexto, se ha considerado que para poder catalogar un acuerdo anticompetitivo en la modalidad de paralelismo consciente debe encontrarse demostrada la existencia y concurrencia de dos elementos fundamentales<sup>128</sup>: **(i) el paralelismo**, que desde lo económico permite corroborar la existencia de un patrón armónico entre las variables de competencia; y **(ii) el elemento consciente**, que abarca el conjunto de pruebas circunstanciales y de todos aquellos factores indirectos que permiten inferir que el paralelismo es producto de un actuar concertado (factores plus).

En relación con el elemento consciente, la Autoridad de Competencia está llamada a definir la línea que distingue los acuerdos anticompetitivos en la modalidad de paralelismo consciente de la mera concordancia derivada de la interdependencia oligopólica, haciendo un efectivo uso de evidencia indirecta o circunstancial o factores plus.

Al respecto, el profesor **William Kovacic**, experto académico y ex director de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) junto con otros prestigiosos profesores de las

<sup>125</sup> Consejo de Estado. (i) Sentencia del 13 de noviembre de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 2013-00254-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. (ii) Sentencia del 21 de agosto de 2014, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 25000-23-24-000-2002-00909-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

<sup>126</sup> Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009 y 71794 de 2011.

<sup>127</sup> 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 (...)"

<sup>128</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009 y 71794 de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

universidades de Pensilvania, Duke y San Diego tuvieron la oportunidad de estudiar los factores adicionales (o factores plus) en situaciones de cartelización de empresas<sup>129</sup>.

Sobre el particular, manifestaron lo siguiente:

*"Los factores plus son acciones y resultados económicos que van más allá del paralelismo de la conducta de empresas oligopolísticas, que son en gran parte inconsistentes con conductas unilaterales, pero en gran parte consistentes con una acción explícitamente coordinada"*<sup>130</sup>.

Así, la doctrina especializada mencionada señala la existencia de un consenso entre varios académicos expertos en la materia, que concluyen que en el tipo de conductas de paralelismo consciente, existen al menos una serie de criterios líderes que pueden constituir factores plus relevantes a efectos de caracterizar completamente dicha conducta.

Estos entre otros, son:

- Acciones contrarias al interés de cada investigado, a menos que el análisis se hiciera bajo la premisa de que los investigados actuaran bajo una unidad de propósito o plan estratégico para afectar la libre competencia.
- Resultados económicos que solamente pudiesen ser explicados como producto de una acción concertada en el mercado por parte de los investigados.
- Ausencia de una razón comercial legítima y plausible para realizar la conducta analizada, tal y como podrían ser el llevar a cabo ciertas comunicaciones entre rivales o mantener un ambiente de permanente cooperación y colegaje, o la presentación de razonamientos artificiales para justificar ciertas conductas llevadas a cabo por los investigados<sup>131</sup>.

Incluso, se han identificado algunos factores "*super plus*" que corresponden con acciones o conductas que es muy poco probable que ocurran en ausencia de un acuerdo colusorio. Según Kovacic, estos factores son los siguientes:

- (i) las cuotas de mercado, los clientes o el dominio geográfico se mantienen estables aun cuando las empresas tienen un exceso de capacidad y los precios y las ganancias están aumentando;
- (ii) las empresas tienen conocimiento de los detalles de las transacciones y de los datos de producción, ventas y/o inventarios de las otras empresas competidoras;
- (iii) las empresas realizan transacciones entre ellas –como transferencias de recursos– que carecen en gran medida de motivaciones productivas no colusorias; entre otras<sup>132</sup>.

Del mismo modo, el mencionado autor advierte que existen aspectos propiciadores o facilitadores de acciones colusorias, tales como tener antecedentes sancionatorios, evidencia de que las empresas tienen la oportunidad de comunicarse entre sí, y características de la industria como la transparencia del mercado. Así, estos elementos permiten conducir a una coordinación exitosa<sup>133</sup>.

Teniendo en cuenta que la presente actuación administrativa busca establecer si las empresas investigadas infringieron el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al incurrir en un acuerdo de fijación de los precios del cemento gris Portland tipo 1 en Colombia en la modalidad de paralelismo consciente, a continuación el Despacho presenta los análisis y evidencias que permiten

<sup>129</sup> KOVACIC, William E., *et al. Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. 2011. Pág. 18. Disponible en: <http://capcp.psu.edu/papers/2011/plusfactors.pdf>.

<sup>130</sup> KOVACIC, William E., *et al. Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. 2011. Pág. 18. Disponible en: <http://capcp.psu.edu/papers/2011/plusfactors.pdf>. Pág. 1.

<sup>131</sup> *Ibidem*. Pág. 18.

<sup>132</sup> *Ibidem*. Pág. 50.

<sup>133</sup> *Ibidem*. Págs. 17 y 18.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

concluir que en el presente caso efectivamente se verifican a cabalidad cada uno de estos elementos, ello es, el paralelismo y el elemento consciente.

#### 7.6.2.2.1. Paralelismo

En relación con el paralelismo, la Superintendencia de Industria y Comercio ha dispuesto que hace referencia a aquellas "(...) situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en las cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos (...)"<sup>134</sup>. En este mismo sentido, esta Autoridad de Competencia ha aclarado que "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"<sup>135</sup>.

En este orden de ideas, habrá paralelismo cuando la conducta de los agentes económicos muestre un patrón armónico de comportamiento, no necesariamente idéntico, en relación con las variables de competencia. El paralelismo podrá predicarse específicamente de los precios cuando dos o más agentes económicos de un determinado mercado, de manera estratégica, oferten sus productos y/o servicios a precios que muestren comportamientos y variaciones armónicas durante un determinado periodo de tiempo.

En este punto vale la pena poner de presente que **HOLCIM** argumentó en su defensa, que la definición de paralelismo de precios contenida en la ley resulta inconstitucional dentro del derecho administrativo sancionatorio, toda vez que aún no existe consenso entre los profesionales de la economía sobre dicho concepto y, por lo tanto, su aplicación y entendimiento depende del operador económico que lo interprete.

Sobre el particular este Despacho reitera la posición expresada por la Delegatura en el Informe Motivado, en cuanto a que las prácticas de fijación de precios concretadas en la modalidad de paralelismo consciente hacen parte del régimen general de protección de la libre competencia económica y, por consiguiente, deben ser "leídas, interpretadas y aplicadas, en relación con el subsistema normativo al que pertenecen", en concordancia con lo dispuesto por la Sentencia C-032 de 2017 de la Corte Constitucional<sup>136</sup>.

Adicionalmente, en esta modalidad de conducta anticompetitiva concurren los elementos necesarios para satisfacer los principios de tipicidad y legalidad que exige el derecho administrativo sancionatorio (los cuales fueron reiterados en la misma Sentencia C-032 de 2017), esto es: (i) que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa; (ii) que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley; y (iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción<sup>137</sup>.

Lo anterior, en el marco de la siguiente aclaración:

*"(...) De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que 'las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica'"*<sup>138</sup>.

Por otra parte, aun si en gracia de discusión se aceptase que no existe consenso entre los profesionales de la economía en relación con el paralelismo de precios, se recuerda que ante indeterminaciones de tal naturaleza los investigados cuentan con diversos escenarios que obran en garantía de su derecho de defensa y de su derecho al debido proceso:

<sup>134</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009 y 71794 de 2011.

<sup>135</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 51694 de 2008 y 4946 de 2009.

<sup>136</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 25 de enero de 2017. Expediente D-11430. MP: Alberto Rojas Ríos.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> Ibidem. En referencia a: "Sentencia C-242 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo, consideración jurídica No. 3.1.3., usando como precedente la Sentencia C-406 de 2004 y como intertextos las sentencias C-921 de 2001, C-099 de 2003 y C-343 de 2006".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**"(...) el de los recursos y mecanismos de defensa durante el trámite de la actuación administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, constituido por las normas que integran el "régimen general de la competencia"; el de los recursos y medios de control previstos para la actuación judicial ante los órganos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, regulados por la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que incluso prevé la posibilidad de decretar medidas cautelares; y el escenario de la jurisdicción constitucional, que establece la procedencia de la acción de tutela, cuandoquiera que el derecho fundamental al debido proceso en cualquiera de sus distintas modalidades (incluyendo la violación eventual de los principios de legalidad y tipicidad), haya sido vulnerado por la Superintendencia de Industria y Comercio o por los jueces y tribunales de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo"**<sup>139</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Finalmente, se pone de presente que la Superintendencia de Industria y Comercio no es la autoridad encargada de definir la constitucionalidad de un precepto normativo, ya que, por mandato del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, esta facultad le concierne exclusivamente a la Corte Constitucional. Además, tampoco resulta procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por parte de esta Superintendencia, ya que: (i) los pronunciamientos de la Corte Constitucional antes citados permiten inferir la consistencia del paralelismo de precios con el régimen colombiano de protección de la de libre competencia económica y con la Constitución Nacional; (ii) existen pronunciamientos del Consejo de Estado en relación con el paralelismo de precios que avalan su aplicación; y (iii) existen pronunciamientos de esta misma Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la forma como deben concebirse e interpretarse los acuerdos de precios en la modalidad de paralelismo consciente, que han permitido construir doctrina y precedente sobre este tema en particular.

• **Sobre la existencia del paralelismo de los precios ex fábrica promedio ponderados de cemento gris Pórtland tipo 1 de ARGOS, CEMEX y HOLCIM durante el periodo investigado**

Para realizar una primera aproximación al comportamiento de los precios establecidos por las investigadas, se consideró pertinente construir los precios ex fábrica promedio mensuales ponderados por el volumen de venta. El Despacho considera que dichos precios son los adecuados para analizar la dinámica de tal variable (precios) entre las empresas investigadas, por varias razones: (i) los precios ex fábrica no tienen en cuenta cargos adicionales que no dependen de las empresas, tales como fletes (que son fijados por terceros) e IVA (impuesto sobre el cual no tienen ninguna injerencia); (ii) los promedios ponderados tienen en cuenta el efecto que sobre el precio final tienen las cantidades vendidas a cada cliente, entre otras razones por las diferencias en el poder de negociación que tiene cada uno de ellos; y (iii) el carácter nacional, toda vez que el mercado afectado y la conducta observada tuvo alcance nacional.

En este punto es importante resaltar que varios de los investigados coinciden con la selección metodológica de la Superintendencia de Industria y Comercio. En efecto, en el estudio "*El mercado de cemento en Colombia, 2010 – 2012*"<sup>140</sup>, aportado por ARGOS con los descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, se señaló expresamente que "*el análisis de precios para el agregado nacional debería hacerse usando un promedio ponderado que incorporara las ventas en volumen realizadas por cada empresa a los diferentes mercados regionales, en lugar de usar un promedio simple, como lo hizo la SIC.*"<sup>141</sup>.

De otra parte, CEMEX indicó en sus descargos a la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos 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*"<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Ibidem.

<sup>140</sup> Elaborado por Mauricio Reina y Sandra Paola Oviedo Ariza, 7 de octubre de 2013, folios 3197 a 3388 de los Cuadernos Reservados No. 2 y 3 de ARGOS del Expediente.

<sup>141</sup> Ibidem. Folio 3247.

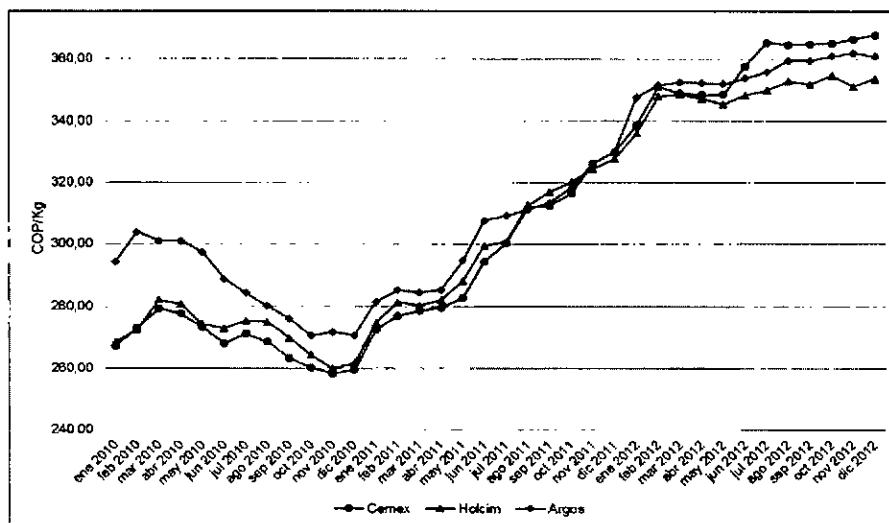
<sup>142</sup> Folios 1030 a 1050 del Cuaderno Reservado No. 2 de CEMEX del Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Quedando claro que los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales son los correctos para determinar si existió o no paralelismo de precios en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia, en la siguiente gráfica se presenta la evolución que han tenido dichos precios para cada uno de los investigados en el periodo de análisis.

**Gráfica No. 6. Evolución de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012**

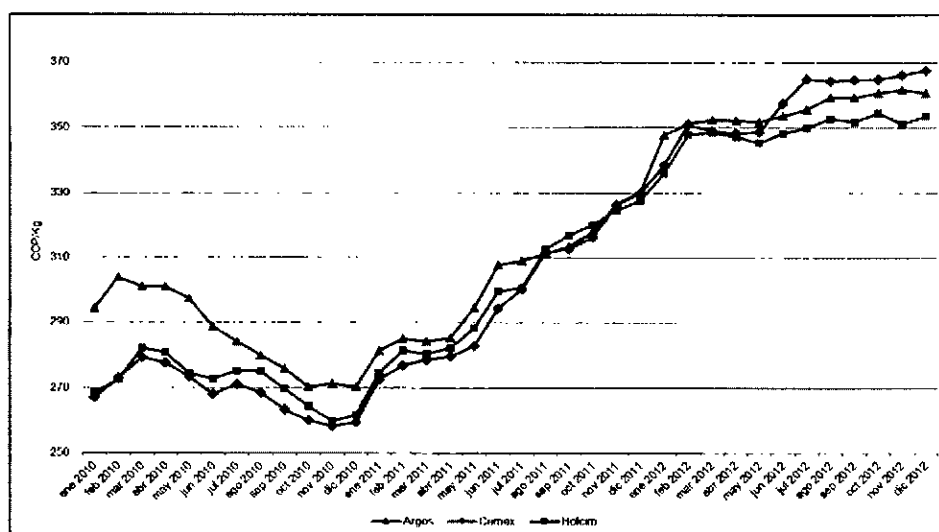


Fuente: Folios 6251 Cuaderno Reservado No. 11 de **HOLCIM**, 6278 Cuaderno Reservado No. 5 de **ARGOS** y 6280 Cuaderno Reservado No. 2 de **CEMEX** del Expediente.

Como se observa en la gráfica anterior, los precios analizados 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.

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 Pórtland 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 periodo investigado, en la cual es posible observar la misma dinámica descrita anteriormente para el total del mercado.

**Gráfica No. 7. Evolución de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional en los segmentos representativos de cemento gris Pórtland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012**



Fuente: Folios 6251 Cuaderno Reservado No. 11 de **HOLCIM**, 6278 Cuaderno Reservado No. 5 de **ARGOS** y 6280 Cuaderno Reservado No. 2 de **CEMEX** del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Expuesto lo anterior y reconociendo que el análisis gráfico es solo una de las distintas herramientas disponibles para examinar de forma general la dinámica de los precios de las investigadas, el Despacho encontró pertinente realizar un ejercicio estadístico que le permitiera evaluar el grado de asociación de los precios para cuantificar la sincronía en el comportamiento de los mismos, para lo cual calculó los coeficientes de correlación de Pearson entre los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 de las investigadas entre enero de 2010 y diciembre de 2012, para el total del mercado y para los segmentos representativos.

El coeficiente de correlación consiste en analizar estadísticamente la asociación entre dos variables, es decir, determinar si los cambios en una de las variables influyen en los cambios de la otra. El coeficiente toma valores entre -1 y 1, en donde -1 representa una relación perfecta completamente opuesta entre los cambios de las variables, y 1 representa una relación directa perfecta en dichos cambios<sup>143</sup>.

Las siguientes tablas presentan tales correlaciones:

**Tabla No. 10. Correlaciones entre los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 del total del mercado (izquierda) y de los segmentos representativos (derecha) entre enero de 2010 y diciembre de 2012**

Total	Argos	Cemex	Holcim	Representativos	Argos	Cemex	Holcim
Argos	1			Argos	1		
Cemex	0,9821***	1		Cemex	0,9818***	1	
Holcim	0,9769***	0,9950***	1	Holcim	0,9766***	0,9950***	1

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

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.

De los resultados obtenidos es posible concluir que los precios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** 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. Lo anterior quiere decir que los cambios en los precios de una de las empresas analizadas, influye directamente en los cambios en los precios de las otras dos. Por ejemplo, las variaciones en los precios de **CEMEX** inciden en los cambios de los precios de **ARGOS** y **HOLCIM** de manera casi perfecta. Esto mismo podría predicarse de todas las combinaciones de pares de empresas (**ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**).

Vale la pena resaltar que las series de precios aquí analizadas tienen principalmente dos componentes: el componente tendencial y el componente cíclico<sup>144</sup>. El componente tendencial, propio de la descomposición del análisis clásico de una serie de tiempo, del que se predica recoge la evolución de largo plazo de la variable, lo que, en el presente caso, al tratarse de precios, recoge factores estructurales del mercado que afectan su comportamiento. Por su parte, el componente cíclico corresponde a aquellas oscilaciones de la variable analizada en el corto plazo, que en el caso acá expuesto se explican por factores circunstanciales de mercado y las decisiones de las empresas en un horizonte de tiempo limitado<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> Para mayor detalle ver: Wooldridge, J. (2013), *Introductory Econometrics, A Modern Approach*, South-Western Cengage Learning, 5ta edición, Apéndice 2, Pág. 739.

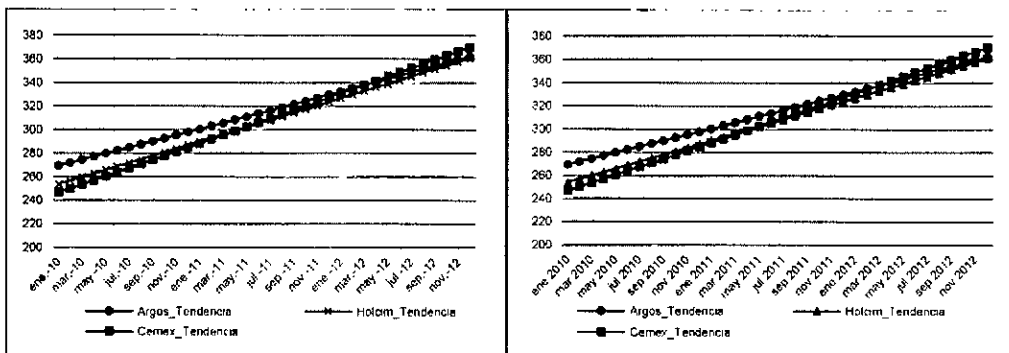
<sup>144</sup> Para una explicación detallada de este argumento ver: "A First Course on Time Series Analysis, Examples with SAS.", Departamento de Estadística, Universidad de Würzburg, Alemania, 20 de marzo 20 de 2011. Disponible en: [http://www.statistik-mathematik.uni-wuerzburg.de/fileadmin/10040800/user\\_upload/time\\_series/the\\_book/2011-March-01-times.pdf](http://www.statistik-mathematik.uni-wuerzburg.de/fileadmin/10040800/user_upload/time_series/the_book/2011-March-01-times.pdf)

<sup>145</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática (2006). *Glosario Básico de Términos Estadísticos*, Lima Perú. Disponible en [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib0900/Libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0900/Libro.pdf).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Bajo este supuesto, este Despacho utilizó el filtro de Hodrick- Prescott<sup>146</sup> para separar los citados componentes, y una vez se obtuvieron los resultados se graficaron las series obtenidas, los cuales se muestran a continuación.

**Gráfica No. 8. Componentes tendenciales de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales del cemento gris Pórtland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012 - total nacional (izquierda) y segmentos representativos (derecha) -**

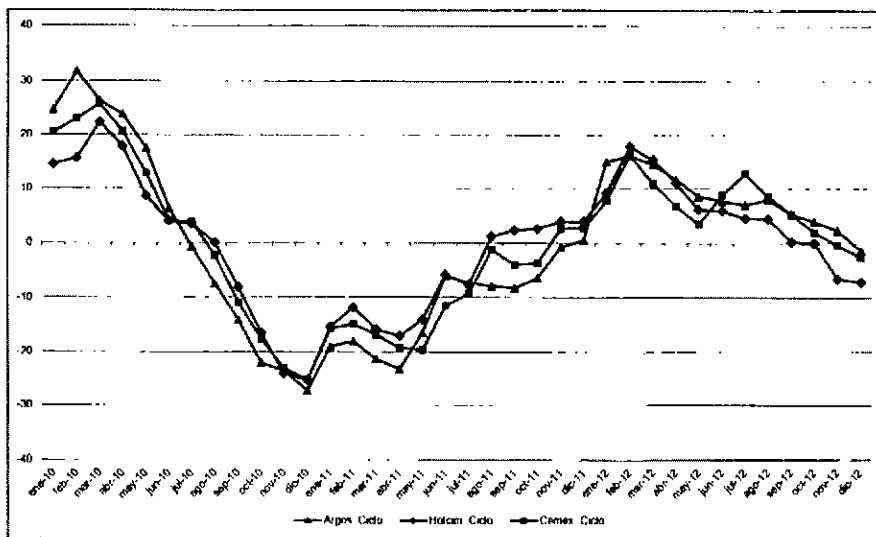


Fuente: Folios 6251 Cuaderno Reservado No. 11 de **HOLCIM**, 6278 Cuaderno Reservado No. 5 de **ARGOS** y 6280 Cuaderno Reservado No. 2 de **CEMEX**.

Las gráficas anteriores muestran un comportamiento similar, con una tendencia creciente, en los componentes tendenciales de los precios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, tanto para el total nacional como para los segmentos representativos. Sin embargo, como se indicó anteriormente, este componente incluye el efecto que tienen aquellos factores en los que no pueden incidir las empresas en el corto plazo y, por tal razón, no es indicativo de las decisiones de las mismas.

Así, teniendo en cuenta que como se indicó, el componente cíclico es el que recoge la variación de la serie en el corto plazo, queda claro para el Despacho que, de los dos componentes de la serie anteriormente analizados, el cíclico es el que mejor explica la interacción de los agentes económicos en cada momento del tiempo, cuando se refiere a la evolución de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1. Filtrado el componente cíclico señalado, se graficaron las series obtenidas y se calcularon los respectivos índices de correlación de Pearson para complementar el análisis descriptivo desarrollado a propósito de la evaluación de la presencia o no del paralelismo de precios.

**Gráfica No. 9. Componente cíclico de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012**

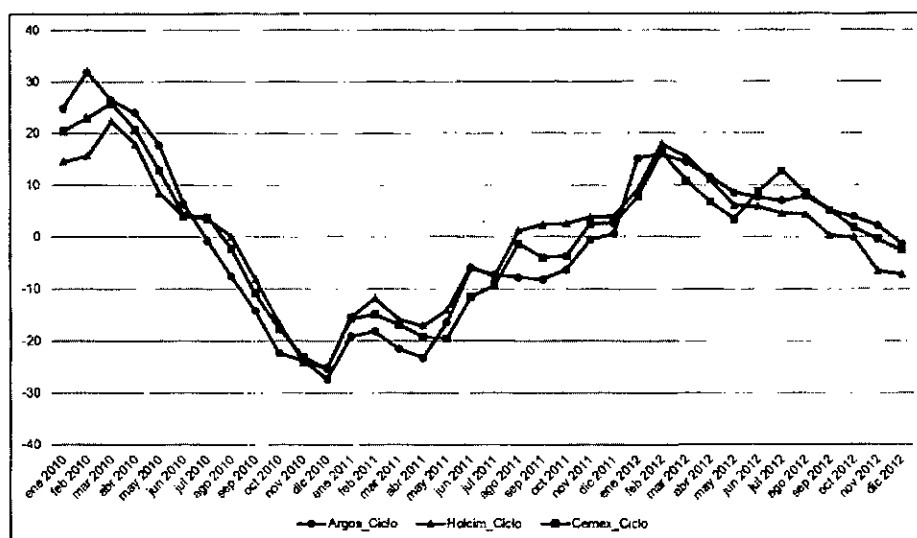


Fuente: Folios 6251 Cuaderno Reservado No. 11 de **HOLCIM**, 6278 Cuaderno Reservado No. 5 de **ARGOS** y 6280 Cuaderno Reservado No. 2 de **CEMEX**. Cálculos: Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>146</sup> Hodrick, R. y Prescott E.C. (1997) Postwar US Business Cycles: An Empirical Investigation. Journal of Money, Credit and Banking No. 29. Págs. 1-16. Siguiendo rigurosamente la metodología señalada por los autores, se tomó un factor  $\lambda = 14400$ .

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**Gráfica No. 10. Componente cíclico de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales en los segmentos representativos a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012**



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

Como se concluye de la lectura de las gráficas anteriores, la evolución de los componentes cíclicos de los precios de las investigadas para el total del mercado y para los segmentos representativos también presenta una dinámica sincronizada que da cuenta del paralelismo, esto es, teniendo en cuenta que el componente cíclico explica el comportamiento de las firmas en el corto plazo, para este Despacho es aún más sorprendente que, una vez eliminado todo aquello que no depende ni de decisiones inmediatas de las compañías, ni de eventos coyunturales del mercado, el comportamiento de los mismos sea paralelo.

No obstante, a efectos de constatar este resultado, las siguientes tablas presentan las correlaciones entre los componentes cíclicos.

**Tabla No. 11. Correlaciones entre los componentes cíclicos de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 del total del mercado (izquierda) y de los segmentos representativos (derecha) entre enero de 2010 y diciembre de 2012**

Total	Argos_C	Cemex_C	Holcim_C	Representativos	Argos_C	Cemex_C	Holcim_C
Argos_C	1			Argos_C	1		
Cemex_C	0,9723***	1		Cemex_C	0,9722***	1	
Holcim_C	0,9359***	0,9596***	1	Holcim_C	0,9361***	0,9597***	1

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

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.

Del ejercicio anterior se desprende que, aun teniendo en cuenta únicamente aquel componente de los precios que estima la evolución de la variable atribuida a aquellos factores en los que pueden incidir las empresas en el corto plazo, el grado de asociación entre cada uno de los componentes sigue siendo alto, con valores superiores a 0,9 para todos los pares de precios de las investigadas, tanto en la totalidad del mercado como cuando se analizan únicamente sus segmentos representativos.

Con base en los ejercicios anteriores, y una vez aplicadas distintas metodologías de tipo cualitativo y cuantitativo a efectos de entender la evolución de los precios sometidos a revisión, este Despacho concluye que existe evidencia suficiente que demuestra el paralelismo en las series de precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1, tanto del total de mercado como de los segmentos representativos de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** a lo largo del período investigado, esto es, entre enero de 2010 y diciembre de 2012.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

• **Conclusiones sobre la existencia del paralelismo en los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1**

- ✓ El ejercicio gráfico muestra un comportamiento armónico entre las series de precios ex fábrica promedio ponderados mensuales a nivel nacional de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** para el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012.
- ✓ Las correlaciones de Pearson entre pares de precios ex fábrica promedio ponderados mensuales de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** son muy cercanas a 1, lo que indica un grado de asociación directo, casi perfecto, entre los mismos.
- ✓ Al descomponer las series de precios de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** en sus componentes tendencial y cíclico, se observa que este último, que es el que recoge las decisiones de corto plazo de las empresas, muestra un comportamiento sincrónico para las tres (3) empresas investigadas.
- ✓ Las correlaciones de Pearson entre pares de los componentes cíclicos de los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** también son muy cercanas a 1, lo que indica un grado de asociación directo, casi perfecto, entre los mismos.
- ✓ Todas las conclusiones anteriores se mantienen cuando los ejercicios se realizan sin incluir el segmento industrial, es decir, utilizando precios en los segmentos mayorista, detallista y constructor.
- ✓ Por todo lo anterior, este Despacho concluye que está plenamente probada la existencia del paralelismo en los precios ex fábrica promedio ponderados mensuales para el total nacional y en los segmentos representativos.

**7.6.2.2. Sobre las explicaciones ofrecidas por los investigados de sus mecanismos de fijación de precios**

Como fue mostrado en la sección anterior de la presente Resolución, está plenamente acreditada la existencia del paralelismo de precios ex fábrica promedio ponderados del cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional entre **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, tal y como se imputó en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

Partiendo de lo anterior, considera el Despacho que el ejercicio que debe abordarse a continuación, consiste en contrastar con las pruebas del Expediente y la evidencia económica disponible, si las explicaciones ofrecidas por los investigados **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** para justificar la existencia de dicho paralelismo son efectivamente ciertas y se encuentran probadas en la actuación administrativa o, si por el contrario, la coartada ofrecida por ellos no se corresponde con la realidad o es desvirtuada por otros medios de prueba.

En este punto es preciso señalar, que el simple hecho de que las explicaciones de los investigados no hayan sido probadas por ellos, o que resulten contrarias a otras pruebas de la actuación o a la evidencia económica disponible, constituye un aspecto que debe ser valorado por el Despacho, pues es claramente significativo que ante un paralelismo como el observado en el periodo investigado, los investigados no hubieran podido ofrecer una explicación económicamente razonable sobre la forma como se fijan los precios en las compañías investigadas, o lo que es lo mismo, habiéndola ofrecido resulte desvirtuada por las pruebas del Expediente.

Para el efecto, el Despacho considera necesario evaluar las pruebas aportadas y los argumentos dados por los investigados para justificar el mecanismo de fijación de precios de cada una de ellos, relacionadas con el Comité de Precios de **ARGOS**, el libro azul de **HOLCIM**, así como argumentos sobre incrementos en costos y expansión de demanda.

Así, el Despacho procede a continuación a evaluar estos argumentos de defensa, no sin antes advertir de entrada, que dichos alegatos de ninguna manera desvirtúan el comportamiento paralelo probado por esta Entidad, sino que, parten por reconocer el comportamiento paralelo de los precios, así como su tendencia al alza y centran su esfuerzo en intentar justificar o explicar, sin éxito valga decirlo, el aumento de los mismos.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De igual manera es preciso advertir que si bien en la presente actuación administrativa se ha indicado que, por la evidencia que reposa en el Expediente y el análisis económico realizado a partir de esta, el mercado afectado es nacional, en gracia de discusión y a efectos de controvertir los argumentos presentados por las investigadas, en adelante el Despacho ha considerado pertinente realizar un ejercicio departamental para mostrar que bajo ninguna circunstancia los precios fijados a través de los mecanismos señalados por los investigados explican de forma alguna la dinámica de precios observada en el mercado.

• **Sobre el Comité de Precios de ARGOS como mecanismo que explica la fijación de precios**

**ARGOS** argumentó que sus precios son fijados en un Comité de Precios y que los incrementos están justificados por el crecimiento de la demanda y aumentos en los costos de energía y fletes.

Al respecto, este Despacho pudo constatar que los cambios en precios ex fábrica efectivamente cobrados por **ARGOS** no estuvieron soportados por las decisiones del Comité de Precios. Además, el Despacho encontró que existen marcadas diferencias en las magnitudes, variaciones y frecuencias con que se efectuaron las modificaciones.

En efecto, de las actas existentes en el Expediente del Comité de Precios de **ARGOS**, se evidencia la frecuencia con la que se reunió dicho Comité y las decisiones que allí se tomaron. Frente a este punto, 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 Pórtland 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.

A continuación se relacionan las actas, la fecha en la que se llevó a cabo el Comité y la fecha a partir de la cual entra en vigencia el ajuste de precios.

**Tabla No. 12. Lista de actas del Comité de Precios de ARGOS y fecha de vigencia de lo aprobado en esta instancia**

ACTA COMITÉ DE PRECIOS	FECHA DEL ACTA	FECHA VIGENCIA*
Acta No. 15	23 de diciembre de 2009	11 de enero de 2010
Acta No. 17	14 de diciembre de 2010	3 de enero 2011
Acta No. 18	12 de mayo de 2011	16 de mayo de 2011
Acta No. 19	13 de diciembre de 2011	26 de diciembre de 2011
Acta No. 20	5 de junio de 2012	15 de junio de 2012

\*Fecha de vigencia para los precios del segmento masivo

Fuente: folios 3133 a 3171 del Cuaderno Reservado No. 2 de **ARGOS** del Expediente.

A partir de la información obrante en el Expediente, este Despacho realizó un ejercicio comparativo entre los precios ex fábrica incluidos en la última columna de los anexos de las Actas No. 17, 18, 19 y 20 del Comité de Precios de **ARGOS**, los cuales son precios sin descuento del segmento respectivo (mayorista, detallista y constructor), sin IVA y sin flete por toneladas, tal y como se reportaron y consignaron en las referidas actas (precios estimados) y los precios ex fábrica efectivamente cobrados por **ARGOS** en el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 durante el periodo investigado<sup>147</sup> (precios cobrados), reportados por ellos mismos<sup>148</sup>.

En este sentido, el Acta No. 17 del 14 de diciembre de 2010, estableció que: "en razón a lo anterior, el Dr. Juan David Uribe propone un incremento del 6% en los precios de cemento y concreto", incremento que sería la "base de cálculo de descuentos aplicables según tipo de cliente" y que comenzaría a regir "tanto para el negocio masivo como para el industrial el 3 de enero de 2011(...)".

<sup>147</sup> Folio 6251 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

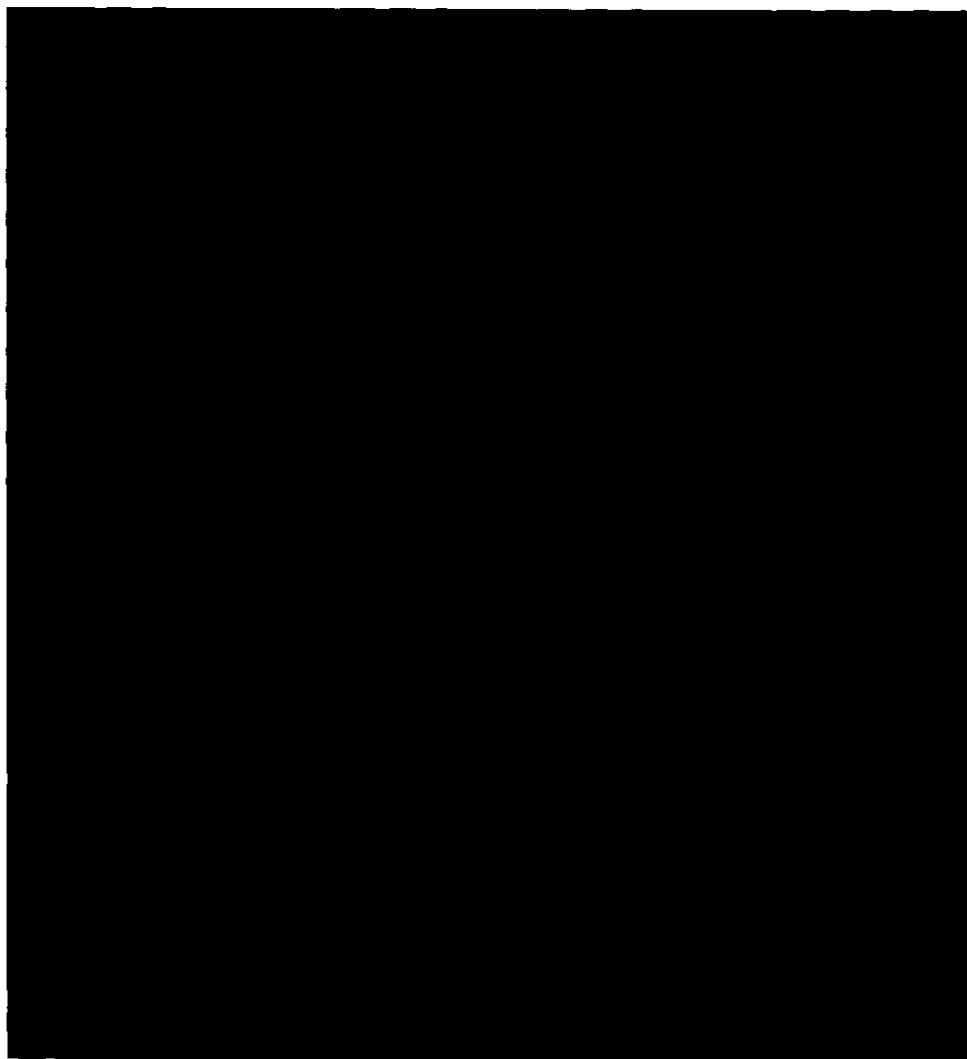
<sup>148</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Al respecto, el Despacho encontró, como se observa en la Tabla No. 13, que, en enero de 2010, mes en el que supuestamente comenzaban a regir los cambios de precios establecidos por el Comité de acuerdo con el Acta No. 17, los precios cobrados en el segmento mayorista, que se encuentran subrayados en la tabla en mención, estuvieron por encima de los establecidos en el Acta No. 17 del Comité de Precios. Lo anterior, ocurre en 13 de los 25 departamentos donde hay venta de producto por parte de la investigada. Significa lo anterior que la justificación de ARGOS según la cual los precios se explican por las decisiones del Comité de Precios es, por lo menos, contraria a la realidad observada en el mercado.

Adicionalmente, se observan cambios en los precios cobrados no sustentados por el Comité de Precios de ARGOS, ya que éstos cambiaron nuevamente en febrero, en marzo, en abril y en mayo de 2011, con aumentos importantes en Boyacá, Caldas, Caquetá, Casanare, Cesar, Norte de Santander, Quindío, Risaralda, Santander y Sucre. Así, por ejemplo, se observan incrementos acumulados entre enero y abril del 30,8% en Quindío y 11,3% en Santander.

**Tabla No. 13. Precios ex fábrica segmento mayorista cobrados y precios ex fábrica establecidos mediante el Acta No. 17 para cemento gris Pórtland tipo 1**



Fuente: Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 y 3162 a 3172 del Cuaderno Reservado No. 2 de ARGOS.

Así mismo, en el Acta No. 18 del 12 de mayo de 2011, ARGOS estableció que:

*"En consideración a los argumentos expuestos se considera que es pertinente efectuar un ajuste de precio el cual se sugiere se concrete en un incremento de entre el 8% y el 10% en los segmentos de precios de cemento y concreto (...)"*

Y se estableció la fecha de vigencia del ajuste en los precios:

*"El Comité determinó que estos precios deben entrar a regir para el negocio masivo a partir del 16 de mayo de 2011 y para el negocio industrial a partir del 1° de junio de 2011".*

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Al respecto se evidencia, como se muestra en la Tabla No. 14, que, en el mes de junio, mes a partir del cual se hacía efectivo plenamente el ajuste, ARGOS fijó los precios cobrados, que se encuentran subrayados en la tabla en mención, por encima de los establecidos por el Comité de Precios, en 15 de los 25 departamentos donde la investigada participa con venta del producto. De igual manera se evidencian incrementos por encima del 15% en los departamentos de Arauca, Córdoba, Norte de Santander, Santander y Tolima, incrementos 50% superiores a los establecidos en el Acta.

**Tabla No. 14. Precios ex fábrica segmento mayorista cobrados y precios ex fábrica establecidos mediante el Acta No. 18 para cemento gris Pórtland Tipo 1**



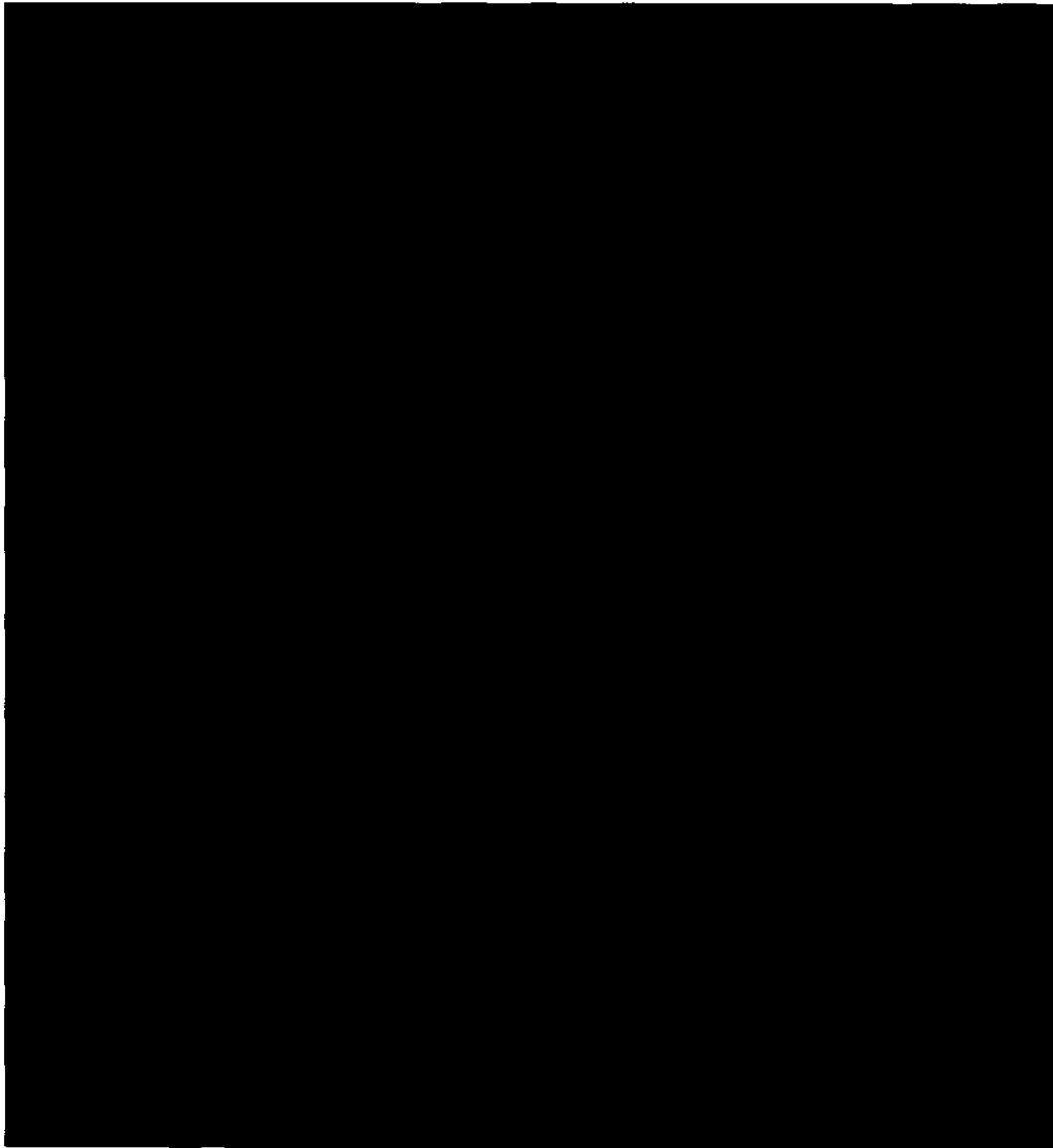
Fuente: Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 y 3150 a 3161 del Cuaderno Reservado No. 2 de ARGOS.

Finalmente, en la sesión del 13 de diciembre de 2011, soportada en el Acta No. 19, se sugirió que: *"En consideración a los argumentos expuestos se considera que es pertinente efectuar un ajuste de precio de 6% al alza", que comenzaría a "regir en el negocio masivo a partir del 26 de diciembre de 2011".*



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**Tabla No. 15. Precios ex fábrica segmento mayorista observados y precios ex fábrica establecidos mediante el Acta No. 19 para cemento gris Pórtland tipo 1**



Fuente: Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 y 3140 a 3149 del Cuaderno Reservado No. 2 de ARGOS del Expediente.

La Tabla No. 15 muestra los precios cobrados entre enero y mayo de 2012, meses en los que, según la frecuencia de sesiones del Comité de Precios, estaban vigentes los precios del Acta 19. Lo anterior, debido a que el Comité de Precios se volvió a reunir en junio de 2012. Al respecto este Despacho encuentra que nuevamente los precios cobrados, que se encuentran subrayados en la tabla en mención, están por encima de los fijados en el Acta No. 19. Lo anterior ocurrió en 20 de los 25 departamentos donde ARGOS participa con venta del producto.

Este 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.

En conclusión, está plenamente probado por este Despacho que ARGOS no fija los precios de acuerdo con lo establecido en el Comité de Precios, lo anterior debido a que: (i) en la mayoría de los departamentos los precios son superiores a los fijados por el Comité de Precios; (ii) los porcentajes de incrementos superan los fijados en las actas durante su vigencia; (iii) se evidencian cambios de precios todos los meses sin que estos hayan sido fijados por el Comité de Precios; y (iv) las cuatro (4) actas existentes no explican todos los cambios observados en los precios durante el periodo investigado.

Por tanto, queda plenamente desvirtuada cualquier comparación con los precios establecidos en el Comité de Precios, toda vez que los precios efectivamente cobrados por ARGOS superaron los

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

incrementos acordados en esta instancia. De esta manera, la coartada o explicación ofrecida por **ARGOS** para justificar el paralelismo de precios queda totalmente desacreditada o desvirtuada. Es importante reiterar que el hecho de que la explicación que **ARGOS** dio no corresponda con la realidad de los precios efectivamente observados, que a su vez son paralelos con los de **CEMEX** y **HOLCIM**, constituye un aspecto objetivo a tener en cuenta en el análisis de responsabilidad.

• **Sobre el "libro azul" como mecanismo que explica la fijación de precios de HOLCIM**

**HOLCIM** afirmó que sus precios de venta, además de ser supuestamente fijados de forma unilateral, independiente, autónoma y acorde con su política comercial, son registrados e incluidos en las comunicaciones del "libro azul" en razón de las garantías aprobadas por la Superintendencia de Industria y Comercio en las Resoluciones No. 34804 y 34805 de 2005.

No obstante lo anterior, este Despacho encuentra, como se relaciona en la Tabla No. 16, que durante el periodo imputado existen tan solo seis (6) registros en el "libro azul" de la investigada, con decisiones de incrementos en precios o reducción de descuentos. Sin embargo, como quedó evidenciado en la gráfica presentada en el capítulo anterior, se observan cambios mensuales en los precios durante todo el periodo investigado, cambios que no corresponden con la frecuencia de lo registrado en el "libro azul" ni justificados por la Dirección Comercial.

**Tabla No. 16. Listado de registros en el "libro azul" de HOLCIM y Fecha de Vigencia de lo allí consignado**

REGISTROS "LIBRO AZUL"	FECHA VIGENCIA
8 de febrero de 2010	9 de febrero 2010
30 de diciembre de 2010	1 de enero de 2011
9 de junio de 2011	13 de junio 2011
4 de agosto de 2011	4 de agosto 2011
11 de enero 2012	18 de enero de 2012
28 de mayo de 2012	31 de mayo de 2012

Fuente: Folios 2247 a 2343 del Cuaderno Reservado No. 8 de **HOLCIM** del Expediente.

Vale la pena resaltar que, de los seis (6) registros resumidos en la tabla anterior, aquellos correspondientes a las fechas del 8 de febrero de 2010 y 4 de agosto de 2011, hacen referencia únicamente a cambios en los porcentajes de descuentos aplicados por zona. Lo anterior, implica que solo cuatro (4) reportes del "libro azul" correspondieron efectivamente a cambios en los precios base de **HOLCIM**.

Por las razones anteriormente expuestas, queda desvirtuado el argumento dado por **HOLCIM** en cuanto a que todos y cada uno de los cambios en precios se encuentran debidamente registrados y justificados en el "libro azul". Como ya se mencionó, es importante reiterar que el hecho de que la explicación que **HOLCIM** dio no corresponda con la realidad de los precios efectivamente observados, no significa que sea la prueba de su participación en el cartel empresarial, pero sí constituye un aspecto objetivo a tener en cuenta en el análisis de responsabilidad.

• **Sobre la contratación de la firma consultora por parte de CEMEX como mecanismo que explica la fijación de precios**

De acuerdo con los argumentos presentados por **CEMEX**, desde 2012, dicha compañía cuenta con el apoyo de la consultora **SIMON-KUCHER & PARTNERS** (en adelante "la consultora"), con el objetivo de establecer estrategias para la fijación de precios por medio de mecanismos transparentes y "con parámetros cuantificables"<sup>149</sup>.

Al respecto, este Despacho acoge lo manifestado por la Delegatura, en cuanto a que el solo hecho de evidenciar que contó con el apoyo de la consultora, sin dar una explicación expresa de la forma como de manera independiente fija sus precios, es decir, sin explicar en ningún momento los criterios, métodos o pautas que determinan dicha estrategia, no responde a cómo **CEMEX** determinó

<sup>149</sup> Folio 1036 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

realmente sus precios durante el periodo investigado. En cualquier caso, queda claro que la consultora fue contratada en 2012 y, por tanto, no puede usarse como coartada para explicar el mecanismo de fijación de precios, ni los incrementos observados en los mismos, ocurridos entre enero de 2010 y la fecha a partir de la cual empezó a contar con los servicios de la referida consultora.

Para el caso particular de 2012, cuando **CEMEX** afirmó ya contar con los servicios de la consultora, la investigada no aportó ninguna prueba de cómo los precios efectivamente cobrados fueron los resultantes del trabajo realizado por la misma.

Por tanto, este Despacho concluye que el argumento dado por **CEMEX** no es satisfactorio ni válido para explicar la forma como fijó los precios en el periodo imputado. Además, no descarta la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, pues, no tiene asidero el considerar que un comportamiento no es colusivo por el solo hecho de recurrir a una consultora contratada en el último mes de los 36 meses objeto de investigación.

Así las cosas, se reitera que la falta de una explicación satisfactoria constituye un elemento de juicio que debe tener en cuenta el Despacho al momento de realizar el análisis de responsabilidad de los investigados.

- **Sobre el aumento en el costo como factor del incremento de los precios de los investigados**

Ahora bien, respecto del argumento dado por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** relacionado con que los aumentos en precios están justificados por el incremento en los costos, este Despacho encuentra que el ligero incremento de los costos no resulta suficiente para explicar el incremento observado en los precios. Lo anterior no implica que el Despacho espere que el aumento en precios sea 100% explicado por el aumento en los costos, en cuanto que reconoce la existencia de otros factores que inciden en el mismo y, además, que la estructura oligopólica del mercado permite a los agentes tener precios por encima de sus costos marginales.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el aumento de los costos fue uno de los principales argumentos presentados por los aquí investigados, a continuación, se realizará un ejercicio para evaluar si tal argumento es de recibo para el Despacho.

En particular, se estimará la ecuación de la recta que representa la tendencia tanto de la serie de costos como de la de precios, y se obtendrá la variación promedio mensual de las mismas para cada uno de los investigados. Posteriormente, se compararán dichas variaciones y se determinará cuánto del incremento en costo podría explicar el aumento observado en los precios.

En general, la ecuación de la recta que representa la tendencia de una serie se expresa de la siguiente manera:

$$y = bt + a$$

Donde  $y$  es el valor de la serie en un momento del tiempo,  $t$  el periodo de tiempo,  $a$  es el intercepto de la serie, es decir, el valor de la serie en el periodo inicial, y  $b$  la pendiente de la ecuación o la razón de cambio, esto es, la forma como varía  $y$  período a período en un escenario de largo plazo.

A continuación, se muestran las gráficas para cada uno de los investigados, de la serie de precios ex fábrica promedios ponderados mensuales nacionales y la de costos totales mensuales ponderados por planta, durante el periodo enero de 2010 a diciembre de 2012, así como la tendencia de cada una de las series y la estimación de la ecuación de dicha recta. En el eje izquierdo se encuentra la escala de la serie de precios y en el eje derecho la escala de los costos. En todos los casos, la variable de interés es  $b$ , pues muestra la variación en pesos que tuvieron los precios periodo a periodo.

En la comparación del incremento de los precios y costos de **ARGOS**, la Gráfica No. 11 muestra que la ecuación lineal que describe el comportamiento de la serie de precios en el largo plazo, está dada por  $P = 2,6507t + 266,33$  y la ecuación de la tendencia de la serie de costos  $C = 0,8565t + 109,19$ . Por tanto, se puede evidenciar que entre enero de 2010 y diciembre de 2012, en su componente de largo plazo, presentaron una variación período a período de 2,65 pesos, mientras

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

los costos apenas 0,86 pesos. Es decir, los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales tuvieron incrementos período a período tres (3) veces mayores al ocurrido con los costos.

Así mismo, se encuentra que los costos representan menos de la mitad, esto es el 40%, de los precios.

**Gráfica No. 11. Serie precios ex fábrica promedio ponderados mensuales y costos totales mensuales ARGOS**

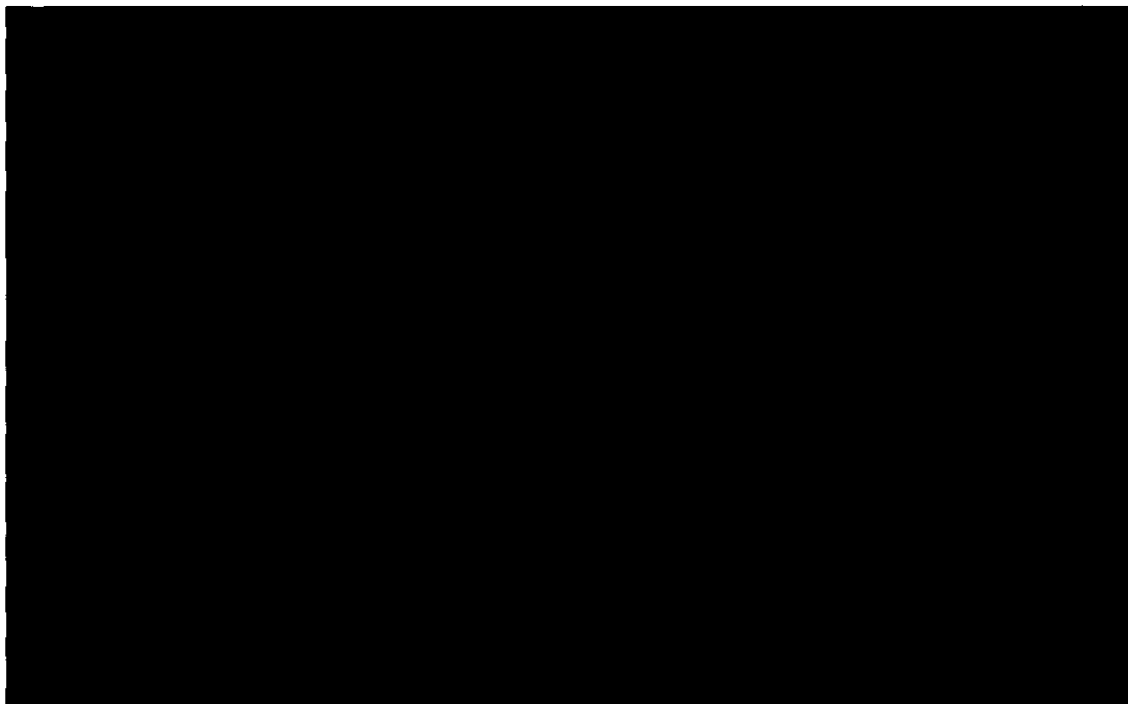


Fuente: Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

En el ejercicio de comparación de **CEMEX**, la Gráfica No. 12 muestra que los precios presentaron una variación periodo a periodo en el componente de largo plazo de 3,55 pesos, mientras que la variación mensual promedio de los costos fue de tan solo 0,53 pesos. Lo anterior evidencia que los precios fijados por la investigada, tuvieron un incremento casi siete (7) veces mayor a lo ocurrido con sus costos. Además, se encuentra que los costos representan tan solo el 29% de los precios ex fábrica promedios ponderados a nivel nacional.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

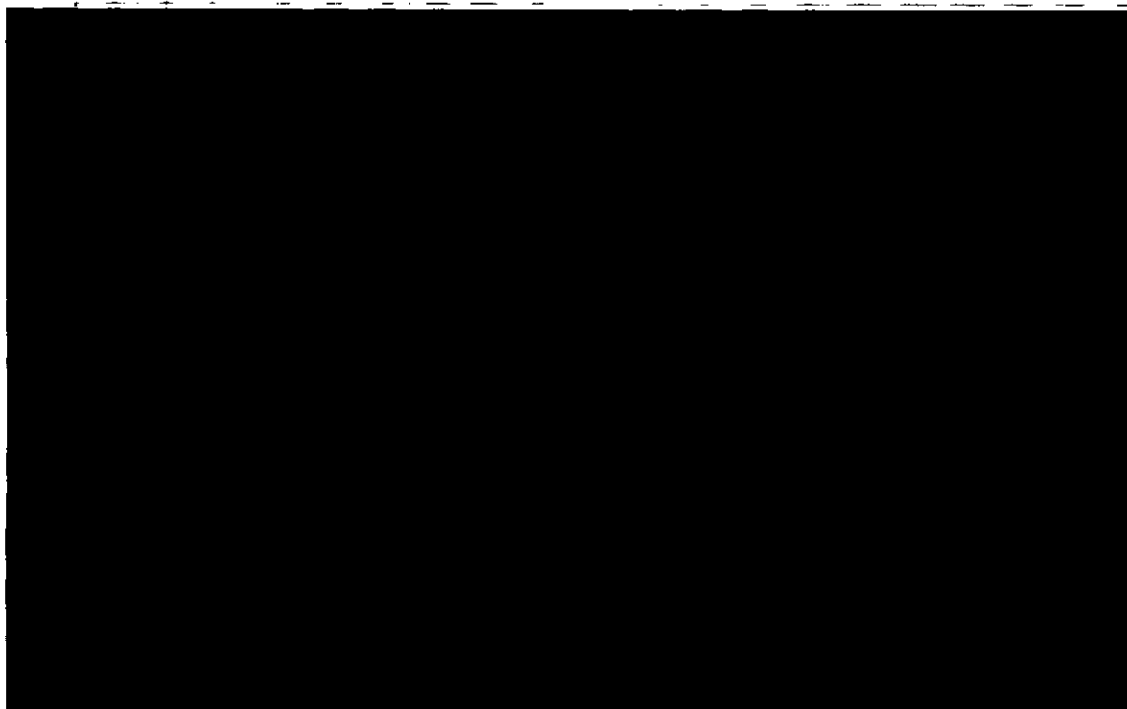
**Gráfica 12. Serie precios promedio ponderados mensuales ex fábrica y costos totales mensuales CEMEX**



Fuente: Folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

En el caso de **HOLCIM**, las series de los precios y los costos, así como la tendencia se muestran en el Gráfica No. 13. En esta se observa que, mientras los costos tendieron a disminuir en el periodo imputado, pues el signo de  $b$  en la ecuación que describe la tendencia es negativo, los precios presentaron una tendencia creciente, con un incremento periodo a periodo de 3,1 pesos. Por tanto, queda probado que la evolución que tuvo la investigada en sus costos no explica el incremento de sus precios. Así mismo, sus costos representan tan solo el 35% de los precios observados durante los tres años analizados.

**Gráfica 13. Serie precios ex fábrica promedio ponderados mensuales y costos totales mensuales de HOLCIM**



Fuente: Folio 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En conclusión, queda demostrado que los costos representan un porcentaje 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.

• **Sobre el crecimiento de la demanda como factor del incremento de los precios de las investigadas**

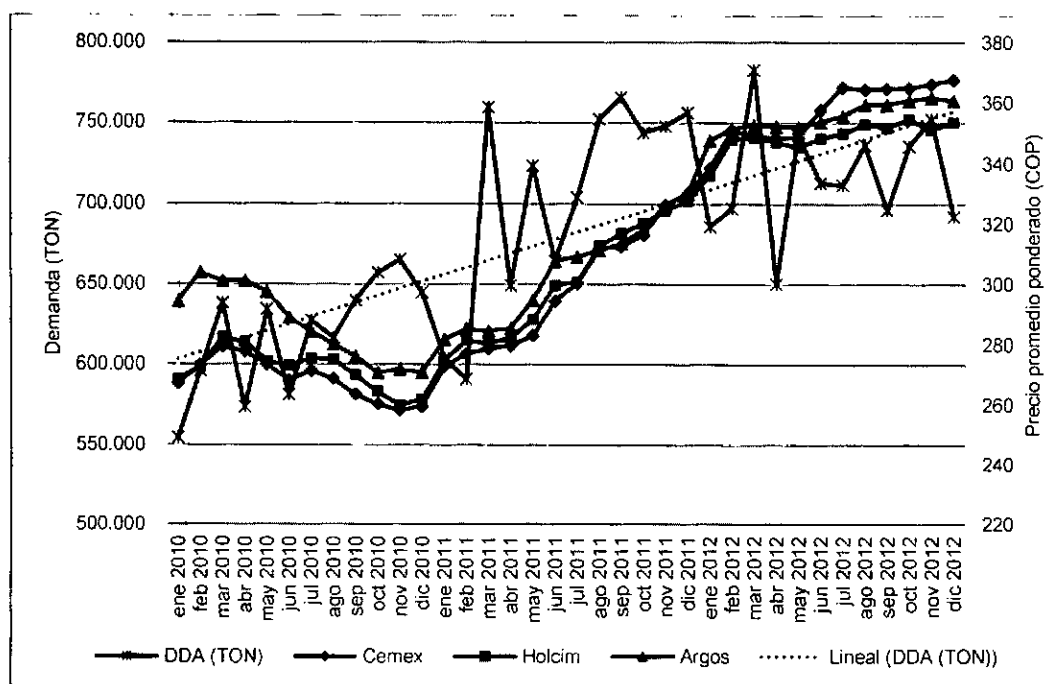
En esta sección se analizará la correspondencia que existe entre la expansión observada en la demanda y los incrementos dados en los precios, que también fue otro de los argumentos recurrentes de los investigados para explicar la formación de sus precios. Para tal fin se usará el volumen de ventas mensuales en kilogramos como una *proxy* de la demanda enfrentada por los investigados durante enero de 2010 y diciembre de 2012.

En la Gráfica No. 14 se muestra la serie de ventas totales y la de los precios ex fábrica promedio ponderados nacionales de cada una de las investigadas. En el eje de la izquierda se miden las ventas y en el de la derecha los precios.

En esta gráfica se observa que, si bien en efecto la demanda tuvo una tendencia creciente, también se observa que los precios tuvieron un incremento mayor durante el periodo analizado. Además, este Despacho encuentra que si bien hay períodos en donde se observan incrementos en la demanda que están asociados a incrementos en los precios de los investigados, también existen periodos donde el comportamiento es totalmente opuesto. Esto es evidente en el periodo comprendido entre julio de 2010 y febrero de 2011, en el cual el comportamiento de los precios de los tres (3) investigados es completamente opuesto al observado en las ventas, es decir, cuando las ventas se incrementan los precios caen y cuando caen las ventas se incrementan los precios. Este mismo comportamiento opuesto es encontrado en el periodo diciembre de 2011 y marzo de 2012.

En términos de la magnitud del incremento, este Despacho encuentra que mientras en 2011 las ventas en promedio se incrementaron en 13,9% respecto del promedio observado en el año 2010, ARGOS, CEMEX y HOLCIM incrementaron los precios en 6%, 11,3% y 10,8% respectivamente. Sin embargo, entre 2011 y 2012, las ventas en promedio solo crecieron el 1,6%, los investigados continuaron incrementando los precios en magnitudes del 16,9%, 19,6% y 16% respectivamente.

**Gráfica No. 14. Demanda mensual de cemento gris Pórtland tipo 1 y precios ex fábrica promedios ponderados mensuales nacionales de ARGOS, CEMEX y HOLCIM**



Fuente: Folio 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5; folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2; folio 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11. Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Por lo señalado anteriormente, este Despacho concluye que los cambios en las ventas totales no corresponden con los incrementos observados en los precios, pues existen periodos donde las ventas caen o aumentan muy poco y, sin embargo, los precios presentan incrementos importantes.

• **Conclusiones sobre las explicaciones respecto de la fijación de precios argumentadas por los investigados**

Teniendo en cuenta el anterior análisis, este Despacho encuentra que los argumentos expuestos por las investigadas resultan insuficientes para explicar los incrementos observados en los precios y el paralelismo en los mismos. Por el contrario, existen serias inconsistencias entre lo afirmado por los investigados y lo probado por este Despacho, especialmente en relación con que, instancias como el Comité de Precios, el "libro azul" o consultoras externas son decisorias de los incrementos en precios al interior de **ARGOS, HOLCIM y CEMEX**, respectivamente.

En cuanto a que el incremento en los costos y la creciente demanda explican el aumento en los precios del cemento gris Pórtland tipo 1, este Despacho encontró que, si bien en algunos periodos de tiempo la dinámica de los precios es parcialmente explicada por estos factores, lo cierto es que en otros periodos los comportamientos de estas variables no presentan una estrecha relación. En conclusión, para este Despacho las explicaciones presentadas por **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** no logran explicar o justificar de manera alguna el comportamiento paralelo se observó respecto de los precios del cemento Pórtland tipo 1 en el periodo aquí investigado.

Este comportamiento de los investigados resulta llamativo para este Despacho, puesto que no solamente no aportan elementos que esclarezcan las preguntas planteadas por esta Entidad, sino que denota la intención de estos tres (3) agentes de mercado de no revelar los verdaderos factores que determinan las variaciones de precios de cemento gris Pórtland tipo 1, elemento que llama poderosamente la atención de este Despacho, si se tiene en cuenta que el cargo por el que se les investiga es precisamente por un paralelismo consciente de precios. Si existieran elementos distintos a la concertación para explicar el proceso de formación de precios, resulta más que sorprende que los aquí investigados **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, no hayan hecho uso del legítimo principio de defensa para exponer claramente una alternativa diferente a la conducta imputada.

Con todo, se trata de un aspecto que deberá ser ponderado durante la valoración que haga el Despacho de la responsabilidad de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, teniendo en consideración que la coartada ofrecida por los aquí investigados y las demás explicaciones dadas para aclarar la formación de sus precios, han resultado no solo insuficientes sino incluso contrarias a las pruebas que obran en el Expediente, por lo que el Despacho no cuenta, a esta altura de la actuación administrativa, con una explicación económicamente razonable sobre el comportamiento de los precios durante el periodo investigado.

**7.6.2.2.3. Marcadores de Harrington**

Una vez probada la existencia del paralelismo de los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** durante el periodo investigado, y en vista de que, como se logró demostrar, los argumentos ofrecidos por los investigados para explicar la manera como cada uno fijaba sus precios en el mercado (esto es, el Comité de Precios para **ARGOS**, el libro azul para **HOLCIM**, y la estructura del mercado y la consultora para **CEMEX**, resulta claramente insuficiente por cuanto la dinámica de sus precios no corresponde en su totalidad a los factores ya mencionados, considera procedente el Despacho, en concordancia con el análisis presentado en el Informe Motivado, evaluar si en la presente investigación se encuentran presentes los marcadores de **Harrington**<sup>150</sup>, en la medida en que como han sido concebidos en la literatura económica relevante, se trata de indicadores de carácter económico que serían señales de la posible existencia de una colusión en el mercado.

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

<sup>150</sup> ., **JOSEPH E HARRINGTON Jr**: Doctor en economía de la Universidad de Duke y Profesor en temas de Organización Industrial y Microeconomía del Departamento de Economía, Negocios y Políticas Públicas de la Escuela de Warthon en la Universidad de Pensilvania. Es miembro de comités editoriales de diversas revistas internacionales en temas de organización industrial y política de libre competencia económica.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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.

En este sentido y de acuerdo con **Harrington**<sup>151</sup>, el análisis económico puede jugar un papel importante como un primer paso en la detección de carteles empresariales a través de un proceso de revisión minuciosa ("*screening*" en su concepción en inglés) de las industrias, con el fin de identificar si el comportamiento observado de las empresas es más factible que se dé en un escenario de colusión frente a un escenario de competencia. Dicho de otra manera, lo que los marcadores de **Harrington** permiten identificar es si un determinado comportamiento de unas empresas en el mercado, por ejemplo, un paralelismo como el observado en los precios del cemento gris Pórtland tipo 1, es mucho más factible que obedezca a una colusión empresarial o, por el contrario, se explique por razones de estructura del mercado.

Si bien los marcadores de **Harrington** se dividen en dos grupos: (i) aquellos relacionados con los precios, y (ii) aquellos relacionados con las cantidades, el Despacho se enfocará en el primer grupo, toda vez que el cartel objeto de la presente investigación hace referencia a un acuerdo de precios en la modalidad de paralelismo consciente.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio considera pertinente analizar los siete (7) marcadores de precios descritos por **Harrington** en el mercado afectado por la conducta AQUÍ investigada, con el fin de realizar una primera aproximación sobre cómo las acciones observadas para un grupo de agentes productores de cemento gris Pórtland tipo 1, en este caso para **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, aumenta la probabilidad de existencia de un acuerdo anticompetitivo en el mismo.

- **Análisis del Despacho en relación con la observación de los marcadores de precios de Harrington en el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1**

**- Marcador 1: Aumentos de precios simultáneos a mayor uniformidad en precios entre consumidores**

El primer marcador de **Harrington** inspirado en casos de cartelización en la Unión Europea<sup>152</sup>, se refiere a que la evidencia económica permite reconocer aumentos de precios acompañados con una mayor uniformidad en los precios entre consumidores. Lo anterior se justifica en la medida en que, entre otros aspectos, en un escenario colusivo o de cartelización, es más probable el establecimiento de un régimen de precios común a los cartelistas que facilita la simplicidad y el monitoreo del cartel empresarial.

Para tal fin, y acogiendo el ejercicio presentado por la Delegatura en el Informe Motivado sobre este punto, se calcularon los coeficientes de variación<sup>153</sup> de los clientes de cada mes.

Es importante señalar que el coeficiente de variación permite hacer una evaluación de qué tan dispersos están los precios entre los clientes de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** en un determinado mes. Un nivel decreciente del señalado coeficiente a través del tiempo es un síntoma de convergencia a un número reducido de precios a cobrar a los consumidores, hecho notoriamente más probable en un escenario de colusión o cartelización empresarial frente a un contrafactual de competencia (no colusión).

La siguiente gráfica presenta la dinámica del coeficiente de variación en los precios cobrados a cada cliente por parte de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** para el periodo investigado.

<sup>151</sup> 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.

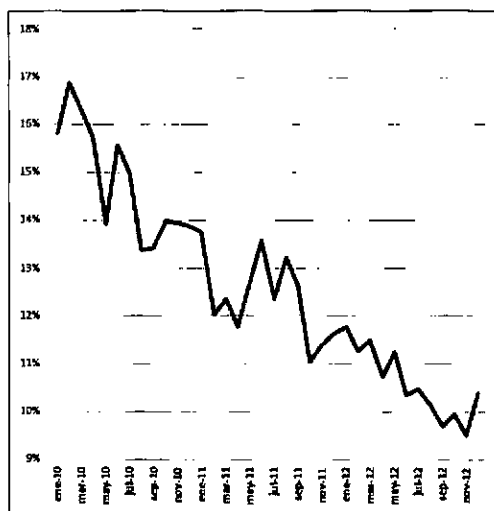
<sup>152</sup> Harrington, J. How Do Cartels Operate?, Johns Hopkins University, Boston, Maryland, 2006.

<sup>153</sup> El coeficiente de variación corresponde a la división entre la desviación estándar de los datos y el promedio de los mismos. Para el presente caso, se calculó el coeficiente de variación por mes haciendo uso de los precios reportados por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** por cliente y por transacción y que reposan en el Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**Gráfica No. 15. Evolución del Coeficiente de Variación de los precios ex fábrica mensuales cobrados a los clientes por ARGOS, CEMEX y HOLCIM a nivel nacional del cemento gris Pórtland tipo 1 entre enero de 2010 y diciembre de 2012**



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.

Al respecto, es posible evidenciar que en el periodo investigado, caracterizado por un aumento significativo en los precios como se describió anteriormente, el coeficiente de variación presentó una tendencia decreciente. Por lo anterior, está acreditada la existencia del primer marcador de Harrington como elemento que hace más probable un escenario de posible colusión o cartelización empresarial.

**- Marcador 2: Aumentos sostenidos en precios precedidos por grandes caídas en los mismos**

El segundo marcador de **Harrington** hace alusión a que aumentos en precios propiciados por la formación de un cartel empresarial, usualmente están precedidos por importantes caídas de precio que podrían deberse a una baja demanda o exceso de capacidad. De acuerdo con **Harrington**, en escenarios de competencia es poco probable que caídas significativas de precios y aumentos súbitos importantes de los mismos sucedan en un periodo corto de años.

Para analizar si esto se evidencia en el presente caso, resulta indispensable contar con argumentos que permitan establecer con certeza que el periodo anterior al investigado corresponde a un periodo de competencia en el mercado, pues precisamente ese periodo fue objeto de sanción en algunos casos y de investigación en otros. Dado que no es posible hacer tal afirmación con total certeza, el Despacho considera inapropiado realizar un ejercicio de comparación entre la dinámica del precio durante el periodo investigado y la correspondiente al periodo inmediatamente anterior.

Por lo anterior, no es posible concluir la existencia de este marcador.

**- Marcador 3: Aumentos en los precios simultáneos a caídas en las importaciones**

El tercer marcador de **Harrington** está asociado a la existencia del principio del "*mercado natural*", según el cual los participantes de un acuerdo cartelista tienden a reducir su oferta en los mercados naturales de sus co-cartelistas y a repartirse la demanda global de aquellos mercados no pertenecientes al mercado natural de alguno de ellos. El resultado daría lugar a marcadas segmentaciones de mercados calificados como naturales desde esta perspectiva. De acuerdo con **Harrington**, en un mercado en competencia se espera que ante aumentos en los precios locales, las importaciones aumenten, en cuanto a que el mercado se vuelve más atractivo para los oferentes, y por tal razón la reducción de importaciones crearía sospechas de la existencia de un acuerdo en el mercado interno.

Teniendo en cuenta que el mercado afectado, como se explicó en la sección correspondiente a la descripción del mismo, corresponde a un mercado de carácter nacional, este marcador no aplica en

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

el presente caso, por cuanto al existir un único "mercado natural" para todas las empresas investigadas, resulta improcedente aplicar el referido marcador.

Hasta acá se reconoce que los tres (3) marcadores descritos se encuentran relacionados con movimientos en los precios. Los cuatro (4) marcadores que a continuación se presentan priorizan la relación entre los niveles de precios de las firmas presentes en el mercado.

**- Marcador 4: Precios de las empresas alta y positivamente correlacionados**

El cuarto marcador de Harrington hace referencia a la existencia misma del paralelismo en precios como una característica que aumenta la probabilidad de existencia de un acuerdo cartelista en un mercado y, por tanto, cuestiona si los precios de las empresas están fuerte y positivamente correlacionados.

Tal y como ha sido mostrado en la presente actuación administrativa, es posible concluir que los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM tienen un alto grado de asociación directa, casi perfecto, 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. Lo anterior quiere decir, que los cambios en los precios de una de las empresas analizadas influyen directamente en los cambios en los precios de las otras dos. Por ejemplo, las variaciones en los precios de CEMEX inciden en los cambios de los precios de ARGOS y HOLCIM de manera casi perfecta. Esto mismo podría predicarse de todas las combinaciones de pares de empresas (ARGOS, CEMEX y HOLCIM).

En definitiva, existe suficiente evidencia que da cuenta de importantes y significativas correlaciones desde el punto de vista estadístico entre los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, toda vez que dichos coeficientes superan niveles de 0,9. Así las cosas, realizado el análisis se concluye que se cumple el cuarto marcador de Harrington en el caso concreto aquí investigado.

Por lo anterior, está acreditada la existencia del cuarto marcador de Harrington como elemento que hace más probable un escenario de posible colusión o cartelización empresarial.

**- Marcador 5: Alto grado de uniformidad entre empresas, tanto en los precios del producto como en otras dimensiones, incluyendo precios por servicios adicionales**

El quinto marcador de Harrington guarda una estrecha relación con el inmediatamente ya expuesto, y establece que, además del hecho de que los precios se comporten paralelamente en el mercado, tal característica podría extenderse a otras variables tales como calidad y precios de servicios auxiliares. De acuerdo con Harrington, aquellos escenarios en los cuales se evidencian comportamientos armónicos y acompasados entre aquellas variables relacionadas con productos conexos al bien en cuestión, darían cuenta de evidencia circunstancial de posibles comportamientos coordinados propios de un cartel empresarial.

En el caso concreto, para la comprobación de este marcador de Harrington, el Despacho no encontró información suficiente que le permitiera validar tales afirmaciones, por lo cual no es posible concluir la existencia de este marcador.

**- Marcador 6: Existencia de cambios estructurales en los precios**

El sexto marcador de Harrington establece que, en el marco de un acuerdo cartelista, los precios sufren cambios estructurales o abruptos que no pueden ser explicados por movimientos en los costos de producción de las empresas o por fluctuaciones de la demanda por el producto. Lo anterior puede presentarse ya sea por periodos de castigo o recompensa o por las diferentes fases que atraviesa el acuerdo colusorio (una primera fase de aproximación al precio de equilibrio y una segunda fase de estabilidad del precio en el nivel óptimo del cartel empresarial).

Para determinar si existieron o no cambios estructurales en la serie de precios durante el periodo aquí investigado, el Despacho procedió a realizar la prueba de raíz unitaria propuesta por Lumsdaine y Papell (1997)<sup>154</sup> que permite encontrar si existen o no uno o varios quiebres estructurales en la

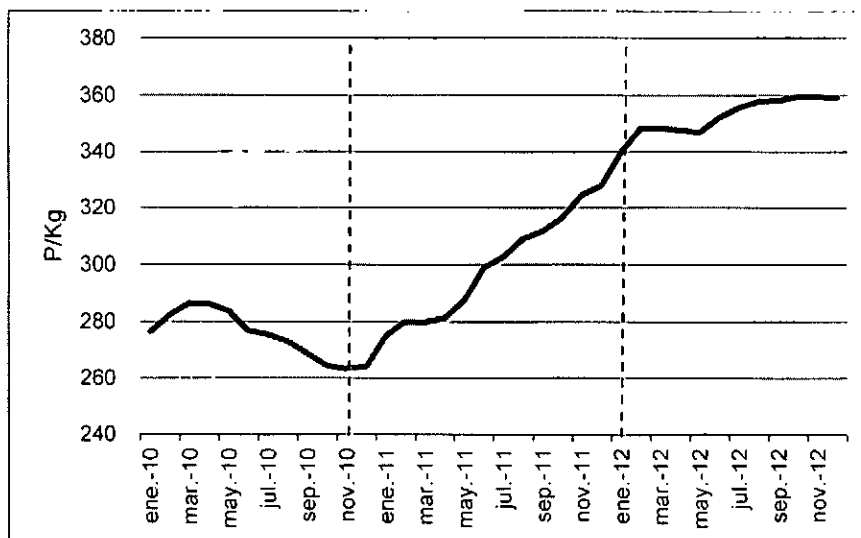
<sup>154</sup> Lumsdaine, R. L. and Papell, D.H. (1997) 'Multiple trend breaks and the unit root hypothesis, Review of Economics and Statistics, 79(2), Págs. 212-18.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

tendencia y en el intercepto de una serie de tiempo y en qué periodos de tiempo suceden dichos cambios abruptos.

La siguiente gráfica presenta los resultados encontrados.

**Gráfica No. 16. Quiebres estructurales en la serie de precios ex fábrica promedios ponderados a nivel nacional para el periodo enero 2010 – diciembre 2012 encontrados utilizando el test de Lumsdaine y Papell (1997)**



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

Como puede apreciarse, el test utilizado arrojó evidencia estadísticamente significativa de la existencia de dos (2) quiebres estructurales en las series de precios, el primero en noviembre de 2010 y el segundo en enero de 2012, lo cual es consistente con un análisis gráfico de la serie de precios. Lo anterior nos permite concluir que existieron tres (3) regímenes de formación de precios durante el periodo investigado: el primero, entre enero de 2010 y noviembre de 2010 que corresponde a una caída en los precios; el segundo, entre diciembre de 2010 y enero de 2012, que corresponde al periodo de aumento sostenido y significativo en los mismos; y un tercer periodo, entre febrero y diciembre de 2012, relacionado con una etapa de estabilidad de los precios.

Ahora bien, como se probó en la sección anterior, los cambios en los precios observados durante el periodo investigado no corresponden con los incrementos en costos y fluctuaciones de demanda observados en el mismo periodo.

Por lo anterior, está acreditada la existencia del sexto marcador de **Harrington** como elemento que hace más probable un escenario de posible colusión o cartelización empresarial.

#### **- Marcador 7: Baja varianza en los precios**

Finalmente, el séptimo marcador de **Harrington** toma en consideración las diferentes etapas de un cartel empresarial, esto es la de transición y estabilidad. En este sentido, la primera fase o fase de transición representa el periodo de tiempo en el cual los precios crecen sostenidamente sin responder a variables como costos y demanda, de modo tal que se observa un proceso de aproximación hacia al precio de equilibrio del cartel empresarial. Seguido a lo anterior, una segunda fase de estabilidad del precio, en la cual se alcanza el nivel o tendencia óptima del cartel empresarial en la que los precios podrían incluso responder en cierta medida a la dinámica de los costos. En este sentido, el marcador indica que el precio en la etapa de estabilidad tiende a ser menos variable que el precio que sucedería en ausencia del acuerdo colusorio.

En relación con este marcador de **Harrington**, el Despacho debe señalar que el periodo investigado no necesariamente coincide con el periodo durante el cual efectivamente se llevó a cabo la conducta anticompetitiva. Así las cosas, no se cuenta con información suficiente para replicar el ejercicio propuesto por **Harrington** en este marcador, por cuanto no es posible determinar las diferentes fases que se habrían presentado en el cartel investigado, sin perjuicio de que se insista en que el

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

paralelismo de precios observado para el cemento gris Pórtland tipo 1 se encuentra plenamente demostrado.

- **Conclusiones del Despacho en relación con el análisis de los marcadores de precios de Harrington**

Del análisis anterior, el Despacho puede concluir que las conductas observadas por parte de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** pueden ser más fácilmente explicadas en un contexto de cartelización que en un escenario de competencia. Esta conclusión se apoya en las evidencias económicas circunstanciales previamente señaladas y que resultan relevantes para la presente investigación.

En este punto es necesario resaltar que la evidencia que se presentó anteriormente soporta un aumento en la probabilidad de existencia de colusión o cartel empresarial, sin que esto signifique la negación *per se* de la existencia de competencia en el mercado. Es decir, la conclusión final a la que llega la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el análisis de los marcadores de **Harrington** aplicables, es que el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia da muestra de características comportamentales de los agentes que aumentan la probabilidad de existencia de colusión o cartel empresarial.

No obstante lo anterior, 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.

#### 7.6.2.2.4. Elemento consciente

Probado el paralelismo en los precios de **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**, y desvirtuadas todas y cada una de las explicaciones ofrecidas por estos investigados (coartadas) durante la actuación administrativa, tendientes a demostrar que la fijación y el comportamiento de dichos precios fue autónoma, corresponde al Despacho acreditar el elemento consciente de la conducta investigada.

En efecto, esta Superintendencia no reprocha la existencia del paralelismo como una conducta restrictiva de la libre competencia económica por sí misma, aun cuando los investigados no pudieron explicarlo de manera fehaciente y además existe evidencia económica de que su comportamiento tiene mayor correspondencia con un escenario colusivo o cartelista, que con uno competitivo. En otros términos, no es suficiente en el presente caso para declarar responsables administrativamente a **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** que los investigados no pudieron explicar satisfactoriamente el paralelismo observado, ni que la evidencia económica permita inferir que la forma como actuaron los investigados en el mercado puede explicarse más como un proceder de carácter colusorio, sino que se requiere además probar la existencia de un elemento consciente por parte de los agentes de mercado, para que esta conducta pueda ser considerada como ilícita o violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica.

Así, sobre la importancia del elemento consciente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido enfática en señalar lo siguiente:

*"La sola presencia de conductas o comportamientos paralelos no basta para establecer la existencia de una práctica comercial restrictiva. Para arribar a una conclusión en este sentido resultaría necesario acudir a elementos de prueba adicionales que permitan identificar la existencia de una concertación entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado (...)"<sup>155</sup>.*

Respecto del elemento consciente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que alude a actuaciones coordinadas, sincronizadas y estratégicas de varios agentes del mercado que dan cuenta de una abstención de competir y un comportamiento uniforme en el mercado:

*"(...) la conducta paralela puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que los participantes de un determinado mercado, **actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica de***

<sup>155</sup> Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009 y 71794 de 2011.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman".**

*En este orden de ideas, el elemento consciente puede identificarse a partir de diferentes elementos que reflejan el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de agentes económicos que participan de un mismo mercado, buscando evitar la contienda propia de un escenario de competencia (...)"<sup>156</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Así las cosas, el elemento consciente está conformado por todos aquellos factores plus que permiten deducir que el paralelismo no es fruto de nada diferente a que los agentes involucrados, de alguna forma, han concertado comportarse armónica y colaborativamente, evitando conscientemente competir al no verse entre ellos como una amenaza. En este sentido, sin existir prueba directa de que los investigados celebraron expresamente un acuerdo cartelista, conscientemente sustituyen todos los riesgos que trae consigo la competencia, por un entorno armónico de cooperación práctica entre ellos.

De tal suerte, por ejemplo, las señales manifestadas por los agentes económicos que denoten la intención de no competir agresivamente en una variable competitiva determinante, seguidas de una respuesta favorable de su competidor, sin duda comportan el elemento consciente del acuerdo colusorio, dado el encuentro de voluntades.

En este orden de ideas, es claro que las prácticas conscientemente paralelas, si bien por su propia naturaleza no tienen todos los elementos de un acuerdo expreso, surgen, entre otras cosas, de una coordinación que se manifiesta en las actuaciones de los participantes, las cuales, como se vio, denotarán un ambiente colaborativo y un comportamiento unificado en el que la competencia no está presente, o por lo menos, no resalta como una de las mayores preocupaciones de los agentes del mercado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el análisis de los factores plus a los que se ha hecho referencia, procede con mayor contundencia cuando existen ciertas estructuras de la industria, antecedentes sancionatorios de las empresas involucradas o entornos de mercado que resultan propicios o facilitan el actuar anticompetitivo.

De acuerdo con lo anterior, es claro que no resulta acertado igualar el estándar de prueba, como ya se dijo, de conductas como la acá investigada (paralelismo consciente) con el de los carteles empresariales de los que se tenga prueba directa —como documentos que plasmen los acuerdos ilícitos o incluso confesiones obtenidas en el marco del programa de beneficios por colaboración—, por cuanto la acreditación del elemento consciente en los términos descritos depende de la valoración de los factores plus provenientes de evidencia circunstancial. Con todo, en uno y otro caso, se está en presencia de acuerdos restrictivos de la competencia en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

En efecto, en estos escenarios la evidencia circunstancial adquiere un rol fundamental, ya que representa el medio idóneo para inferir si el acuerdo en modalidad de paralelismo consciente tuvo lugar. Esa evidencia circunstancial, vale la pena reiterar, no describe específicamente los términos del presunto acuerdo cartelista y puede ni siquiera aludir a este. No obstante, su utilidad se deriva de que su interpretación conjunta, bajo criterios de sana crítica, permite deducir razonablemente un ambiente de colaboración y de abstención de competir, en el marco del cual el actuar paralelo puede entenderse como un resultado de una concertación antes que de un actuar autónomo<sup>157</sup>.

Al respecto, la **OCDE**, en el documento "*Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*"<sup>158</sup> (persecución de carteles sin evidencia directa) señaló que la valoración de la evidencia de tipo circunstancial debe realizarse de manera holística, es decir, por medio de la evaluación conjunta o

<sup>156</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009, 717894 de 2011 y 26726 de 2016.

<sup>157</sup> "La tarea fundamental en el análisis de la conducta paralela es excluir, con razonable certeza, la posibilidad de que las partes hayan actuado de manera unilateral, de acuerdo con lo que cada uno percibió en su propio interés". Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*. 2006. Pág. 5. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/cartels/38704302.pdf>

<sup>158</sup> *Ibidem*. Pág. 20.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

acumulativa de todas las pruebas, en vez de considerar que cada evidencia de manera independiente soporta de manera inequívoca la hipótesis del acuerdo<sup>159</sup>.

En este sentido, la OCDE señala que la evidencia circunstancial para la determinación de los factores plus puede derivar de, por ejemplo: (i) evidencia de tipo económico, la cual puede clasificarse como "*evidencia relacionada con la estructura del mercado*", "*evidencia de prácticas facilitadoras*"<sup>160</sup> y "*evidencia comportamental*"; y (ii) comunicaciones e intercambio de información entre competidores que reflejen una actitud cooperativa o que se encuentren encaminadas a eliminar la incertidumbre de la competencia.

Frente a la importancia que reviste la evidencia circunstancial en cuanto a la complejidad de obtener evidencia directa para la demostración de la conducta cartelista, especialmente en los casos de paralelismo consciente, la OCDE ha señalado lo siguiente:

"Los operadores de carteles trabajan en secreto y, a menudo, no cooperan con los investigadores. En estas circunstancias, la evidencia circunstancial puede jugar un papel importante en la prueba del acuerdo"<sup>161</sup>.

En este punto, resulta importante mencionar el trabajo de William Kovacic antes citado<sup>162</sup>, toda vez que el documento reconoce que aquellos factores plus corresponderán a la evidencia que podría ser calificada como circunstancial, la cual, en suma, constituiría prueba indirecta de una cartelización de agentes en el mercado.

De esta manera, aquella evidencia circunstancial tendiente a reconocer la unidad de propósito, el diseño común de una estrategia o el acuerdo de voluntades, representa un elemento particularmente valioso para caracterizar el elemento consciente de la conducta. Del mismo modo, se ha reconocido que la evidencia circunstancial tendiente a confirmar que los investigados contaban con el compromiso consciente de diseñar un esquema común para alcanzar un objetivo ilegal desde el régimen de protección de la libre competencia económica, debe ser considerado como un elemento suficiente a efectos de descartar que el paralelismo observado provenga de posibles acciones independientes por parte de los agentes del mercado objeto de la investigación.

Así, la tarea de toda Autoridad de Competencia, en este caso, de la Superintendencia de Industria y Comercio, es aproximarse a la definición de un estándar adecuado para valorar la evidencia circunstancial que sea útil para acreditar el elemento consciente de una conducta paralela. Para ello, a juicio del Despacho, el análisis debería contener al menos dos etapas: (i) la caracterización de las condiciones inherentes a la estructura del mercado y el comportamiento de las empresas en él, tema que en el presente caso fue abordado en las secciones anteriores; y (ii) la evaluación de todos y cada uno de los fragmentos de evidencia circunstancial obrantes en el Expediente de la respectiva investigación, con el ánimo de realizar una valoración de la referida evidencia de manera global e interdependiente a fin de aproximarse a dichas piezas probatorias con una visión holística de las mismas para poder emitir una conclusión final técnicamente robusta.

Sin obviar lo que desde la organización industrial y la microeconomía aplicada se ha sugerido en cuanto a la presencia de oligopolios dinámicos que podrían explicar lo observado en el mercado<sup>163</sup>, en donde en un escenario de interacción repetida se tienda a configurar un escenario de colusión tácita, lo cierto es que la evidencia circunstancial sometida a evaluación en suma deberá aportar importantes indicios que den cuenta de posibles situaciones que afectan la libre competencia y que en conjunto, constituyen elementos valiosos para diferenciar entre el resultado de un escenario de competencia oligopolística al de un escenario de colusión o cartelización.

<sup>159</sup> *Ibidem*. Pág. 18.

<sup>160</sup> Dentro de este tipo de evidencia se encuentran, entre otros, documentos internos que evidencian el conocimiento o la comprensión de la estrategia de precios de un competidor, como la conciencia de un futuro aumento de precios por parte de un rival. *Ibidem*. Pág. 20.

<sup>161</sup> *Ibidem*. Pág. 1.

<sup>162</sup> KOVACIC, William E., *et al. Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*. 2011. Pág. 18. Disponible en: <http://capcp.psu.edu/papers/2011/plusfactors.pdf>.

<sup>163</sup> Ver Belleflamme, P. y Petz (2015) *Industrial Organization, Markets and Strategies* Cambridge University Press. Cap. 14.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

• **Evidencias que acreditan el elemento consciente**

Bajo el anterior contexto, y sin dejar de tener presente que en este caso 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; y (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 y de la manera como fijan los precios, a continuación se presentarán las evidencias obrantes en el Expediente que, a juicio del Despacho, dan cuenta de que ARGOS, CEMEX y HOLCIM, participan 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. En esa medida, dichas evidencias no dejan duda de la acreditación del elemento consciente de la conducta investigada.

**a) Principio de no meterse en obras comenzadas**

Dentro del material probatorio recaudado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se encuentra una cadena de correos electrónicos que inicia con una solicitud de cotización de concreto que una constructora envía por igual a proveedores de dicho producto, entre ellos, a ARGOS, CEMEX y HOLCIM<sup>164</sup>.

El correo electrónico tiene fecha 28 de enero de 2013 y es enviado por SAMUEL ARMANDO ALMEYDA VELANDIA (Auxiliar de Compras de CONSTRUCTORA VALDERRAMA LTDA.) a CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM), IVETTE ORTIZ LONDOÑO (funcionaria de HOLCIM), ALEXANDRA MONROY (Jefe de Zona Santander de ARGOS), HORACIO BLANCO (funcionario de CEMEX), NIDIA ROMERO ([nidiaromero197@hotmail.com](mailto:nidiaromero197@hotmail.com)) y PREVESA ([amaduse@prevesa.co](mailto:amaduse@prevesa.co)). Como se mencionó, en el mismo se solicitó una cotización para el suministro de 180 metros cúbicos de concreto para un proyecto denominado "BARRIO LA CUMBRE", en el municipio de Floridablanca (Santander).

El contenido de la solicitud fue el siguiente:

*"Cordial saludo*

*El consorcio sercon esta (sic) interesado en recibir ofertas para el suministro de concreto en obra del municipio de Floridablanca – Barrio la cumbre*

*Las cantidades a suministrar son las siguientes*

*(...)*

*Agradezco su colaboración y pronta respuesta*

*(...)"*

En la misma fecha (28 de enero de 2013), ALEXANDRA MONROY (Jefe de Zona Santander de ARGOS) dio respuesta al mensaje y envió los detalles de la oferta a todas las personas a quienes se les había solicitado la cotización, incluidos sus competidores HOLCIM y CEMEX:

*"Señores:  
CONSORCIO SERCON  
Atn: Sr Samuel Almeya  
Ciudad*

*Adjunto a la presente oferta económica para el suministro de concreto  
Proyecto: BARRIO LA CUMBRE  
Ubicado en Floridablanca – Santander.  
Volumen: 180 m3 aproximadamente  
Forma de pago: Anticipado al despacho.*

<sup>164</sup> Folios 2500 a 2511 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Validez de precios: los precios son válidos hasta el 30 de junio del 2013  
Validez de la oferta: 15 días a partir de la fecha.

(...)"

Al recibir la anterior cotización de concreto de ARGOS, el 15 de febrero de 2013, CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) contestó a ALEXANDRA MONROY (Jefe de Zona Santander de ARGOS) en los siguientes términos:

"Hola, esto es para mi (sic)?

Sdo".

En respuesta, ALEXANDRA MONROY (Jefe de Zona Santander de ARGOS) procedió a responder a CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM), aprovechando la situación para sugerirle que buscaran subir el precio, y de paso, expresar su sorpresa porque este último se había metido en dos (2) obras comenzadas suyas con precios más bajos, en lo que sería una violación del previo acuerdo o principio de "no meternos en obras comenzadas":

"Upss no me di cuenta.

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

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

Hablemos cuando puedes?? (sic)

Saludos

AM". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

La reacción de CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) ante la anterior respuesta fue poner en conocimiento de CLARA INÉS MARTÍNEZ (Gerente Comercial ZCA y Proyectos de HOLCIM) el mensaje de la funcionaria de ARGOS. Sin embargo, la reacción de CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) no se limitó a enviar a su superior el correo recibido de la funcionaria de ARGOS, sino que procedió a desmentir lo dicho por esta última en relación con que se había metido en las obras de ARGOS con precios más bajos, informándole además que la funcionaria de ARGOS era quien había incumplido el principio aludido, pues le había quitado varias obras el año anterior.

Nótese además que CARLOS QUIROZ (Jefe de Zona Santander de HOLCIM) señala que el envío del correo electrónico a su superior obedece a la política de competencia de HOLCIM:

"(...)

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 la ganó porque para ese tipo de negocios cotizamos con Ebitda del 17% y ella lo hizo con el 12%. eran como 150 m3 (sic).

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

- Se le olvida que nos quitó hace un año a prestigio metiendosele (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 florida 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 habian (sic) dado orden de Compra.
- Acaba de quitarle una obra a Mary, la del estadio de Florida con 7% en precios.

Que opina? (sic)



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*PD/ La vieja está loca y me cree bobo..... es de cuidado pues ella solo piensa en precio, no tiene mas (sic) argumentos, yo la conozco negociando pues le compré concreto y sabía como (sic) manejarla". (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

De la anterior cadena de correos deben advertirse varios aspectos que resultan reprochables para el Despacho, no porque sean la prueba directa del cartel investigado, sino porque al valorarse en conjunto con las demás pruebas y bajo el contexto ya indicado, son coherentes con el especial entorno colaborativo y sin competencia que reina en las relaciones entre los investigados y que acredita el elemento consciente de su conducta.

En primer lugar, además de lo reprochable que resulta que se proponga subir el precio de venta del concreto porque en opinión de la funcionaria de **ARGOS** los únicos que salen ganando con los precios bajos son los clientes, obsérvese que la funcionaria de **ARGOS** manifestó estar "*sorprendida*" toda vez que existía un "*principio de no meterse en obras comenzadas*", que habría sido irrespetado por **HOLCIM**. Sobre este punto se pone de presente que entre las empresas no debe existir acuerdo alguno en relación con los clientes u obras que se disputan, y menos en relación con precios, pues este actuar por sí solo denota una práctica contraria al régimen de libre competencia económica. En línea con lo anterior, se resalta que la conversación resulta altamente indicativa de un ambiente en el que se busca que no haya rivalidad, toda vez que no es concebible que en un verdadero escenario de competencia cause sorpresa que un rival le quite un cliente a otro, cuando esto es la esencia de la libre competencia económica.

Pese a que la conversación alude al concreto (y no al cemento gris Pórtland tipo 1), lo cierto es que esta situación deja ver que entre estos dos competidores existe un relacionamiento cercano y comunicación respecto del incremento de los precios de los productos que comercializan. Se recuerda en este punto que, precisamente lo que el Despacho busca dilucidar con el análisis conjunto de la evidencia circunstancial aquí recopilada, es la existencia de un ambiente de concertación y colaboración entre los investigados y no la prueba directa del acuerdo investigado. Por ende, no tiene lugar la defensa de **ARGOS** en relación con que la remitente del correo desempeña un rol que no comporta la determinación de precios de la compañía, pues lo que aquí se está comprobando es el escenario de colaboración y de no competencia que efectivamente existía entre los agentes investigados, como factor plus de la conducta investigada (cartel de precios).

Adicionalmente, el Despacho advierte que aunque **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de **HOLCIM**) decidió escalar el mensaje recibido a su superior funcional por tratarse de un tema que podría afectar la "*política de libre competencia*", lo cierto es que su escrito deja ver, contradictoriamente, que existe molestia de su parte en razón de los incumplimientos del mencionado "*principio*" por parte de **ARGOS**. Nótese que el mensaje, antes que mostrar indignación o rechazo frente a la alusión del mencionado "*principio de no meterse en obras comenzadas*", lo que hace es reiterar su existencia al poner de presente que no es él ("Carlitos") sino **ALEXANDRA MONROY** (Jefe de Zona Santander de **ARGOS**) quien lo ha incumplido en sendas oportunidades.

De lo anterior se desprende que el "*principio de no meterse en obras comenzadas*" había sido acordado entre **ARGOS** y **HOLCIM** como directriz de sus relaciones comerciales. Cabe anotar que el mensaje habla de hechos pasados y de incumplimientos que se habían venido dando a lo largo del tiempo (incluso, la molestia de **CARLOS QUIROZ** alude a obras que habrían tenido lugar un año atrás), hecho que permite concluir que el mencionado "*principio de no meterse en obras comenzadas*" operaba sin solución de continuidad. Esta situación desvirtúa la defensa de los investigados según la cual el correo no podría ser usado, toda vez que es posterior al periodo investigado. Al respecto, se reitera que pese a que la fecha de creación del correo es enero de 2013, los hechos a los que alude son pasados y sí se circunscriben al periodo investigado (2010-2012).

De otra parte, el Despacho cuestiona –al igual que la Delegatura– la fuente de información que le permitió a **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de **HOLCIM**) afirmar que su homóloga en **ARGOS** le ofreció a **CONSTRUCTORA VALDERRAMA LTDA**, 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. Sobre el particular se pone de presente que para el cálculo de este indicador financiero debe conocerse la información de los ingresos, costos y gastos del competidor, de manera que es desconocida la razón por la que **HOLCIM** tenía acceso a tales datos de **ARGOS**, aunque sí es clara muestra de la cercanía entre

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

ellos y, sobre todo, un desdibujamiento de escenarios de rivalidad comercial a través de un "amiguismo" comercial extraño de un mercado en plena competencia.

Ahora bien, es pertinente en este punto anotar que compartir cotizaciones de ofertas con sus rivales, como lo hace **ARGOS** según la cadena de correos, resulta totalmente ajeno a un ambiente de plena competencia y va en contra de los propios intereses de cualquier empresa, ya que permite que los competidores conozcan los elementos clave de sus propuestas y, con ello, genera un ambiente propicio para que los jugadores del mercado cuenten con información comercial sensible de sus competidores.

Para el Despacho no puede tomarse el referido incidente como un hecho aislado, por cuanto en el Expediente obran situaciones similares, como la expuesta en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, en la que se puso de presente una cadena de correos iniciada por **JHON E. CENTENO S.** (Ingeniero del Departamento Comercial de **CONSTRUIR 21**), y dirigida a **EDGAR BUITRAGO** (funcionario de **HOLCIM**), **JOHANA MARÍA ANDRADE LEÓN** (Asesora Comercial del Negocio Industrial de **ARGOS**), y a **GERMÁN RODRÍGUEZ URUEÑA** (Asesor Comercial de **TEQUENDAMA**), en la que se solicitó una cotización de 1.682 bultos de cemento para el "frente" denominado "*ampliación y consolidación de depósito de armamento batallón No. 22*". En respuesta a esa solicitud, **JOHANA MARÍA ANDRADE LEÓN** (Asesora Comercial del Negocio Industrial de **ARGOS**), después de preguntar para qué región era el precio y qué tipo de cemento se requería, envió un mensaje en el que copió a todas personas de la cadena, incluidos sus competidores, que tenía información acerca de los precios de **ARGOS** del cemento gris de uso general, incluido IVA y transporte, para los departamentos de Guaviare y Meta<sup>165</sup>.

De lo anterior se colige que este tipo de incidentes en **ARGOS** no son aislados, que no se han tomado medidas en relación con el manejo de la información en tal empresa y que no es la primera vez que difusiones de esta naturaleza tienen como destinatario a **HOLCIM**. Esto tiene mayor relevancia, teniendo en cuenta que en la presente actuación administrativa se están analizando pruebas circunstanciales que permiten corroborar un ambiente de colaboración y abstención de competir entre los investigados.

Continuando con la cadena de correos, la parte final de la misma muestra que **CLARA INÉS MARTÍNEZ** (Gerente Comercial ZCA y Proyectos de **HOLCIM**) informó el asunto a **SARA JIMÉNEZ** (Gerente Legal de **HOLCIM**) para saber cómo proceder. Esta última propuso responder el mensaje con un formato, a todas luces acomodado y "hasta acartonado" al programa de cumplimiento de competencia de tal empresa, 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 criterios 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."<sup>166</sup>*

El mensaje en los términos citados fue finalmente enviado por **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de **HOLCIM**) a **ALEXANDRA MONROY** (Jefe de Zona Santander de **ARGOS**) el 15 de marzo de 2013, aproximadamente 2 meses después del correo en que dicha funcionaria de **ARGOS** le solicitaba que subieran el precio y reprochaba que le había quitado dos clientes con precios más bajos. Nótese que el mensaje redactado en virtud del denominado programa de cumplimiento de

<sup>165</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 49141 de 2013. Hojas No. 57 y 58.

<sup>166</sup> Folios 2500 a 2511 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 9 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

competencia de **HOLCIM** se limita a indicar que la empresa fija sus precios autónomamente, pero llama la atención del Despacho que tal respuesta, supuestamente en cumplimiento o dentro del marco del programa de cumplimiento, omite por completo referirse, precisamente, al "*principio de no meterse en obras comenzadas*", el cual resulta a todas luces contrario al régimen de libre competencia que el programa de cumplimiento pretende hacer cumplir.

En efecto, el mensaje resulta extemporáneo, descontextualizado y permite advertir que no goza de la fluidez natural con la que se intercambiaron los mensajes iniciales, ya que sustituyó el lenguaje fraterno e íntimo sostenido entre **CARLOS QUIROZ** (Jefe de Zona Santander de **HOLCIM**) y **ALEXANDRA MONROY** (Jefe de Zona Santander de **ARGOS**), 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, pero nada dijo sobre el principio de no meterse con obras comenzadas.

Cabe también anotar que obra en contra de la supuesta contundencia y severidad del presumido programa de cumplimiento de **HOLCIM**, el hecho que no se advirtieron ni fueron siquiera mencionadas acciones tendientes a investigar si el proceder de su funcionario se dio en contra de las supuestas directrices de la compañía para respetar la libre competencia económica. No existen pruebas que siquiera sugieran que existieron investigaciones internas de **HOLCIM** suscitadas en virtud del correo en mención, o indagaciones sobre posibles antecedentes que podrían explicar por qué **ARGOS** le está sugiriendo a esta empresa subir el precio del concreto y respetarse las obras entre sí (hecho que, contrario a la disputa de clientes, sí debió haber generado sorpresa). En últimas, un verdadero control de este tipo de situaciones habría mostrado un tratamiento interno de mayor rigor, de hecho algún tipo de actuación de la compañía que hasta ahora brilla por su ausencia, máxime si supuestamente se cuenta con un área destinada específicamente al presunto cumplimiento de la política de libre competencia de la empresa.

Por su parte, vale la pena anotar que la defensa de **ARGOS** reconoció que el actuar de **ALEXANDRA MONROY** (Jefe de Zona Santander de **ARGOS**) muestra un desconocimiento de los "*principios, políticas, reglas y procedimientos trazados por la organización*", situación que, contrario a lo pretendido por esta empresa, vincula directamente la responsabilidad de esta persona jurídica, máxime cuando al igual que **HOLCIM**, tampoco aportó soporte alguno que diera cuenta de acciones de control interno adelantadas en virtud de la anomalía detectada y abiertamente reconocida. De hecho, llama la atención de esta Superintendencia, la visión distorsionada de la libre competencia que tienen los funcionarios de esta empresa, si se tiene en cuenta que se atreven a enviar correos de esta naturaleza, demostrando con ello que, en su entender, estas acciones no están prohibidas.

En virtud de lo expuesto, el Despacho concluye que bajo el contexto ya mencionado, esto es, (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; (iii) que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo y de la manera como fijan los precios; y (iv) que se encuentra demostrado un comportamiento de precios paralelo que corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia, la cadena de correos aquí expuesta, valorada en conjunto con las demás pruebas, da cuenta del ambiente de cooperación y propósito de no competir que rige las relaciones entre los investigados, que acredita el elemento consciente de la conducta investigada.

#### **b) Incumplimiento en subir el precio del concreto**

En el Expediente obra una serie de comunicaciones emitidas por distribuidores de **HOLCIM** en las que se manifiestan quejas e inquietudes relacionadas con las condiciones de mercado. Entre estas comunicaciones, el Despacho resalta una carta del 28 de enero de 2013<sup>167</sup>, con referencia "*precios Argos y Cemex*", remitida por el distribuidor **VALTA S.A.S.** y dirigida a **HOLCIM**, en la que se manifestó una especial preocupación por un presunto precio del cemento al alza propuesto por **HOLCIM** que habría sido incumplido por **CEMEX** y **ARGOS**.

El mensaje en cuestión está dispuesto en los siguientes términos:

<sup>167</sup> Folio 2498 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"(...)

*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<sup>00</sup> a ferreterías, \$25.000<sup>00</sup> precio público (...)*. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En respuesta a esta comunicación, **HOLCIM** emitió nuevamente la comunicación "modelo" que corresponde con el formato acomodado y bastante "acartonado" que menciona los supuestos principios del programa de cumplimiento de competencia de **HOLCIM**.

Así, el 30 de enero de 2013<sup>168</sup> envió el siguiente mensaje:

*"Con relación al asunto de la referencia, nos permitimos informarle que Holcim (Colombia) S.A. establece autónomamente sus precios en el mercado de acuerdo con nuestras propias proyecciones, planeación estratégica, condiciones de mercado, costos de producción, logística y transporte; por lo cual no es posible modificar los precios para igualarlos o reducirlos de acuerdo a los establecidos por otras empresas del sector cementero".*

Sobre el particular, el Despacho pone de presente, en primer lugar, que el mensaje de respuesta enviado por **HOLCIM** evadió por completo el contenido de la carta remitida por el distribuidor. Este hecho permite concluir que la respuesta, antes que pretender satisfacer realmente las inquietudes del remitente o solventar cualquier malentendido que se desprendiera de su mensaje, buscó simplemente dar una apariencia de eficacia a su política de libre competencia.

Incluso, en el acervo probatorio existen otras comunicaciones que muestran que la respuesta de **HOLCIM** a este tipo de situaciones es siempre la misma<sup>169</sup>, tal y como se observó también en el episodio del "principio de no meterse en obras comenzadas" explicado anteriormente.

De otra parte, no se entiende cómo se pretende demostrar con este intercambio de mensajes un cabal acatamiento de la política de cumplimiento interna de **HOLCIM**, cuando no se muestra evidencia alguna de indagaciones internas sobre cuál es el precio sugerido al que alude el distribuidor.

Por el contrario, 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. Lo anterior, si se tiene en cuenta que en un mercado en condiciones de competencia normales, no se concibe que un distribuidor reclame a uno de sus proveedores el incumplimiento de sus otros proveedores en subir el precio.

En este punto vale la pena anotar que, pese a que los investigados manifestaron que el correo en realidad muestra competencia, ya que si hubiera habido acuerdo no se habrían presentado quejas de esta naturaleza, lo cierto es que el mensaje lo que hace es precisamente dejar claro rastro de la concertación ilegal a partir un aparente incumplimiento. En otras palabras, si en realidad no hubiera habido acuerdo cartelista, no se habrían presentado manifestaciones de inconformismo relacionadas con la exigencia de su cabal cumplimiento.

De hecho, del mensaje del distribuidor se desprende la existencia de una expectativa de cumplimiento de un precio acordado previamente por las cementeras, lo cual pone en entredicho la efectiva independencia que existe en la fijación de precios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

En virtud de lo expuesto, este Despacho concluye que la presente evidencia corrobora el escenario colaborativo y de abstención de competencia que se predica de los agentes investigados, ya que muestra que en el mercado existen agentes que establecen sus expectativas comerciales con base en acuerdos de precios que los competidores habrían hecho entre sí y expuesto a sus clientes. Se recuerda en este punto que lo que pretende demostrar el Despacho con este cúmulo de evidencias circunstanciales es la existencia de un ambiente de concertación entre los investigados, en oposición a independencia en su obrar comercial como factor plus.

<sup>168</sup> Folio 2497 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 9 del Expediente.

<sup>169</sup> Por ejemplo, se pone de presente la cadena de correos con asunto "Propuesta respuesta a los Distribuidores", iniciada el 15 de enero de 2013 por **LINA RESTREPO** (Abogada de **HOLCIM**). Folios 2474 a 2475 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 9 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

### c) Escenarios de "competencia" en ARGOS y el "BOOK1.xls" de CEMEX

Aunado a las pruebas que se han venido exponiendo, obra en el Expediente un documento de Excel de titularidad de ARGOS nominado "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1"<sup>170</sup>, con fecha de creación 25 de julio de 2012, en el que se proponen varios escenarios a veinte (20) años (2012-2022), para proyectar ventas y precios de ARGOS.

En los distintos escenarios dispuestos por ARGOS se tienen en cuenta variables macroeconómicas y de mercado, como el comportamiento del PIB, el desempleo, la inflación, los índices de costos de la construcción pesada (ICCP), las "guerras de pecios" y la competencia.

Sobre el particular, este Despacho advierte en primer lugar, que la hoja del mencionado libro de Excel denominada "análisis cualitativo" en el que se realiza una "descripción cualitativa de los escenarios de demanda a 10 años de cemento gris" contiene, entre otras, la siguiente información:

Imagen No. 2. Hoja de cálculo del archivo "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1"

Variables	Volumen
PIB	Proyección del volumen según proyecciones de tasa de crecimiento del PIB (Fedesarrollo) con 3 posibles escenarios: - Tendencia Actual de crecimiento moderado - Escenario de recesión - Escenario de crecimiento acelerado
PIB Construcción	Proyección del volumen con base a planes del gobierno con las APP y Vivienda MS: - Inversión en infraestructura del 1% del PIB + 100.000 unidades de vivienda MS - Inversión en infraestructura del 3% 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	Proyección de volumen teniendo en 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 3% al 5%.

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

Obsérvese que dentro de las diversas variables que ARGOS usa para sus proyecciones, incluyendo la de "competencia", se omite por completo tener en cuenta a sus "rivales" más grandes, CEMEX y HOLCIM, mientras se realizan las proyecciones únicamente con los pequeños competidores e importaciones, que para 2012 no representaban más del 5% del mercado.

Esta circunstancia resulta por sí misma atípica y muy dicente, pues se esperaría que una empresa que haga proyecciones de ventas con diversas variables incluyendo la competencia, no prescinda de posibles escenarios vinculados con el comportamiento de las empresas que cuentan con una participación conjunta de cerca del 50% del mercado. En otros términos, ¿Qué explicación puede tener que ARGOS, al momento de modelar diferentes escenarios de proyecciones, decida no tener en cuenta a sus más inmediatos "competidores", esto es CEMEX y HOLCIM? ¿Acaso es que ARGOS no veía en CEMEX y HOLCIM ningún tipo de amenaza en el mercado?

Tal situación podría comprenderse sólo si ARGOS conociera con mayor certeza el comportamiento futuro de los dos grandes participantes del mercado, o si CEMEX y HOLCIM no implicaran ningún riesgo posible en la posición de ARGOS.

Ahora bien, además del aparte citado se encontró en la pestaña "ESCENARIOS" del mismo documento la siguiente información:

<sup>170</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente. IMG\_PST\_DOCS\_ADRIANA\_RODRIGUEZ.ad1\A:\PHYSICALDRIVE0:Partition 2 [228992MB]: Datos [NTFS]/[root]/Users/arodriguezu/Documents/Archivos de Outlook/2013.pst/2013/Principio del archivo de datos de Outlook/Entrada/Presentacion 10 Años versión febrero\_2013.pptx./Presentacion 10 Años versión febrero\_2013.pptx/ppt/embeddings/Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1.xlsx.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 3. Hoja de cálculo del archivo "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1"

PARTICIPACION 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 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%	5,0%	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%	8,0%	8,0%	8,0%	Se suman los 2 efectos

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

Nuevamente, al desarrollar cada una de las variables que podrían afectar la participación de mercado de ARGOS –entre las que se encuentran la competencia– 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. En efecto, en los escenarios sólo se cuenta con posibles variaciones de participación de los pequeños productores y de las importaciones, como si las participaciones de CEMEX y HOLCIM no pudieran variar, o por lo menos tales variaciones no pudieran ser relevantes ni siquiera en uno de los tantos escenarios hipotéticos que se proyectan.

En relación con lo anterior se resalta que, de hecho, en dieciséis (16) de los diecinueve (19) escenarios proyectados en tal documento, 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 arrebatan 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 y las importaciones, como si ARGOS, CEMEX y HOLCIM jugaran como un mismo bloque, como si fueran un único competidor.

En efecto, en los dieciséis (16) escenarios en los que no hay variaciones de participación entre jugadores se presenta la siguiente tabla:

Proyección de ventas por productor por año  
Cemento Gris  
2012 - 2022

Participaciones	Participación
Argos	51%
Otros Grandes productores	45%
Pequeños productores	3%
Importaciones	1%

100%

Aquí se modifican las participaciones de los escenarios de competencia... lo que ganan los pequeños y las importaciones, se le quita proporcionalmente al resto.

Por su parte, 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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"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.

Como se observa de los extractos citados, la participación correspondiente a **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** se mantiene, en la proyección en los dieciséis (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**. 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 existe incertidumbre y rivalidad, pues no resulta razonable que las proyecciones de un competidor omitan el posible comportamiento "incierto" de sus competidores más fuertes y que en las posibles hipótesis de pérdida de participación, dicha pérdida afecte 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

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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 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.

Sobre el particular y más allá de las observaciones obvias que pueden hacerse a tan peculiar comportamiento reflejado en el documento, es pertinente reforzar este análisis desde la óptica de la teoría de juegos.

La teoría de juegos es un campo del conocimiento que, desde su concepción formal, atribuida al trabajo de Morgenstern y von Neumann en el año de 1944<sup>171</sup>, se ha encargado de estudiar diferentes tipos de interacciones entre individuos. Si bien existe una amplia y creciente variedad de trabajos en este campo del conocimiento, basta con mencionar que a lo largo de los años se han venido definiendo al menos dos (2) tipos de análisis al interior de esta teoría: (i) los juegos no cooperativos o también llamados como competitivos; y (ii) los juegos coalicionales o comúnmente conocidos como cooperativos.

En ese sentido, resulta particularmente importante hacer alusión al segundo tipo de juegos, esto es los juegos coalicionales, al momento de avanzar en un análisis exhaustivo de la valoración probatoria en el presente caso, pues tal y como lo ha reconocido Lloyd Shapley con su trabajo de 1953<sup>172</sup>, pasando por los trabajos de John Banzhaf<sup>173</sup> en 1965 y Guillermo Owen en 1975<sup>174</sup>, el centro de atención de las coaliciones se encuentra explicado fundamentalmente por la estabilidad que podría obtenerse fruto de los resultados de negociación de los beneficios de la cooperación al interior de la respectiva coalición. Esto es, la clave del mantenimiento de la coalición estará en función de la distribución de pagos de quienes cooperan a través del tiempo. Así, el análisis de las transferencias de las utilidades ha constituido un tema no menor para entender cuán verosímil pudiese resultar una coalición, lo que para el caso que acá se analiza, representa un marco relevante y valioso de análisis.

Así pues, en un mercado en el que existen síntomas de crecimiento de la demanda, el mantenimiento de unas cuotas de participación con tendencia estable a lo largo del tiempo, implica por definición, mayores beneficios para quienes participan en el mercado y un reconocimiento expreso de no rivalidad de las bondades derivadas del crecimiento del mercado, visto así como una manera de generar una distribución de beneficios resultante con cambios del mercado.

De lo anterior, cualquier escenario que parta de la premisa de invarianza de participaciones entre competidores en un mercado en crecimiento, significa no solamente el mantenimiento del *statu quo* en el mercado, sino un mecanismo particular de remuneración de cada participante conforme con su tamaño, fruto de la no rivalidad entre los competidores.

Dicho desde la teoría de juegos coalicionales, el mecanismo descrito equivaldría a la definición de una transferencia de pagos entre agentes al interior de la coalición, que explicaría coherentemente la estabilidad de la concertación.

Frente a esta materia, llama la atención que en el caso en concreto, uno de los temas que de manera reiterada han reconocido las investigadas, es que durante el periodo que la Superintendencia de Industria y Comercio examinó, existió un crecimiento de la demanda de cemento gris Portland tipo 1.

En este sentido, para este Despacho resulta verdaderamente llamativo la existencia de un archivo en Excel elaborado por **ARGOS** en el que, como se indicó, se construyen con detalles de modelación diecinueve (19) escenarios en los cuales se incorporan diversas variables. Tal y como se expuso anteriormente, de los diecinueve (19) escenarios contemplados en dieciséis (16) de ellos,

<sup>171</sup> Von Neumann y Morgenstern (1944) Theory of Games and Economic Behavior Princeton University Press.

<sup>172</sup> Shapley, L. (1953) A value for n-person games, en A. W. Tucker (editor) Contributions to the Theory of Games II, Princeton University Press. Págs. 307-317.

<sup>173</sup> Banzhaf, J.F. (1965) Weighted voting does not work: A mathematical analysis, Rutgers Law Review Vo. 19. Págs. 317-343.

<sup>174</sup> Owen, G. (1975) Multilinear Extensions and the Banzhaf Value. Naval Research Logistics Quaterly. Págs.741-750.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

esto es en el 84,2% de los casos no se simula una pérdida de participación bien sea de ARGOS como de los "otros grandes jugadores del mercado", con lo cual la idea de mantener cuotas de participación en un ambiente de crecimiento del mercado como forma de remunerar a los cartelistas haría sentido, sumado a que en los tres escenarios señalados o bien ARGOS u "otros grandes jugadores del mercado" pierden participación a costa de la acción de lo que se ha denominado competencia en el mercado, que corresponde a agentes distintos del bloque que conforman ARGOS, CEMEX y HOLCIM en estos análisis.

Resulta un elemento de evidencia circunstancial muy importante para este Despacho, que en los ejercicios de pronóstico de ARGOS jamás se contemple escenario alguno en el cual existiera algún grado de rivalidad entre ARGOS y los "otros grandes jugadores del mercado" (ello es, CEMEX y HOLCIM), con lo cual, del archivo presentado por ARGOS, se deriva que estos jugadores no tienen incentivo alguno de rivalizar en puntos de mercado, lo que desde la lógica de una coalición, concepto propio de la teoría de juegos cooperativos, se estaría definiendo un mecanismo para transferir pagos y hacer estable un acuerdo a través del tiempo, si se reconoce el carácter creciente de la demanda del mercado.

Un escenario en el que los agentes más grandes del mercado no simulan escenario alguno de rivalidad entre ellos por los 10 años posteriores a la definición del ejercicio de simulación, difícilmente sería consistente y verosímil en un ambiente no cooperativo entre las partes, y sí sería desde la lógica de teoría de juegos coalicionales una forma de entender el mantenimiento de un acuerdo anticompetitivo.

De otro lado, y como refuerzo de lo anterior, en el mismo documento se presentan los siguientes escenarios de precios:

Imagen No. 4. Hoja de cálculo del archivo "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1"

Escenario de Precio	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	Observaciones
Escenario Base Fedesarrollo estable	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	3%	Proyección de Fedesarrollo de la inflación hasta el 2016 apoyada 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.
Decreciente 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%	-30%	-30%	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 solo crecen con la inflación del 3%.
Dinámica decreciente de precios temporal	3%	3%	3%	-30%	-30%	15%	15%	15%	15%	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 recupera al mismo ritmo al que se recuperó después de la guerra (4 años), posteriormente crece con la inflación del 3%.
Creciente lineal	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 moderado	3%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	6%	Creciendo 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 aparte del documento se incluye como uno de los escenarios posibles de precios ante las variables analizadas en las diversas proyecciones, la reacción a través de una "guerra de precios" como la que se dio entre 2004-2005 con la que, como ya se mencionó en un acápite anterior de esta Resolución, se expulsó del mercado a uno de los competidores "pequeños productores", esto es, ANDINO, a través de un cartel predatorio en precios.

Adicionalmente, ese escenario se simula con una baja de precios de 60% en dos 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 a 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 años atrás. Así, llama poderosamente la atención que ARGOS esté contemplando como una 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

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

cómo para este cálculo de **ARGOS** se da por descontado que el bloque conformado por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** actúan coordinadamente y bajan conjuntamente el precio hasta en un 60% (escenario de guerra de precios) durante dos años, lo que se reitera, es no factible como escenario único para **ARGOS**, pues requeriría para ello, del concurso de **CEMEX** y **HOLCIM** materializar esa estrategia por tan largo tiempo.

Pero eso no es todo, **ARGOS** simula también que recuperará el precio "al mismo ritmo que se recuperó después de la guerra (4 años)" (léase en buen español como "en épocas post cartel predatorio), recuperación que se dio después de cumplido el objetivo de expulsar del mercado a un "pequeño productor" y que no sería probable sin la coordinación de **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 consideró anticompetitiva, como ya se expuso antes en este acto, y por el otro, que sería difícilmente logable 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 para bajar el precio hasta en un 60% en dos 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, es no factible sin el concurso de **CEMEX** y **HOLCIM**.

Con todo lo expuesto, este Despacho considera 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 (un bloque monolítico y monopólico); con participaciones que no se afectan entre sí y con escenarios de precios que solo serían logables 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. 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 sin ningún asomo de duda, que el elemento consciente está plenamente demostrado en la presente actuación administrativa.

Este comportamiento conjunto de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** también se evidencia en el documento "BOOK1.xls"<sup>175</sup> elaborado por funcionarios 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 invarianza en las cuotas de participación, tal y como se expone a continuación:

<sup>175</sup> Folio 5382 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 5. 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.

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.

Ahora bien, este Despacho comparte el análisis realizado por la Delegatura<sup>176</sup> en relación con la interpretación dada al ejercicio desde la fila 15 del documento "BOOK1.xls". En efecto, en dicha fila 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 permite 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 a un proceso de verificación, como se explicará a continuación:

(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 las mismas corresponden con el 100% del mercado de cemento gris a nivel nacional.

<sup>176</sup> Páginas 290 a 292 del Informe Motivado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

(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 cada agente. Este cálculo arrojó como resultado una diferencia negativa en toneladas para **ARGOS** (203.742), negativa para **CEMEX** de (56.382) y positiva para **HOLCIM** de (260.124) para los años 2011 a 2013.

(v) Dicho ejercicio se realizó para cada uno de los años 2011, 2012 y 2013.

Ahora bien, del ejercicio descrito, frente al cual **CEMEX** se limitó a afirmar 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.

Sobre el particular, se resalta que los investigados no lograron dar una explicación razonable de este ejercicio, ni pudieron desvirtuar la interpretación sustentada que dio la Delegatura y que ahora adopta este Despacho. En efecto, se reitera que **CEMEX** se limitó a afirmar que se trataba de un monitoreo del desempeño de **CEMEX** que no es explicado, sustentado ni acreditado y que es inconsistente con la evaluación detallada que en el documento se hace respecto de **ARGOS** y **CEMEX**, así como de la exclusión deliberada que se hace en dicho examen de los competidores más pequeños, los "terceros".

Ahora bien, al respecto **HOLCIM** afirmó que resulta llamativo que **CEMEX** y **ARGOS** hubieran convenido entregarle cada uno un porcentaje de 0,5% cada una, 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 participantes del mercado cediéndose porcentajes de participación, aun cuando su valor es millonario.

En efecto, 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 2008<sup>177</sup> en la que se indicó:

<sup>177</sup> Hoja 113 de la Resolución No. 51694 de 2008.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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 8 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.<sup>128</sup>

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 reitera, 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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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 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 han mantenido desde 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, HOLCIM y CEMEX actúan en bloque como si se tratara de un solo agente del mercado.

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 investigados en el periodo objeto de investigación.

Se reitera que si bien estos documentos no son prueba directa del cartel empresarial –pues de serlo nos encontraríamos ante una modalidad de acuerdo distinta a la imputada e investigada–, lo cierto es que dan cuenta de un comportamiento colaborativo que no es propio de un mercado en competencia y que cumple con los estándares que ha fijado esta Superintendencia, para concluir razonablemente que se trata de una parte del elemento consciente que constituye este tipo de conductas.

#### **d) Venta de cemento concretero con "precio especial"**

La prueba que se presenta a continuación da 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, y que incluso lo denomina internamente como un "precio especial". Tal y como lo sostuvo la Delegatura en su Informe Motivado, esta prueba demuestra la realización de transacciones comerciales por parte de dos de los investigados aun en contra de sus propios intereses, que además dan cuenta de una tratamiento colaborativo y ampliamente favorable con quien supuestamente es su competidor más cercano.

De esta circunstancia debe observarse que, si bien no es la prueba directa de un cartel empresarial, no guarda coherencia alguna con una relación de competencia como la que deberían tener los dos agentes más grandes del mercado del cemento en Colombia, máxime si se tiene en cuenta y se observa bajo el contexto reiterado en la presente Resolución, esto es: (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 antecedentes sancionatorios por violación del régimen de protección de la libre competencia económica; (iii) que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo y de la manera como fijan los precios; y (iv) que se encuentra demostrado un comportamiento de precios paralelo que corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia.

Lo sucedido se encuentra probado mediante el archivo denominado "*Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx*"<sup>178</sup>, 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).*

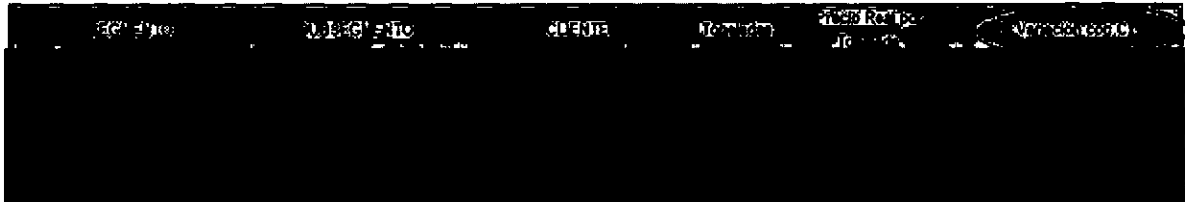
<sup>178</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En el libro de Excel adjunto al correo se encuentran dos (2) hojas, la primera titulada "BOLIVAR", cuya imagen se presenta a continuación:

**Imagen No. 6. Archivo denominado "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx"**

PRECIOS DE VENTA REAL DICIEMBRE 2012  
CEMENTO GRS CONCRETERO - TIPO II  
BOLIVAR

A redacted Excel spreadsheet with a header row containing the following text: "Precio", "Cemento", "Cantidad", "Precio", "Precio", "Almacén". The rest of the spreadsheet is obscured by a black box.

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

La segunda pestaña se denomina "ZONA NORTE" y contiene la siguiente información:

**Imagen No. 7. Archivo denominado "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx"**

PRECIOS DE VENTA REAL DICIEMBRE 2012  
CEMENTO GRS CONCRETERO - TIPO II  
ZONA NORTE

A redacted Excel spreadsheet with a header row containing the following text: "Precio", "Cemento", "Cantidad", "Precio", "Precio", "Almacén". The rest of the spreadsheet is obscured by a black box.

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

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 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 dado 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.

En efecto, 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).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*Ahora que estamos subiendo nuevamente, considero clave nivelar el precio de Cemex para no perder competitividad.*

(...)"

Como se evidencia del correo expuesto, 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. Esta circunstancia resulta anómala, si se tiene en cuenta que no es esperable que una empresa le venda a su más grande rival en el mercado, a precios menores de los que vende a sus propias filiales, menos por una decisión de política empresarial que parece no tener sustento en un escenario competitivo y, por tanto, solo explicable en un ambiente colusorio como el investigado.

Además de lo expuesto, se encontró 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 los 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 de 2013. 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."* (Negritas y subrayas fuera de texto).

Del anterior correo se resalta, 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 funcionarias de **ARGOS**, que en el contexto sólo puede interpretarse como una preocupación de que deban ponerse los precios estándar que son más altos que los aplicados a **CEMEX**: "*que se dañen los precios*".

En el mismo sentido, el 22 de febrero de 2013, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**) escribió a **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**):

*"Hola Ingrid,*

*La vigencia del precio de CX por ZF tiene vencimiento el próximo 28 de Febrero, sé que si no me has dicho nada es porque aún no había ningún acuerdo, sin embargo no quiero que se nos venza, por lo que sugiero que ampliemos la vigencia a marzo 15 estás de acuerdo?"*

**INGRID RESTREPO LIBREROS** (Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS**), en respuesta a esta solicitud dio su aprobación. Por su parte, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**) transmitió dicha orden a **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**) y el 25 de febrero de 2013 se confirmó la prórroga del precio especial hasta el 15 de marzo de 2013.

El 14 de marzo de 2013, **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**), con el mismo asunto de la cadena de correos que se han expuesto, remitió la siguiente comunicación a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**):

*"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.*



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*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)." (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Frente a esta comunicación se amplió 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 del precio de venta a otros clientes, incluso cuando ya se realizaba el descuento del 20%, es decir, un 48% menor al precio full.

Frente a este mismo tema, el 3 de abril de 2013 **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**) remitió a **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**) un correo con asunto "*Precios CX*" mediante el cual le indicó:

*"Por favor ajustar el precio de venta del cliente en mención a \$322.600  
A partir de mañana."*

Ante dicha instrucción, **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**) formuló algunas preguntas a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**) sobre la fecha de vigencia, tipo de precio y proyectos beneficiados, a las que dio respuesta **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, el 4 de abril de 2017, de la siguiente forma:

*"Hola*

*Que (sic) fecha de vencimiento le ingreso? Dic 31 de 2013*

*Lo ingreso como precio especial cierto? Sí (sic) por ahora*

*O ajustaron la hoja de la Matriz a algún subsegmento y Base?*

*El precio especial sería para los proyectos actuales que tiene, uno en Cartagena y el otro en Montería (sic)? Correcto" (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Por último, **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**) remitió a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora Información Comercial de **ARGOS**) el siguiente mensaje:

*"Hola Adriana,*

*Ingrese (sic) el precio especial solicitado en cemento gris tipo 3 granel a estos dos proyectos; puede informarle que puede programar sus pedidos a partir de este momento con este precio: \$322.600*

*Nota para el código de CX Cartagena como retira y reconoce FOB de \$13.400 el precio especial queda a \$336.000 + IVA, al ingresar el pedido el cliente retira le va a salir al precio aprobado \$322.600 + IVA. Para el caso del CX Montería como retira y actualmente no reconoce FOB se ingreso el precio especial igual al solicitado 322.600 ya que ingresado el pedido FOB no va a descontar flete.  
(...)"*

En ese sentido, para todo 2013 (desde 4 de abril hasta 31 de diciembre) el precio con el que se vendió cemento concreto a **CEMEX** estuvo aproximadamente 18% por debajo del precio base con descuento del 20% en la zona norte. En efecto, todo el 2013 se vendió a **CEMEX** con un precio de \$322.600, mientras que –como se evidenció en un correo antes citado– el precio general con descuento para esa zona era de \$380.503.

De esta forma, quedó suficientemente acreditado que, contrario a lo afirmado por **ARGOS**, **CEMEX** sí tenía un precio menor (incluso al dado a la concretera de **ARGOS**) y no sólo en diciembre de 2012, sino durante el segundo semestre de 2012 y todo el año 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Ahora bien, frente a este trato especial, para el Despacho resulta de la mayor relevancia que al explicar dicha circunstancia, **ARGOS** haya optado nuevamente por mentir de manera abierta, como se pasa a exponer.

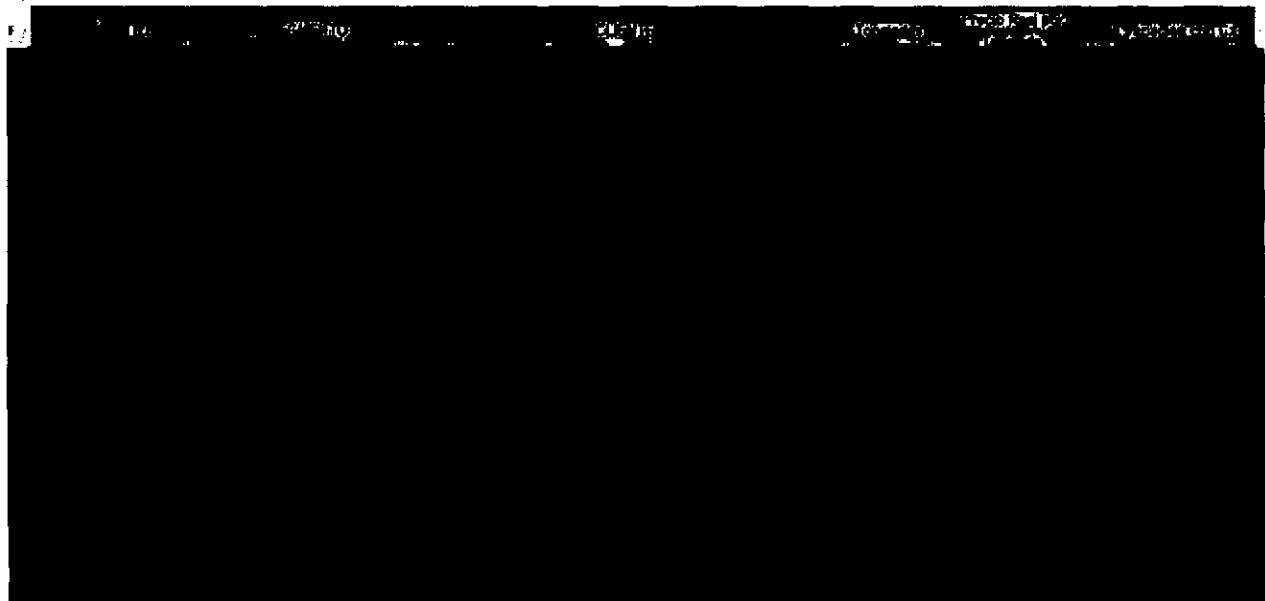
En efecto, como explicación **ARGOS** afirmó que la Delegatura había cometido una imprecisión en la comparación de precios, pues mientras que el precio de **CEMEX** era un precio FOB, es decir un precio sin flete, los precios de los demás clientes eran precios CIF, esto es, precios que incluyen el flete. Así, **ARGOS** argumentó que **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 suma un flete comercial de referencia, el resultante es un precio teórico CIF que es mayor al precio CIF cobrado a otras concreteras en la zona.

Sobre el particular el Despacho resalta que, en primer lugar, resulta por lo menos altamente llamativo que si los precios fueran distintos, unos FOB y otros CIF, el documento no especificara nada al respecto –como se hace en otros documentos, según se expondrá más adelante, cuando en realidad se presentan precios de naturaleza distinta–. 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 concreto 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. 8. Archivo denominado "Precios cemento concreto - TIII Norte.xlsx"

PRECIOS DE VENTA REAL DICIEMBRE 2012  
CEMENTO GRIS CONCRETERO - TPOK  
ZONA NORTE



Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

En ese sentido, si se hubiera equivocado la Delegatura 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 ya se expuso, la verdad es que ni la Delegatura 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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En efecto, se encontró en el acervo probatorio un documento de ARGOS titulado "Información de Zona Franca y precios Concreto ene 2013.xlsx"<sup>179</sup>, 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. 9. 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 2012	Agosto - Diciembre 2012	Enero 2013
[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. Adicionalmente, 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.

Adicionalmente, 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:

Imagen No. 10. 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"
[Redacted content]	

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

<sup>179</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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, lo que confirma una vez más la versión alejada de la realidad presentada en las observaciones al Informe Motivado de **ARGOS**.

De otra parte, frente a las explicaciones de **CEMEX** frente al trato especial que recibía de **ARGOS**, el Despacho advierte que **CEMEX** no logró darle 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 el Informe Motivado, 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 efecto, aunque en el primer cuadro del documento "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx", denominado "**BOLIVAR**" podría llegar a considerarse que el menor precio cobrado a **CEMEX**, en comparación con el precio cobrado a la filial de **ARGOS**, podría explicarse por la venta de un mayor número de toneladas y, en consecuencia, por la aplicación de un descuento superior en razón de las cantidades, pues **ARGOS** le vendió a **CEMEX** 7.108 toneladas, mientras que a su concretera filial 5.740 toneladas, lo cierto es que el volumen de toneladas vendidas nada tiene que ver con esta diferencia en los precios.

De hecho, como puede observarse en el segundo cuadro, denominado "**ZONA NORTE**", pese a que la concretera filial de **ARGOS** consumió más del doble de cemento concretero: 19.552 toneladas, en comparación con **CEMEX**: 7.108 toneladas, el precio real por tonelada cobrado a **CEMEX** sigue siendo menor. Además, dado que el número de toneladas vendidas a **CEMEX** coincide en ambos cuadros (7.108 toneladas) se concluye que el consumo de cemento de esta compañía en el departamento de Bolívar representó el consumo total de la zona norte, mientras que, por su parte, la concretera filial de **ARGOS** consumió una gran cantidad de cemento en otros departamentos de esta zona y aun así, su precio fue más elevado.

En segundo lugar, tal y como lo indicó la Delegatura, este Despacho cuenta con elementos probatorios que permiten constatar que, a nivel nacional, la concretera filial de **ARGOS** fue mucho mejor cliente que **CEMEX** durante este mismo periodo y respecto del mismo producto. Sobre el particular, se pone de presente el correo electrónico del 7 de agosto de 2013, con el asunto "*Información Revisoria Fisca*"<sup>180</sup>, remitido por **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**) y dirigido a **DIEGO SILVA** ([diegosilvaz@DELOITTE.com](mailto:diegosilvaz@DELOITTE.com)) con adjunto denominado "**DELOITTE RANKING DE VENTAS POR CLIENTES – 2050713.xlsx**"<sup>181</sup>. En la primera pestaña de este adjunto, se puede observar el ranking de los clientes de **ARGOS** por ventas de cemento gris acumulado a diciembre de 2012, así<sup>182</sup>:

<sup>180</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>181</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>182</sup> Para efectos ilustrativos, en este Informe solo se presenta la primera parte del cuadro, pues en el mismo se relacionan alrededor de 8.500 clientes.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 11. Hoja de Cálculo del archivo "DELOITTE RANKING DE VENTAS POR CLIENTES – 2050713.xlsx"

RANKING DE CLIENTES PADRES  
CEMENTO GRIS EN TON  
ACUMULADO A DICIEMBRE 2.012

CLIENTES	CEMENTO GRIS	
	Toneladas	Valor Facturado
[Redacted data]		

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

Como se observa en la tabla, la concretera filial de ARGOS (CONCRETOS ARGOS S.A. – 110) consumió mucho más cemento que la concretera de CEMEX (CEMEX COLOMBIA S.A. – 81894), y por lo tanto era un mejor cliente para el periodo y el producto por el cual ARGOS le cobró un mayor precio. En esa medida, no puede considerarse que la diferencia en estos precios se debió a la diferencia en la cantidad de toneladas vendidas, pues ARGOS le vendió a CEMEX una menor cantidad pero a un mejor precio que el de su propia concretera.

Este punto desvirtúa una de las defensas de CEMEX que afirmó que no se habían tenido en cuenta los volúmenes históricos, sino únicamente los del mes del documento. Sobre el particular es claro que sí se tuvo en cuenta, por lo menos, el volumen total vendido en 2012, que por supuesto no justifica el menor valor vendido a CEMEX respecto de los demás clientes de ARGOS, incluyendo a su propia concretera. Al respecto vale la pena llamar la atención también en que CEMEX se limitó a hacer la afirmación sin nombrar, siquiera, el volumen total que justificaría el trato anómalo que le dio ARGOS, que en contra de sus propios intereses le vendió a su mayor competidor con un precio menor al que vendió a su propia concretera y a sus demás clientes.

Aunado a lo anterior, como se expuso en el Informe Motivado, este Despacho cuenta con evidencias de que CEMEX no fue un buen pagador de sus obligaciones durante la misma época en que se concedieron los precios más bajos. Como fundamento de lo anterior, se tiene el correo electrónico del 8 de enero de 2013, con el asunto "RV: RV: FACTURAS CON VENCIMIENTOS A MAS DE 60 DIAS"<sup>183</sup> remitido por LUZ MARÍA BERNAL (funcionaria de ARGOS) y dirigido a ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE (Directora de Información Comercial de ARGOS), en el cual se adjunta el archivo denominado "CARTERA CEMEX A 8 ENERO 2013.xlsx"<sup>184</sup>. En este documento se incluye la siguiente tabla<sup>185</sup>:

<sup>183</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

<sup>184</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5 del Expediente.

<sup>185</sup> Por efectos ilustrativos, solo se presenta la parte del cuadro que incluye los datos a diciembre de 2012. Para realizar el cálculo de los días de vencimiento se ajustó la fórmula al día de creación del registro (8 de enero de 2013).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 12. Hoja de Cálculo del archivo "CARTERA CEMEX A 8 ENERO 2013.xlsx"

CARTERA CEMEX A 08/01/2013												
Cód cat2	Cód cat3	Nº ppal	Nº de cliente	Nº de documento	Tipo doc	Nº de orden de venta	Fecha L/M	Fecha factura	Fecha venc	Importe bruto	Importe pendiente	Días de venc

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

De conformidad con la información relacionada en este cuadro, se concluye que **CEMEX** no cumplía a tiempo las obligaciones contraídas con **ARGOS**, pues al 8 de enero de 2013, tenía facturas pendientes por pagar con más de un año de vencimiento. Por consiguiente, no era posible considerar que su comportamiento correspondía con aquel que se le atribuiría a un cliente cumplido y que por lo tanto llegase a justificar el menor precio y las mejores condiciones ofrecidas por **ARGOS**.

Al respecto, los investigadores se limitaron a indicar que el monto vencido en la facturación de **CEMEX** representaba un porcentaje insignificante para el valor total del contrato. En este punto se aclara que la forma en la que la Delegatura y ahora el Despacho valora la información de cartera de **CEMEX** tiene como propósito desvirtuar una posible razón que justificara el anómalo trato especial recibido por **CEMEX** de parte de su "gran competidor" **ARGOS** –razón que, dicho sea de paso, ni siquiera presentaron los investigadores–, por lo que con independencia de si la cartera es pequeña o no, no es el buen comportamiento de pagos de **CEMEX** el que le podría dar algo de sustento a esas transacciones con condiciones tan atípicas entre rivales.

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**, comportamiento que tiene explicación en el escenario de colaboración y coordinación entre dichos agentes de mercado, del que se ha venido hablando a través de esta Resolución.

Por todo lo expuesto, es claro que efectivamente **CEMEX** recibía un precio menor que los demás clientes de **ARGOS** por compra de cemento concretero, sin explicación racional alguna distinta al ambiente cooperativo que ya se ha venido delineando. Tanto es así que ninguno de los investigadores involucrados pudo traer una explicación razonable real que desvirtuara esta situación.

Se reitera que resulta aún más anómalo que los investigadores ante la argumentación de la Delegatura, ofrezcan una explicación evidentemente mentirosa, como lo hizo **ARGOS**, al indicar que no habría precio más bajo sino una comparación "indebida" de precios, o enuncien –sin ningún tipo de sustento– razones como las dadas por **CEMEX** quien indicó que no se tuvieron en cuenta volúmenes históricos, cuando sí se tuvieron en cuenta, o que la Delegatura omite el poder de negociación de **CEMEX**, cuando **CEMEX** no lo acredita y sí prescinde de referirse al poder de negociación de los demás clientes.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Finalmente se aclara que, contrario a lo interpretado por **CEMEX**, aquí no se considera ilegal una transacción realizada entre competidores. No obstante, no pueden pretender los investigados que este Despacho pase inadvertido un comportamiento como el observado, que se ajusta a los comportamientos coordinados que se han presentado como señal por parte la doctrina especializada como **Posner y Kovacic**, y de autoridades como la **OCDE** que resultan, a todas luces atípicos entre los dos competidores más grandes de un mercado susceptible de colusión, que han sido, adicionalmente, sancionados en el pasado por esta Autoridad por el mismo comportamiento y cuya explicación razonable por parte de los investigados brilla por su ausencia.

#### e) Préstamo a título gratuito del ladrillo refractario

En el acervo probatorio obra una serie de comunicaciones que dan cuenta de un ambiente colaborativo y de especial apoyo en situaciones de crisis entre **HOLCIM** y **CEMEX**, que vale la pena poner de presente para corroborar el escenario de cooperación y abstención de competir que ha demostrado el conjunto de pruebas circunstanciales citado hasta el momento.

En particular, se hace referencia a la 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**"<sup>186</sup>. La cadena de mensajes inició con un archivo adjunto denominado "**CEMEX.pdf**"<sup>187</sup>, contentivo de una carta en la cual **CEMEX** le solicitó formalmente el préstamo de ladrillo refractario básico a **HOLCIM**, en los siguientes términos:

#### Imagen No. 13. Documento denominado "CARTA PRESTAMO (sic) LADRILLO REFRACTARIO BÁSICO"



Ibagué, Agosto 17 de 2012

Señor  
Alfredo Estrada  
Holcim  
Director Operativo

Ref. Préstamo ladrillo refractario básico

Respetado señor,

Agradecemos su gentil colaboración para un préstamo de ladrillo refractario básico con el fin de completar las cantidades requeridas para una reparación de emergencia en uno de nuestros Hornos. Cemex Colombia S.A. Planta Caracolito se compromete a hacer la devolución de ladrillo básico a más tardar el 21 de Septiembre de 2012 en el destino que usted indique.

El detalle de las Cantidades y referencias requeridas son las siguientes:

Ladrillo Básico: Refratechnik,Almag af,b322 - 2.200 piezas  
Refratechnik,Almag af,b622 - 6.400 piezas

Atentamente,

  
**MAURICIO MANTILLA ESPINOSA**  
c.c. No. 91.262.407  
CEMEX COLOMBIA S.A.

Fuente: Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

Del contenido del mensaje es posible advertir que **CEMEX** atravesaba una situación de crisis en su Planta Caracolito, ubicada en el Departamento del Tolima, toda vez que uno de los hornos de dicha planta debía ser reparado de emergencia y requería de ladrillo refractario básico para tal fin. Ante

<sup>186</sup> Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

<sup>187</sup> Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

tal vicisitud, **CEMEX** acudió a **HOLCIM** y le solicitó tal insumo en calidad de préstamo por un periodo de aproximadamente un mes, término durante el cual no se pactó retribución económica alguna.

La solicitud de **CEMEX** fue reenviada por **ALFREDO ESTRADA** (para entonces Director de Operaciones de Cemento de **HOLCIM**) a **JOSÉ MONTAÑEZ** (funcionario de **HOLCIM**) el 20 de agosto de 2012<sup>188</sup>, en un mensaje que ofreció como contexto de tal requerimiento lo siguiente:

*"La original de esta carta llegará en breve, pero por lo pronto podemos con este correo iniciar el trámite para entregar el material. La idea es sacar el material del almacén con un vale provisional. La orden de salida del material por favor la firmas tu (sic) en mi ausencia puesto que yo estoy en Telerport desde mañana hasta el jueves.*

*El asunto ya está comentado con Auditoría y legal para garantizar la transparencia y claridad del préstamo. Por favor que Mónica archive todos los documentos necesarios (incluyendo correos).*

**Notar que la cantidad de ladrillos que menciona la carta es menor a lo que Cemex había manifestado en su primer correo.**

*Tener también en cuenta que Cemex es el responsable de mandar el transporte a planta Nobsa para recoger el material y que sería el mismo lugar donde deben entregar la reposición". (Negritas y subrayas fuera de texto).*

A partir de este último mensaje es posible advertir que **HOLCIM** habría accedido a cooperar, incluso en condiciones más favorables de las que **CEMEX** había requerido inicialmente, pues había estado dispuesto a adelantar procedimientos internos para prestar un número mayor de ladrillos del que finalmente le fue requerido.

En relación con esta cadena de mensajes, el Despacho pone de presente que la situación descrita da cuenta de un evidente ambiente de colaboración entre los agentes involucrados. Es a todas luces extraño en un supuesto escenario de rivalidad comercial, que 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.

Se resalta en este punto que 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. Lo único que se pone de presente es que las particularidades del escenario narrado dan cuenta de un ambiente de cooperación y colegaje coherente con los factores plus del elemento consciente hasta acá expuestos, en lugar que de la rivalidad e independencia comercial alegadas por los investigados.

Al respecto, recuérdese que la valoración de esta y las demás pruebas obrantes debe realizarse bajo el contexto ya reiterado, esto es, (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 antecedentes sancionatorios por violación del régimen de protección de la libre competencia económica; (iii) que los investigados no ofrecieron una explicación económicamente razonable ni verídica del paralelismo y de la manera como fijan los precios; y (iv) que se encuentra demostrado un comportamiento de precios paralelo que corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia. Vista bajo esta óptica, esta prueba sin duda se revela como un factor plus adicional de la conducta.

#### **f) Coincidencias migratorias**

De conformidad con la **OCDE** y retomando lo dispuesto por la Delegatura en su Informe Motivado, un tipo de evidencia circunstancial que puede considerarse como un factor plus del elemento consciente son las participaciones en reuniones o los viajes a destinos comunes de los competidores, tal y como se señala a continuación<sup>189</sup>:

<sup>188</sup> Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

<sup>189</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). *Prosecuting Cartels Without Direct Evidence*. 2006. Pág. 20. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"Existen diferentes tipos de evidencia circunstancial. Uno de ellos es la evidencia de que los agentes que participan en el cartel se reunieron o se comunicaron de uno u otro modo, pero que no describe el contenido de sus comunicaciones. Podría llamarse evidencia de "comunicación" para los propósitos de esta discusión. Esta Incluye:

- Registros de conversaciones telefónicas entre competidores (pero no su contenido), o de viajes a un destino común o la participación en una reunión, por ejemplo, durante una conferencia comercial". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En virtud de lo anterior y con el único fin de verificar si tal factor plus puede predicarse del caso en concreto, esta Superintendencia recabó elementos probatorios que permiten advertir que altos directivos de las empresas investigadas coincidieron en varias oportunidades por fuera del país, en la mayoría de las veces en la misma ciudad.

A continuación, se relaciona la información de los viajes internacionales que tuvieron lugar durante el periodo investigado y que involucran a altos funcionarios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, muchos de los cuales son investigados en la presente actuación administrativa:

**Tabla No. 17. Coincidencias migratorias entre altos funcionarios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM durante el periodo investigado**

No.	Año	Ciudad y país de coincidencia	Persona - Cargo - Empresa	Investigado	Fecha salida	Fecha regreso
1	2010	Ciudad de Panamá, Panamá	[REDACTED]	Sí	26-08	27-08
			[REDACTED]	Sí	25-08	27-08
			[REDACTED]	Sí	26-08	27-08
2	2010	Ciudad de Panamá, Panamá	[REDACTED]	No	29-11	30-11
			[REDACTED]	Sí	29-11	30-11
3	2011	Ciudad de Panamá, Panamá	[REDACTED]	Sí	28-01	28-01
			[REDACTED]	Sí	28-01	28-01
			[REDACTED]	Sí	28-01	28-01
4	2011	Ciudad de Panamá, Panamá	[REDACTED]	Sí	08-06	10-06
			[REDACTED]	No	08-06	10-06
			[REDACTED]	No	08-06	10-06
			[REDACTED]	Sí	08-06	09-06
5	2011	Ciudad de Panamá, Panamá	[REDACTED]	Sí	04-10	05-10
			[REDACTED]	Sí	04-10	06-10
			[REDACTED]	Sí	04-10	Desde Miami 06-10
6	2011	Quito, Ecuador	[REDACTED]	Sí	27-10	29-10
			[REDACTED]	No	27-10	29-10
			[REDACTED]	Sí	26-10	29-10
7	2012		[REDACTED]	Sí	23-02	24-02

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

No.	Año	Ciudad y país de coincidencia	Persona - Cargo - Empresa	Investigado	Fecha salida	Fecha regreso
		Ciudad de Panamá, Panamá		No	23-02	24-02
		Ciudad de Panamá, Panamá		Sí	23-02	24-02
8	2012	Ciudad de Panamá, Panamá		Sí	28-06	29-06
		Ciudad de Panamá, Panamá		No	28-06	29-06
		Ciudad de Panamá, Panamá		Sí	28-06	29-06

Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>190</sup>.

Como se observa en el cuadro, durante el periodo investigado se presentaron ocho (8) coincidencias migratorias que involucraron a altos funcionarios de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** y que representan, en últimas, oportunidades para establecer comunicación entre sí.

Llama la atención de este Despacho que siete (7) de las ocho (8) coincidencias encontradas hayan tenido lugar en Panamá, con fechas de ingreso y de salida casi idénticas, y siempre con duraciones no superiores a tres (3) días, muchas de ellas, de un día para otro.

El destino de casi todas estas coincidencias (Panamá) también resulta llamativo para esta Superintendencia, teniendo en cuenta que, mediante Resolución No. 51694 de 2008, esta Superintendencia sancionó a los mismos agentes hoy investigados por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios y de repartición de mercados, tomando como evidencia clave del cartel empresarial un documento, expuesto anteriormente, que se denominó casualmente, "Presentación Panamá"<sup>191</sup>. El documento, que fue recaudado por esta Superintendencia en una visita efectuada a **HOLCIM** el 18 de octubre de 2006, daba cuenta de una presentación a realizarse en Panamá en la que se evidenciaba el reparto histórico de mercado del otrora cartel empresarial formado entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** y que fue sancionado en 2008.

Lo concerniente a la duración es relevante, ya que **CEMEX** expuso en su defensa que la fuente de las coincidencias migratorias, que es un archivo enviado por **MIGRACIÓN COLOMBIA**<sup>192</sup> a solicitud de esta Superintendencia, no precisa el destino final de los desplazamientos, de manera que los países indicados como destino podrían representar simples conexiones. Pues bien, el Despacho aprovecha esa salvedad para anotar que precisamente ese hecho hace más llamativa la coincidencia, pues para los viajes que requieren conexiones difícilmente se destinan periodos de tan poca duración.

En relación con la coincidencia migratoria en la que convergen los tres agentes investigados, que tuvo lugar en Quito (Ecuador) entre el 26 y el 29 de octubre de 2011, esta Superintendencia advierte que el único agente investigado que dio explicación sobre la causa de su viaje fue **ARGOS** (participación en la Asamblea de la Federación Interamericana del Cemento - **FICEM** de esa anualidad)<sup>193</sup>, evento que, en efecto, acaeció durante las fechas del viaje.

**CEMEX**, por su parte, afirmó que esta coincidencia no era cierta, ya que su funcionario estaba regresando al país y no saliendo del mismo (en contraste con los demás funcionarios de los competidores que viajaron). Sobre el particular este Despacho advierte que tal aclaración es incorrecta.

De la información que envió **MIGRACIÓN COLOMBIA** y que sirvió de base para realizar los análisis aquí anotados, es posible concluir que **JUAN CARLOS CÁRDENAS REY**, Representante Legal Suplente de **CEMEX** para la época, salió del país con destino a Quito (Ecuador), el 27 de octubre

<sup>190</sup> Folios 6417 a 6419. Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>191</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 51694 de 2008. Hojas No. 112 a 115.

<sup>192</sup> *Ibidem*.

<sup>193</sup> Folio 7810 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de 2011 y regresó al país el 29 de octubre de 2011, tal y como lo hicieron los funcionarios de ARGOS y HOLCIM (con la aclaración de que el funcionario de HOLCIM salió del país un día antes).

A continuación se muestra la información que dispone el archivo original enviado por MIGRACIÓN COLOMBIA y se usan los mismos términos de tal documento, con el fin de corroborar lo aquí expuesto:

Tabla No. 18. Viaje a Quito de JUAN CARLOS CÁRDENAS REY de CEMEX

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	F. Viaje	Dest./Proc.	P. Control	I/E	Dest. Final
CÁRDENAS	REY	JUAN CARLOS	27/10/2011	QUITO	AEROPUERTO EL DORADO	E	QUITO
CÁRDENAS	REY	JUAN CARLOS	29/10/2011	QUITO	AEROPUERTO EL DORADO	I	QUITO

Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>194</sup>.

A partir de la tabla puede leerse que JUAN CARLOS CÁRDENAS REY tuvo un egreso (E) del país el 27 de octubre de 2011 con destino a Quito (Ecuador), y un ingreso (I) al país el 29 de octubre de 2011, procedente de la misma ciudad<sup>195</sup>. Esto quiere decir que, en efecto, hubo un viaje de ida y regreso a tal destino en las fechas indicadas.

Los mismos movimientos se predicen de JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO (ARGOS) y de MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ (HOLCIM), como se muestra a continuación:

Tabla No. 19. Viaje a Quito de JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO de ARGOS y de MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ de HOLCIM

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	F. Viaje	Dest./Proc.	P. Control	I/E	Dest. Final
VELÁSQUEZ	JARAMILLO	JORGE MARIO	27/10/2011	QUITO	AEROPUERTO EL DORADO	E	QUITO
VELÁSQUEZ	JARAMILLO	JORGE MARIO	29/10/2011	QUITO	AEROPUERTO EL DORADO	I	QUITO

Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	F. Viaje	Dest./Proc.	P. Control	I/E	Dest. Final
RUBALCAVA	MÉNDEZ	MIGUEL ÁNGEL	26/10/2011	GUAYAQUIL	AEROPUERTO EL DORADO	E	QUITO
RUBALCAVA	MÉNDEZ	MIGUEL ANGEL	29/10/2011	QUITO	AEROPUERTO EL DORADO	I	QUITO

Fuente: Elaboración de la Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente<sup>196</sup>.

Es preciso anotar en este punto, que pese a que CEMEX y HOLCIM argumentaron en su defensa que la Delegatura no indicó qué funcionario de cada compañía viajó en cada momento, lo cierto es que esta información siempre ha estado disponible para los investigados en los folios 6417 a 6419 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente, donde obran los archivos originales enviados por MIGRACIÓN COLOMBIA a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Finalmente, respecto de HOLCIM, el Despacho advierte que no hizo mención alguna en relación con esta coincidencia en particular.

De lo anterior se colige que la coincidencia migratoria que involucra a las tres empresas investigadas, efectivamente, tuvo lugar; que durante tales fechas se realizó un evento donde eventualmente pudieron converger los funcionarios y establecer comunicación entre sí; y que la

<sup>194</sup> Folio 6419 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>195</sup> En la comunicación que envió MIGRACIÓN COLOMBIA, tal autoridad aclaró lo siguiente en relación con la terminología usada en sus cuadros: "Para mayor información de nuestras planillas debemos aclarar que la E corresponde a salida y la I a Ingreso del País". Folio 6417 (reverso). Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>196</sup> Folio 6419. Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

coincidencia de destino no fue suficientemente explicada por todos los agentes involucrados, al punto que algunos optaron por negarla antes que dar cuenta de su causa.

En virtud de lo expuesto, es posible concluir que en este caso en particular existe evidencia circunstancial de registros de viajes a un destino común que la Superintendencia puede considerar como un factor plus, según los elementos que ilustra la OCDE. 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, y tiene coherencia con el entorno colaborativo y sin competencia en el que se desenvuelven las investigadas, que analizado en conjunto con las demás pruebas y bajo el contexto ya citado, da cuenta del elemento consciente de su conducta.

#### **7.6.2.2.5. En relación con la conducta procesal de ARGOS como indicio de la conducta restrictiva**

Este Despacho evidencia que ARGOS ha tenido una conducta procesal reprochable en el transcurso de esta actuación administrativa, corroborando los hallazgos de la Delegatura. En efecto, además de las mentiras que ya se han destacado en capítulos precedentes, relacionadas con la formación de sus precios y con pruebas como la venta de cemento concretero a CEMEX, se encontraron diversas inconsistencias en la información reportada en respuesta a los requerimientos realizados por la Delegatura, que pueden constituir un indicio de la conducta. Lo anterior, de conformidad con el artículo 241 del Código General del Proceso –que reproduce íntegramente el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil<sup>197</sup>–, que establece lo siguiente:

*"Artículo 241. La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes."*

A continuación, se expondrá cada uno de los sucesos que dan cuenta del comportamiento procesal indebido por parte de ARGOS.

#### **- Sobre los precios sin IVA y flete requeridos por la Delegatura**<sup>198</sup>

Esta Superintendencia, en la visita administrativa practicada en las instalaciones de ARGOS, ubicadas en Medellín (Antioquia), el 6 y 7 de diciembre de 2012, dejó requerida la información que a continuación se enlista, para que la misma fuera entregada a más tardar el 10 de diciembre de 2012<sup>199</sup>:

*"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 2012<sup>200</sup>, en la que indicó:

<sup>197</sup> "Artículo 249. La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes".

<sup>198</sup> En este aparte el Despacho acoge el análisis realizado por la Delegatura en el Informe Motivado.

<sup>199</sup> Folios 180 a 181 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

<sup>200</sup> Folios 183 a 185 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"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. 43ª- 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:

(...)

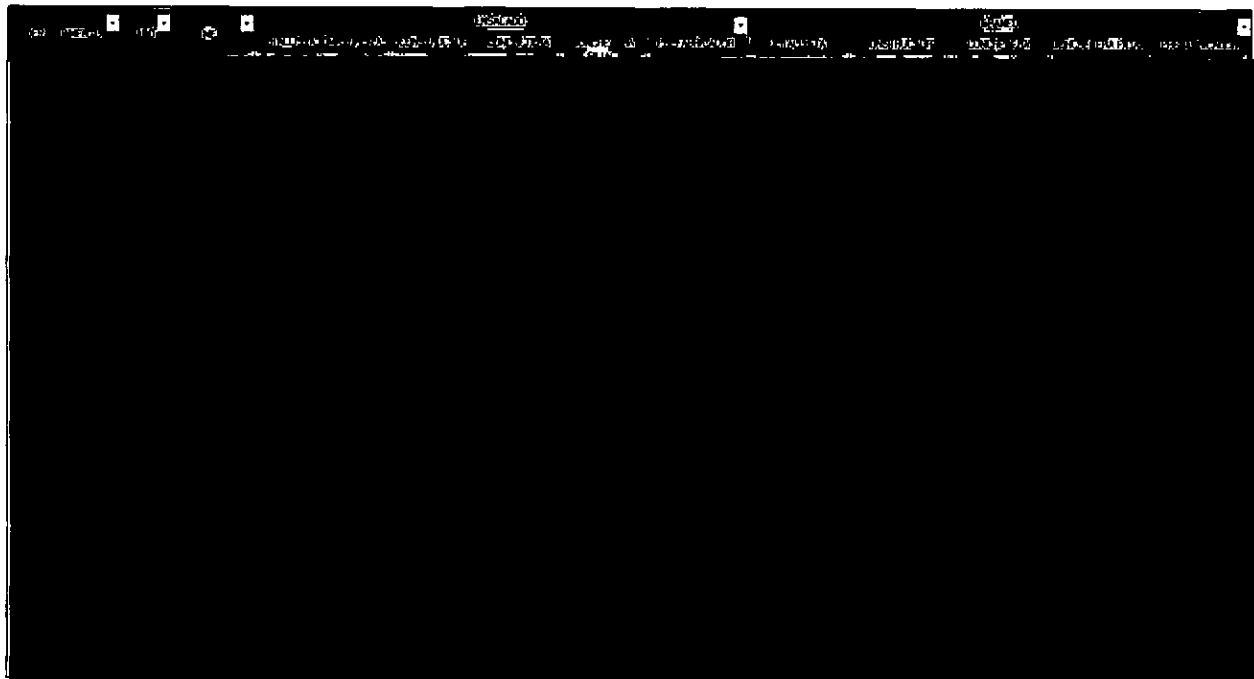
- Cabe resaltar que en la Compañía no se maneja información de Precio Ex Fábrica por cuanto como ya se anotó el cemento es entregado al cliente en el lugar que él indique y por tanto el precio que se cobra incluye costos de flete. No obstante en la medida en que por varios años en razón al condicionamiento 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.

(...)" (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 con 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, así:

#### Imagen No. 14. Anexo 3 de la respuesta allegada a la Superintendencia de Industria y Comercio

PRECIO PROMEDIO DE VENTA CEMENTO GRIS  
POR SEGMENTOS



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, ARGOS únicamente envió la información hasta junio de 2012. Sobre este

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

punto, **ARGOS** indicó en diversas comunicaciones<sup>201</sup> que ellos no llevaban esta información, no obstante, en razón del condicionamiento impuesto por esta Superintendencia mediante Resolución No. 13544 de 26 de mayo de 2006, llevaron este registro desde la fecha de dicho condicionamiento hasta junio de 2012<sup>202</sup> y por eso, solo pudieron allegar la información solicitada por la Delegatura hasta el primer semestre de 2012.

Este argumento fue reiterado por **ARGOS** en sus observaciones al Informe Motivado, 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 cumplimiento al condicionamiento a la información sobre precios promedio de venta de cemento gris por segmentos.

Pese a las afirmaciones realizadas por **ARGOS**, esta Superintendencia pudo evidenciar que la empresa sí contaba con los precios solicitados y que decidió dejarlos de entregar. Así se desprende del correo electrónico de 8 de diciembre de 2012<sup>203</sup>, 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"<sup>204</sup>; Copia de Barranquilla – entrega 081212.xlsx", 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, lo cual no solo indica que sí la tenía a disposición, sino que bien sabía que el requerimiento también abarcaba los meses de junio a diciembre de 2012 y que consideró la posibilidad de "eliminarla[s]", solo a la espera de la evaluación que hiciera la destinataria del correo electrónico.

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 omitió la entrega de la información sobre los precios de junio a diciembre de 2012, los cuales se reitera, sí tenía.

El episodio habla por sí solo. **ARGOS** contaba con la información completa, decidió eliminarla u omitirla en forma deliberada y, enterado del alcance del requerimiento de la Superintendencia, lo atendió con información incompleta.

<sup>201</sup> Folios 183 a 185 y folios 626 a 628 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 1 del Expediente.

<sup>202</sup> 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".

<sup>203</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

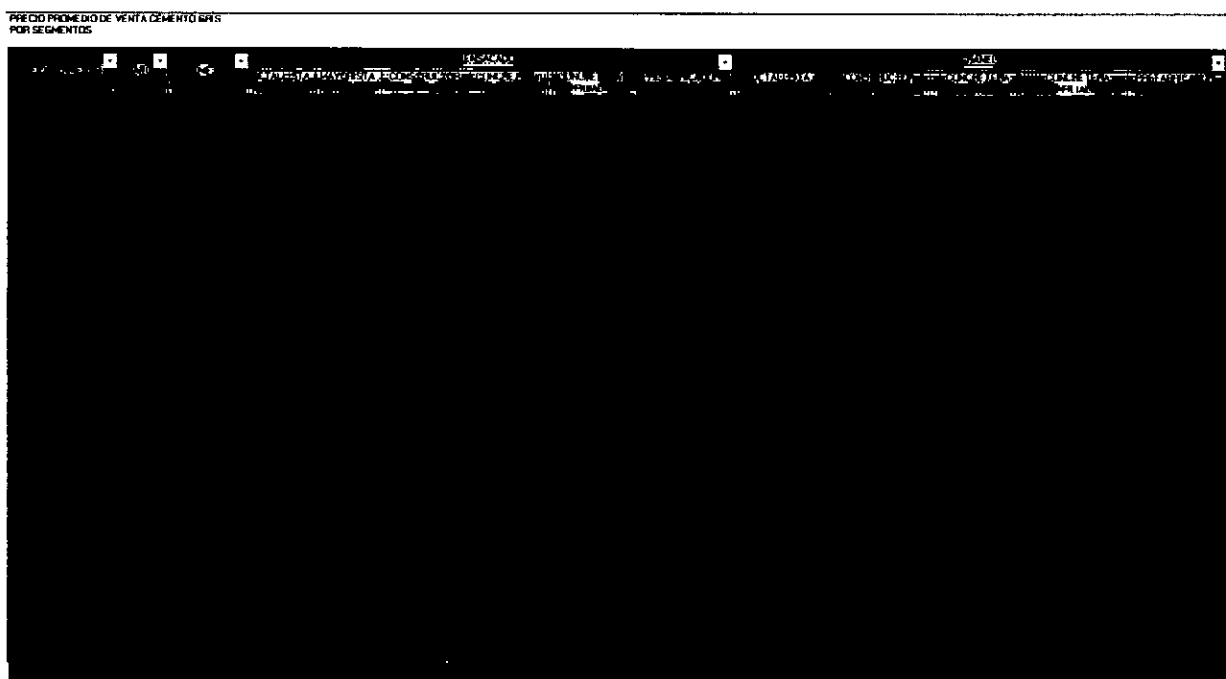
<sup>204</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Ahora, una vez revisado el archivo adjunto del correo cruzado entre las empleadas de **ARGOS**, se pudo verificar 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**.

Uno de los anexos del correo electrónico del 8 de diciembre de 2012 –cuando aún no se había allegado, por parte de **ARGOS**, la respuesta al requerimiento realizado por esta Superintendencia– corresponde con el siguiente archivo<sup>205</sup>:

**Imagen No. 15. Hoja de Cálculo del archivo "Precio Promedio por Segmento 2.009-2.012.xlsx"**



Fuente: Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

La anterior imagen, correspondiente con el documento adjunto al correo electrónico cruzado entre las funcionarias de **ARGOS**, muestra el cálculo de los precios promedio de venta de cemento gris por segmento y por departamento, 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 según el cual 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 tenían 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.*

*(...)*

**Eso no lo entregamos porque es una interpretación equivocada de la persona que me envió la información.**

*(...)*

<sup>205</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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". (Negritas 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 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.

Sobre el particular, **ARGOS** indicó en sus observaciones al Informe Motivado que decidió de buena fe entregar información hasta el corte de los condicionamientos impuestos. Es decir, que habrían remitido la información únicamente hasta junio de 2012 para ser "consistentes", pues solo para esa fecha se tenían precios ex fábrica.

Para este Despacho resulta más que llamativo este argumento pues, en primer lugar, en ninguna parte del requerimiento se 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**, que pudiera explicar la "confusión" de la investigada.

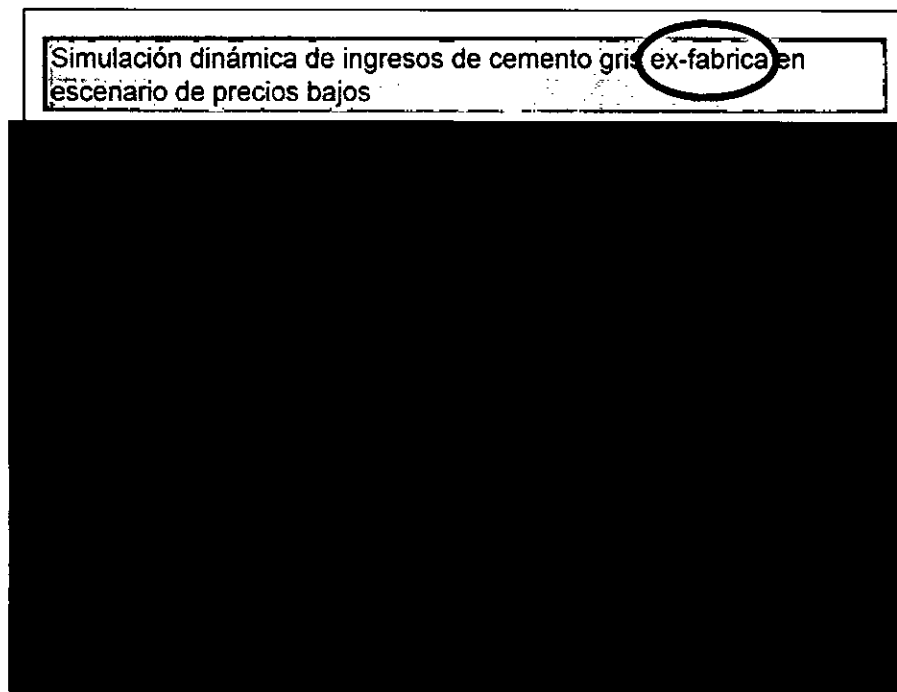
En segundo lugar, los términos en que se requirieron los precios ni siquiera se refirieron al nombre de "ex – fábrica" (que podrían sustentar la confusión con el lenguaje de los condicionamientos), sino a precios sin costo de transporte (flete) e IVA, que aun de no ser manejados por la empresa podían 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.

En tercer lugar, este Despacho encontró que **ARGOS** sí 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*"<sup>206</sup>, creada en 2014, en la que se evidencia el uso de este tipo de precios en sus proyecciones:



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 16. Diapositiva del archivo "Junta Abril v1.ppt"



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

Por lo expuesto, es claro que no existe explicación razonable que justifique el comportamiento omisivo de ARGOS respecto de la entrega de 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 se vio obligada a realizar incluso después de practicada la audiencia de argumentación verbal, ARGOS allegó la información requerida, con las observaciones respectivas que ello le mereció. Lo que pudo haberse realizado en el 2012 y en el 2013.

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 Pórtland 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) 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 Fabrica 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<sup>207</sup>:

**"HOLA  
RECUERDA PASARME LOS ARCHOIVOS (sic) QUE YA ESTAN (sic) LISTOS**

Paola Susana Valencia [02:28 p.m.]:

**yaa  
te pase (sic) los de clientes**

<sup>207</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**dales una miradita**

*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  
cambio de info**

Adriana Maria Rodriguez [03:45 p.m.]:

**La compañía no maneja información de precio Ex Fabrica (sic)** por cuanto el cemento es entregado al cliente en el lugar que el (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 I Ensacado, **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 el entregado al cliente (sic) en el lugar que el cliente indique" (Subraya 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:

"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 fabrica 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 debíamos 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 destacado fuera de texto)

En ese sentido, ARGOS volvió a incumplir el requerimiento de información de esta Superintendencia de forma injustificada, pues se probó que ARGOS sí contaba con los datos requeridos y, en todo caso, aun cuando no los tuviera, podía obtenerlos fácilmente de su registro de precios. Estas

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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.

Sobre el particular debe destacarse que esta situación es suficiente para configurar un comportamiento procesal reprochable, pues se impidió a esta Entidad obtener información esencial para la investigación, dado que se trataba de datos de precios que evidentemente eran necesarios para mostrar una conducta de **paralelismo de precios**. Nótese que solo hasta 2016 pudo contarse con una información requerida desde 2012. Información frente a la que los investigados tenían conciencia de su carácter de fundamental para el desarrollo de la investigación.

No obstante lo anterior, este Despacho encontró, además del comportamiento expuesto, dos situaciones más que configuran una indebida conducta procesal, según se pasa a exponer.

**- Respetto de la información sobre la capacidad de producción**

Este Despacho resalta que, durante la investigación, **ARGOS** fue requerida varias veces para que aportara información respecto de la capacidad nominal y real de producción de cada una de sus plantas, respondiendo 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 Portland 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, la Delegatura 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 habían podido obtener fácilmente la información solicitada por esta Superintendencia, que 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.

En ese mismo sentido se destaca que en efecto, mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-17 de 27 de abril de 2012<sup>208</sup>, 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 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, la Delegatura, durante la etapa de investigación, 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 compañía<sup>209</sup>. Este requerimiento fue respondido por **ARGOS** mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-787 del 8 de febrero de 2016<sup>210</sup>.

Sin embargo, al comparar los datos de capacidad de producción reportada, la Delegatura destacó diversas inconsistencias entre ambos documentos, frente a las cuales ahora **ARGOS** afirma que, mientras que los datos reportados en 2012 correspondían a producción, los de 2016 sí eran de capacidad. Sobre el particular se resalta que 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.

<sup>208</sup> Folios 65 y 66 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>209</sup> Folios 6296 a 6300 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

<sup>210</sup> Folios 6272 a 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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 fundamentales en conductas como la aquí estudiada. 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 del cemento gris Pórtland tipo 1**

Este Despacho, al igual que lo hizo la Delegatura en su Informe Motivado, encontró 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 Pórtland tipo 1 realizadas con la razón social **CEMENTOS ARGOS S.A.**

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 Pórtland 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).*

Respecto de la información relacionada con las exportaciones e importaciones de cemento gris Pórtland 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 I: CEMENTOS ARGOS S.A.** no ha exportado ni importado a Colombia Cemento Gris Portland Tipo I, durante el periodo solicitado". (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Esta respuesta fue reiterada por **ARGOS** en la comunicación radicada con el No. 11-116942-793 del 31 de mayo de 2016<sup>211</sup>.

Recibida esta información, la Delegatura contrastó la información allegada por **ARGOS** con la información remitida por la **DIAN** y encontró que la información aportada por **ARGOS** no correspondía con la información 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 a esta Delegatura la información relacionada con la exportación e importación de cemento gris Pórtland tipo 1 realizada por esta empresa para el periodo 2005 – 2016.

Por lo anterior, mediante comunicación radicada con el No. 11-116942-865 del 16 de junio de 2017, **ARGOS** 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 Pórtland, no solamente el cemento gris Pórtland 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**, 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 Pórtland tipo 1 en el periodo de esta 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 Pórtland tipo 1 en el periodo investigado:

<sup>211</sup> Folios 6301 a 6304 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**Tabla No. 20. Declaraciones de exportación de cemento gris Pórtland tipo 1 ARGOS (2010 a 2012)**

Año 2010	6007518573901, 6007516573168, 6007519423691, 6007514335700, 6007511091946, 6007520491214, 6007510730317, 6007512785928, 6007516141181, 6007515125462, 6007521102932, 6007521150645, 6007521767937, 6007520200660, 6007512115034, 6007519219001, 6007515927027, 6007518917804, 6007521510995, 6007520621977, 6007512041340, 6007510692095, 6007511563071, 6007513446674, 6007513250904, 6007511653301, 6007516290291, 6007512325399, 6007521767921, 6007510884727, 6007513786427, 6007519646311, 6007516141128, 6007518938374, 6007511699228, 6007515751121, 6007510618921, 6007516952193, 6007515476454, 6007512115059, 6007521102941, 6007516141199, 6007513699899, 6007513250896, 6007515125471, 6007516952226, 6007510855209, 6007514774274, 6007516604110, 6007514910707, 6007513952759, 6007511653291, 6007512482918, 6007510813583, 6007513430703, 6007512482885, 6007513699907, 6007513952711, 6007511028142, 6007510813576, 6007512291435, 6007512041333, 6007517362380, 6007519646302, 6007515476461, 6007521102957, 6007515125455, 6007521150638, 6007512482900, 6007513699946, 6007512482932, 6007512482941, 6007511028181, 6007511028199, 6007511028207, 6007511028239, 6007517362413, 6007517362438, 6007517362420, 6007517362406, 6007517362373, 6007517362588, 6007511028167, 6007517362398, 6007513952734, 6007516604103, 6007513952766, 6007513952806, 6007513952813, 6007513952798, 6007511028214, 6007511028174, 6007512482878, 6007515125494, 6007515125344, 6007515125487, 6007512482892, 6007513430710, 6007512291451, 6007516952219, 6007511028221, 6007519646549, 6007512115066, 6007515125448, 6007512482925, 6007513699939.
Año 2011	6007533303035, 6007528501717, 6007525556483, 6007524120649, 6007522663812, 6007526122951, 6007530726261, 6007529733768, 6007527473627, 6007534763444, 6007522569564, 6007530726293, 6007526122983, 6007532986628, 6007528736566, 6007529543751, 6007524287829, 6007523162906, 6007526045099, 6007532487837, 6007531363833, 6007527207916, 6007523555258, 6007524859494, 6007525853684, 6007528501731, 6007529727419, 6007527580581, 6007533303010, 6007530726279, 6007522663821, 6007522796282, 6007526122969, 6007531865034, 6007534131701, 6007524653429, 6007524068284, 6007529751936, 6007530726286, 6007522730981, 6007529843948, 6007531054878, 6007528501724, 6007533303003, 6007527473611, 6007526616376, 6007525853677, 6007529843890, 6007527473634, 6007524653396, 6007531054860, 6007524120624, 6007526616914, 6007527580605, 6007524071077, 6007534131677, 6007522731023, 6007527684252, 6007522731009, 6007531054853, 6007529843930, 6007527684238, 6007522731030, 6007524653404, 6007532986610, 6007530726301, 6007534131717, 6007524069741, 6007526122976, 6007527684245, 6007534131749, 6007522731055, 6007527580597, 6007529737491.
Año 2012	6007546252693, 6007537635617, 6007535498084, 6007544269110, 6007541036102, 6007544269095, 6007544076978, 6007546481995, 6007544269103, 6007545454546, 6007544269070, 6007546252701, 6007546198611, 6007535498091, 6007545454553, 6007545454560, 6007546198627, 6007548092845, 6007548132138, 6007547988331.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información del Expediente.

Sobre el particular, argumentó **ARGOS** 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 Pórtland tipo 1 corresponden a productos elaborados con fundamento en normas técnicas diferentes.

En ese sentido concluyeron que efectivamente no se exportó ningún producto que correspondiera con las características físicas del cemento gris Pórtland tipo 1 comercializado a nivel nacional.

Al respecto, este Despacho destaca 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 Pórtland tipo 1 la exportación de productos que **ARGOS** considera que no cumplen las características de dicho

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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 Pórtland tipo 1 y se hicieran las consideraciones que fueran pertinentes.

Debe resaltarse además, 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 Pórtland 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 Pórtland 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.

#### **7.6.2.2.6. Conclusiones sobre el acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela o paralelismo consciente**

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 Pórtland 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 Pórtland tipo 1 entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.
- ✓ Se encuentra demostrado a través de evidencia económica (marcadores de Harrington), 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 consciente 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 reprocharse 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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

(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 actuación 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 concretero con "precio especial". Serie de documentos internos de ARGOS que dan cuenta de la venta de cemento concretero 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".

(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 requerido 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 pudieron 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.

### 7.6.2.3. Sobre la conducta de acuerdo de repartición de mercados

Además del acuerdo de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos les imputó a los investigados la infracción del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, haber presuntamente incurrido en un acuerdo de repartición de mercados.

Al respecto, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos señaló que las participaciones de mercado de los investigados en los departamentos habrían permanecido estables durante el periodo investigado, incluso ante la llegada de nuevos competidores. La Delegatura manifestó que se observaba que *"los precios mantienen una tendencia conjunta al alza y la cuotas por departamento no se modifican de manera significativa, sin síntoma que de que los competidores pretendan ingresar a regiones en donde son fuertes otras compañías"*.

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 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 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

### 7.6.2.4. Sobre la infracción a la Prohibición General

De conformidad con lo dispuesto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, las empresas investigadas habrían infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual establece lo siguiente:

*"Artículo 1. Prohibición general. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros,*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

(...)"

Sobre el particular cabe anotar que esta Entidad<sup>212</sup> y la propia Corte Constitucional (mediante Sentencia C-032 de 2017 que declaró la exequibilidad de la norma citada) han identificado tres (3) conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el citado artículo: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Pues bien, en la presente actuación administrativa la imputación de la prohibición general que se formuló en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y que se analizará de cara a los hechos probados, corresponde al segundo y tercer supuesto de la disposición normativa, es decir, la presunta infracción a la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y la presunta infracción a la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En relación con la presunta infracción a la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos identificó tres (3) hechos que habrían configurado la conducta:

- (i) La existencia de mecanismos o procedimientos de verificación del comportamiento de competidores, en especial, el denominado *tracking* de precios e intercambio de información.
- (ii) La falta de apreciación de actividades encaminadas a contrarrestar los efectos que pudiesen generar la entrada de un nuevo competidor.
- (iii) La colaboración para la compra-venta de materias primas y otros elementos entre las empresas investigadas, que permitiría inferir la intención de no competir.

Al respecto, el Despacho, después de analizar los resultados de la investigación y la totalidad del acervo probatorio, comparte las conclusiones de la Delegatura expuestas en el Informe Motivado en relación con el chequeo de precios<sup>213</sup> y, en virtud de ello, no emitirá juicio de reproche alguno en relación con el uso de este mecanismo. En efecto, el Despacho considera que los mecanismos o procedimientos de verificación de competidores que la Delegatura identificó inicialmente como posibles elementos infractores de la prohibición general, no tienen la entidad suficiente para ser reprochados, ni como conductas individualmente consideradas, ni en conexión con el acuerdo de precios que como se probó, tuvo lugar en la modalidad de paralelismo consciente.

Ahora bien, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos afirmó que parecía existir colaboración para la compra-venta de materias primas (como caliza) y otros materiales entre las empresas cementeras investigadas, y que este hecho permitiría inferir su intención real de no competir<sup>214</sup>.

Pues bien, tras analizar los resultados de la investigación y el acervo probatorio del Expediente, el Despacho encuentra que en efecto, existieron múltiples conductas que dan cuenta de un ambiente cooperativo entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM, que incluso resultaban contrarias a sus propios intereses, ambiente de "amiguismo" entre competidores que de ninguna manera se compecece con

<sup>212</sup> Entre muchas otras: Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014. "Por la cual se impone unas sanciones y se adoptan otras decisiones".

<sup>213</sup> La Delegatura dispuso en su Informe Motivado que el chequeo de precios en sí mismo no implicaba la realización de una conducta restrictiva de la libre competencia, y no emitió juicio de reproche alguno respecto de este mecanismo en el caso en concreto. No obstante, aclaró que la legalidad intrínseca de esta herramienta de mercado no eliminaba tampoco la posibilidad de que fuera usada ilegítimamente en un caso dado.

<sup>214</sup> Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013, Hoja No. 74.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

un mercado en competencia. No obstante, considera que tales conductas, por sí mismas, no pueden constituir una práctica contraria al régimen de libre competencia. Lo anterior ya que, en el presente caso, su juicio de reproche deviene de su análisis conjunto con los demás "factores plus" que conforman el elemento consciente, de manera que solo a partir de su unidad interpretativa estas actuaciones resultan indiciarias del actuar restrictivo de la competencia aquí imputado y demostrado.

Así las cosas, el Despacho concluye que estas actuaciones se subsumen en la dinámica del cartel de precios identificado en la modalidad de paralelismo consciente, por lo cual no es posible catalogarlas como una práctica anticompetitiva de manera autónoma.

Por su parte, en relación con la configuración del otro supuesto de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 imputado en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, esto es, haber incurrido presuntamente en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a mantener o determinar precios inequitativos, la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos indicó que se buscaría establecer "si los precios del cemento gris cobrados por las empresas involucradas en las conductas presumiblemente anticompetitivas fueron inequitativos para el mercado colombiano y no respondieron a un libre juego de oferta y demanda"<sup>215</sup>.

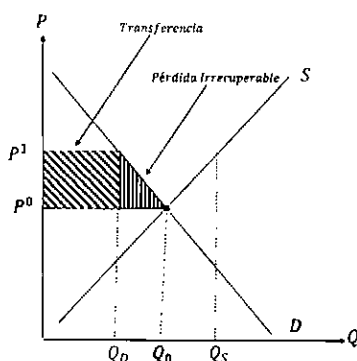
En este punto, el Despacho coincide con la conclusión de la Delegatura en el sentido de que no se encontraron elementos de juicio suficientes para concluir que en este caso se hubiese infringido la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la fijación de precios inequitativos. En consecuencia, el Despacho ordenará el archivo de la investigación en lo que concierne a esta imputación en particular.

En síntesis y de acuerdo con todo lo anterior, el Despacho ordenará archivar la presente actuación administrativa por la imputación que se hizo en relación con la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

#### 7.6.2.5. Estimación del impacto potencial de la conducta analizada

La cuantificación del efecto que un cambio de precios en un mercado pueda tener sobre los consumidores finales es un tema ampliamente estudiado por diferentes expertos en microeconomía, interesados en esta materia. Trabajos como el de Samuelson (2006), Krugman (2004), Varian (1998) y Tirole (2002), abordan el tema, reconociendo que en cualquier caso, el cambio en el excedente del consumidor resulta ser una variable que captura adecuadamente el efecto mencionado.

A efectos de ilustrar esta idea, la siguiente gráfica propone un primer método de cuantificación del cambio en el excedente del consumidor.



Como se observa, un incremento en precios de  $P^0$  a  $P^1$  genera una distorsión en el mercado, provocando una contracción importante de la cantidad demandada frente a la oferta potencial. Lo anterior conlleva una pérdida de bienestar del consumidor explicada por dos (2) componentes: (i) de una parte existe una transferencia de recursos de los consumidores a los productores; y (ii) de otro lado, una pérdida irrecuperable de bienestar en el mercado, explicada esta última por el grado de elasticidad de la demanda en el mercado.

<sup>215</sup> Resolución No. 49141 del 21 de agosto de 2013, Hoja No. 75.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Así, fruto de un cambio exógeno en el nivel de precio del producto, el cual podría ser generado, entre otras cosas, por un cartel empresarial de fijación precios, el excedente del consumidor se afecta negativamente y por ende su bienestar.

Ahora bien, sin perjuicio de que un acuerdo cartelista de precios resulte ser una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica *per se*, realizar una estimación del daño potencial de la conducta en el mercado puede ser útil para reconocer la gravedad de la misma. Economistas como van Dijk y Verboven<sup>216</sup> reconocen que la cuantificación del daño provocado por la conducta, puede ser un insumo importante para la decisión final de la autoridad de protección de la libre competencia económica en cuanto a que sirve como ilustración de lo gravoso para el mercado.

En este sentido, autoridades de competencia como la Comisión Europea y redes de autoridades de competencia como el Centro Regional de Competencia para América Latina, han publicado documentos y guías no vinculantes en los cuales desarrollan un conjunto de herramientas económicas cuantitativas para la estimación del daño producido por los carteles empresariales y demás conductas anticompetitivas acaecidas en los mercados.

En el proceso de identificación teórica del daño potencial de la conducta, el primer elemento a considerar es la determinación del escenario contrafactual. Esto es, identificar lo que hubiese pasado en un caso hipotético de no haberse dado la conducta anticompetitiva. Para tal fin, es necesario identificar qué agentes fueron perjudicados y qué variables económicas fueron afectadas por la infracción. Es importante reconocer que en el proceso de identificación del escenario contrafactual no es necesario que dicho referente corresponda a una situación de competencia perfecta, pues tan solo basta reconocer aquella situación que hubiere sucedido en ausencia de la conducta reprochable en materia de protección de la libre competencia económica.

Un siguiente paso consiste en analizar la dinámica de comportamiento de los agentes presuntamente afectados, y para ello, definir de la manera más completa posible las características que los identifica en el mercado. Con esta información se procedería a cuantificar el impacto que en términos de bienestar se hubiese generado.

Con el fin de estimar el daño que pudo tener la conducta que motiva la presente Resolución, el Despacho procedió a realizar un análisis económico que identifica el sobre costo que pudieron haber pagado los consumidores colombianos con la realización de la conducta endilgada. En el caso concreto, el Despacho reconoce que la principal variable afectada fue el precio por kilogramo, que pudo afectarse precisamente por el paralelismo de precios llevado a cabo de forma consciente por los aquí investigados, como ya se demostró en secciones anteriores.

Para tal fin se tuvieron en cuenta dos escenarios que suponen que el paralelismo consciente pudo generar de forma sostenida precios entre el 10% y el 30% superiores en el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 de lo que resultaría de no tener una situación de acuerdo anticompetitivo como la que aquí se reprocha<sup>217</sup>.

Si bien, como se demostró en secciones anteriores, se reconoce que la demanda por cemento gris Pórtland tipo 1 es inelástica, tal y como lo afirma ARGOS en sus observaciones al Informe Motivado<sup>218</sup>, el Despacho no cuenta con información suficiente que le permita realizar una estimación precisa y robusta de la magnitud de dicha elasticidad. Por lo anterior, procederá a calcular únicamente la pérdida de bienestar de los consumidores que corresponde a una transferencia de recursos hacia los productores, magnitud que no depende de la elasticidad precio de la demanda, pues solamente captura la disminución en el bienestar producto de mayores precios pagados por las cantidades compradas a las empresas cartelistas, sin dejar de resaltar en todo caso, que dicho valor corresponderá a una subestimación del efecto total que sobre los consumidores hubiese podido tener la conducta aquí reprochada.

En este sentido, la transferencia de bienestar entre consumidores y empresas cartelistas, para cada año, puede calcularse como:

<sup>216</sup> Theon van Dijk & Frank Verboven, Quantification of Damages, in 3 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 2331 (ABA Section of Antitrust Law 2008).

<sup>217</sup> OCDE, Hard Core Cartels - Recent progress and challenges ahead, 2003.

<sup>218</sup> Comentarios de ARGOS al Informe Motivado. Pág. 102.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

$$\text{Transferencia}_t = (p_t^{\text{cartel}} - p_t^{\text{comp}}) * Q_t^d$$

En donde el subíndice t corresponde a cada uno de los años en donde existió el paralelismo consciente,  $p^{\text{Cartel}}$  representa el precio promedio ponderado cobrado por las empresas investigadas por kilogramo de producto,  $p^{\text{comp}}$  el precio promedio hipotético si no hubiera existido el acuerdo (y que equivale a precios sin incrementos en 10% y 30% al precio del cartel empresarial, respectivamente en cada escenario), y  $Q^d$  son los kilogramos de cemento gris Pórtland tipo 1 vendidos por las investigadas en el mercado, sin tener en cuenta el segmento industrial que, como ya se mencionó anteriormente, no fue tenido en cuenta para el análisis de paralelismo desarrollado por la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

El periodo contemplado en el presente ejercicio corresponde a los años 2010 a 2012, periodo en el cual se ha acreditado la existencia del acuerdo anticompetitivo o cartel empresarial. La tabla que a continuación se presenta resume los resultados del ejercicio, en donde las cifras se encuentran expresadas en términos reales a precios de 2016. Se observa que, para el caso en el que se supone que el acuerdo cartelista ha provocado un aumento de 10% en los precios, el sobre costo que enfrentaron los consumidores correspondería a \$694 mil millones de pesos en total para el periodo analizado. Para el caso en el que el aumento de precios producto del paralelismo consciente fuera de 30%, el sobre costo respectivo de los consumidores ascendería a cerca de \$1,7 billones de pesos.

**Tabla No. 21. Transferencia real de bienestar de los consumidores**

Transferencia Real de Bienestar de los Consumidores		
AÑO	Con 10%P	Con 30%P
2010	\$198,714,129,901	\$504,428,175,901
2011	\$228,409,013,505	\$579,807,495,820
2012	\$267,059,028,347	\$677,919,071,958
<b>TOTAL</b>	<b>\$694,182,171,753</b>	<b>\$1,762,154,743,680</b>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información obrante a folios 6278 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5, 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No.2 y 6251 del Cuaderno Reservado HOLCIM No. 11.

Con el fin de dimensionar el significado de los valores anteriormente expuestos, el Despacho considera importante realizar una contextualización de la importancia del sector de la construcción en la economía colombiana, en el cual el cemento gris Pórtland tipo 1 juega un papel indispensable al ser un insumo esencial para el desarrollo del sector en mención. De acuerdo con el DANE, los materiales representan el 66% del total de costos para la construcción de vivienda<sup>219</sup>, en donde el cemento se constituye como uno de los principales materiales. Por su parte, este producto representa el 58% de los costos para la construcción pesada<sup>220</sup>, en donde el cemento participa de forma indirecta en la elaboración de concreto.

De acuerdo con cifras presentadas por la CÁMARA COLOMBIANA DE LA CONSTRUCCIÓN (en adelante CAMACOL)<sup>221</sup>, el sector de la construcción, compuesto por edificaciones y obras civiles, contribuye a cerca de 6,5% del total del PIB en Colombia y emplea a un promedio de 1 millón 200 mil colombianos por año desde el 2010, es decir, cerca del 6% del total de ocupados en el país, siendo uno de los sectores con mayor intensidad de mano de obra tanto calificada como no calificada.

<sup>219</sup> DANE, Índice de Costos de la Construcción de Vivienda, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-de-vivienda-iccv>

<sup>220</sup> DANE, Índice de Costos de la Construcción Pesada, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-pesada-iccp>

<sup>221</sup> CAMACOL, Construcción en Cifras, disponibles en: <https://camacol.co/informacion-economica/construccion-en-cifras>

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

De hecho, es de amplio conocimiento que la industria de la construcción juega un papel importante en el desarrollo socioeconómico de un país en cuanto a que proporciona la base sobre la cual pueden crecer otros sectores, mediante, por ejemplo, la construcción de instalaciones físicas requeridas para la producción y en especial, la distribución de bienes y servicios<sup>222</sup>.

A continuación se presentará un conjunto de ejemplos de cómo el sobreprecio del cemento gris Pórtland tipo 1 ha podido impactar diversos sectores y actividades económicas del país.

- **Construcción de vivienda**

Como se mencionó anteriormente, una de las principales actividades económicas que requiere del uso de cemento gris Pórtland tipo 1 como principal materia prima es la construcción de vivienda. Teniendo en cuenta que, según cifras del último censo poblacional del **DANE**, realizado en 2005, en Colombia existe un déficit cuantitativo habitacional<sup>223</sup> de 1.307.757 hogares, es decir, el número de viviendas que se requeriría construir para que cada hogar contara con vivienda, destinar la mayor cantidad de recursos posibles a la satisfacción de esta necesidad debe ser considerada como una de las prioridades en el país.

Para que un colombiano que no cuente con recursos suficientes para la compra directa de vivienda pueda acceder a la misma, ya sea a través de su construcción o de compra a terceros, existen dos principales mecanismos: financiación o subsidio total o parcial del valor de la vivienda.

De acuerdo con cifras del **DANE** sobre financiación de vivienda<sup>224</sup>, entre 2010 y 2012 se desembolsaron en Colombia 10,5 billones de pesos para créditos destinados a la compra de cerca de 196 mil viviendas nuevas. El efecto que sobre el bienestar de los consumidores hubiese tenido el acuerdo cartelista de precios si el incremento en el valor del cemento producto de la existencia del cartel fuera de entre el 10% y el 30%, representaría entonces entre el 6,5% y el 16,8% del valor total de los créditos para financiación de viviendas nuevas otorgados durante el periodo investigado.

Por parte del Gobierno, uno de los programas sociales con mayor impacto en el bienestar de los colombianos ha sido el programa de Viviendas de Interés Prioritario (en adelante, VIP) 100% subsidiadas que ha desarrollado el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio en los últimos años y que, de nuevo, es impactado directamente por dinámicas en mercados de insumos principales como el de cemento. De acuerdo con cifras del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio<sup>225</sup>, el programa benefició a un total de 100 mil familias de estratos 1, 2 y 3 en 205 municipios que no contaban con vivienda propia, por una suma total cercana a los 5 billones de pesos<sup>226</sup>, según lo cual, el sobre precio ocasionado por la existencia del cartel representaría entre el 13% y el 34% del valor total del programa.

En este mismo sentido, y asumiendo que el costo promedio de una vivienda nueva en Colombia es de \$51.640.190 pesos, el sobre costo producto de la existencia del acuerdo cartelista de fijación de precios que se reprocha en la presente Resolución, hubiese podido ser utilizado para la construcción de entre 13.443 y 34.125 viviendas de interés prioritario, que reduciría el déficit cuantitativo anteriormente mencionado. Esto es, si se asume que cada vivienda es habitada, en promedio, por cuatro personas, entre 53 mil y 136 mil colombianos hubiesen podido acceder a una vivienda de no

<sup>222</sup> Para mayor detalle ver: Hillebrandt, P. Economic Theory and the Construction Industry, 2nda Edición, Macmillan, 1984. Y, Ofori, G. The Construction Industry: Aspects of its economics and management, Singapore University Press, 1990.

<sup>223</sup> De acuerdo con la ficha metodológica del **DANE** para el cálculo del déficit habitacional, "El déficit cuantitativo de vivienda estima la cantidad de viviendas que la sociedad debe construir o adicionar al stock para que exista una relación uno a uno entre las viviendas adecuadas y los hogares que necesitan alojamiento, es decir, se basa en la comparación entre el número de hogares y el de viviendas apropiadas existentes". Disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/Deficit\\_vivienda.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/Deficit_vivienda.pdf)

<sup>224</sup> **DANE**, Estadísticas sobre financiación de vivienda, disponibles en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/construccion/financiacion-de-vivienda/financiacion-de-vivienda>

<sup>225</sup> Ver Estado del Programa en Página web del Ministerio de Vivienda, disponible en: <http://www.minvivienda.gov.co/viceministerios/viceministerio-de-vivienda/programas/viviendas-100-por-ciento-subsidiadas>

<sup>226</sup> Teniendo en cuenta que el valor de una vivienda de interés prioritario es de hasta 70 salarios mínimos mensuales vigentes que, para 2017, corresponden a \$51.640.190 pesos.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

haberse llevado a cabo el cartel empresarial que acá se reprocha. Esto equivale al tamaño total de la población de departamentos como Guaviare, Amazonas, San Andrés y Providencia, Vichada, Vaupés y Guainía<sup>227</sup>.

- **Construcción de establecimientos educativos**

Así como la vivienda, la construcción de establecimientos educativos también ha sido siempre una prioridad del Gobierno Nacional, con el fin de garantizar acceso universal y gratuito a la educación básica y media a través del funcionamiento de colegios públicos en todo el país. Por esta razón, tanto el Ministerio de Educación Nacional como las Secretarías de Educación de los diferentes municipios, destinan parte de su presupuesto de inversión anualmente para la dotación, construcción y conservación de infraestructura educativa.

Por ejemplo, de acuerdo con el Plan Anual de Inversiones de la Alcaldía Mayor de Bogotá<sup>228</sup>, en el 2010, la Secretaría de Educación destinó cerca de 135 mil millones de pesos a mejoramiento de la infraestructura y dotación de colegios, cifra que corresponde a menos del 20% del daño mínimo causado al bienestar de los consumidores por la existencia del acuerdo cartelista de fijación de precios que se reprocha en la presente Resolución. En otras palabras, el impacto de la conducta en mención representa más de 5 veces el presupuesto anual de la Secretaría de Educación de Bogotá para inversión en infraestructura para los colegios públicos de la capital.

En Colombia, uno de los principales programas públicos existentes para lograr objetivos de cobertura educativa es el de Megacolegios<sup>229</sup>, particularmente para atender población desplazada y otros grupos vulnerables. La construcción de un Megacolegio en Colombia en los años 2010 a 2012 que beneficiara a más de 1.500 niños tenía un costo promedio de más 9 mil millones de pesos<sup>230</sup>, lo que indicaría que, con el sobre precio que pagaron los colombianos como resultado de la existencia de un cartel de precios en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, se hubiese podido construir al menos 77 colegios de tales características, con lo cual el cartel impidió que se hubiera podido beneficiar a más de 115 mil niños de bajos recursos o en condiciones sociales vulnerables al brindarles un cupo en un establecimiento de educación básica o media.

- **Obras de infraestructura**

Ahora bien, dado que el cemento gris también se constituye como insumo para la realización de obras civiles, aquellas licitaciones que realizan las diferentes entidades del sector público y privado y que incluyen la provisión de cemento gris Pórtland tipo 1 también se vieron afectadas por la conducta aquí reprochada.

Un ejemplo relevante de estas transacciones que se vieron afectadas por el sobreprecio del cemento gris Pórtland tipo 1 fueron las compras realizadas con motivo de la construcción del Proyecto

<sup>227</sup> DANE, Proyecciones nacionales y departamentales de población 2005-2020, disponible en: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06\\_20/7Proyecciones\\_poblacion.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/7Proyecciones_poblacion.pdf)

<sup>228</sup> Plan Operativo Anual de Inversiones Bogotá, Distrito Capital, Anexo 3, disponible en: [http://www.shd.gov.co/shd/sites/default/files/documentos/anexo3\\_2010.pdf](http://www.shd.gov.co/shd/sites/default/files/documentos/anexo3_2010.pdf)

<sup>229</sup> De acuerdo con una entrevista realizada a la Ministra de Educación Nacional en 2013, María Fernanda Ocampo, "el programa de los Megacolegios nació desde el año 2007 y lo que busca es construir grandes infraestructuras educativas, con una educación de muy alta calidad, que se entrega mediante la modalidad de concesión". Entrevista disponible en: <http://www.urnadecristal.gov.co/video/en-qu-consisten-megacolegios-que-se-inauguran-en-todo-pa-s>

<sup>230</sup> Para ejemplos de esta afirmación ver Proceso CAS-SE-LP-082-2010 en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=10-1-61867>, Proceso LP- 030-2010 en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=10-1-61533>, Proceso CAS-SE-LP-080-2010 en <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=10-1-61866>, entre otros disponibles en la página web del SECOP I y que tenían por objeto a contratar la construcción de mega colegios en diferentes municipios del país.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Hidroeléctrico El Quimbo en el Huila<sup>231</sup>. Según las transacciones que reposan en el Expediente<sup>232</sup>, el adjudicatario del proyecto, Consorcio Pregilo-OHL, realizó compras, entre 2011 y 2012, cercanas a [REDACTED] toneladas de cemento gris Pórtland tipo 1 a un precio promedio de [REDACTED] pesos, por lo que de no haber sufrido un sobreprecio de entre el 10% y el 30% producto del acuerdo de precios aquí reprochado, hubiera significado un ahorro, para este solo proyecto, de entre \$1.110 y 2.820 millones de pesos.

Lo anterior es solo un ejemplo de lo que sería el impacto de la conducta investigada, si se tiene en cuenta las múltiples obras de infraestructura que se realizaron en el país durante el periodo investigado, y que sin duda constituyen fuente importante de desarrollo económico para Colombia, que afectan directamente la productividad y la competitividad de otros sectores de la economía y del país en su conjunto.

Lo anterior es apenas una muestra del impacto que una conducta anticompetitiva, como lo es el acuerdo cartelista de fijación de precios demostrado por el Despacho en la presente Resolución, puede tener sobre el desarrollo y la economía del país, pues existen muchos otros sectores de la economía que pueden verse afectados por la dinámica del mercado de cemento. Tal y como la Superintendencia de Industria y Comercio lo ha mencionado en varias ocasiones, y de acuerdo con la OCDE *"[e]n 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"*<sup>233</sup>.

Como se dijo anteriormente, la conducta sancionada tiene un impacto directo en diversos sectores y actividades económicas del país, como la construcción y mejoramiento de vivienda, la construcción de colegios y demás infraestructura necesaria para la educación y la construcción de grandes obras civiles y de infraestructura para hacer de Colombia un país competitivo a nivel local, regional y mundial (tales como vías, túneles, aeropuertos, puertos marítimos, entre otras).

A efectos de ilustrar la magnitud del impacto que tuvo la conducta sancionada en la presente Resolución, el Despacho procedió a indagar cuántos bultos de cemento gris Pórtland tipo 1 de 50 kilogramos se hubiesen podido adquirir durante el periodo investigado en Colombia con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo. Es así como, partir de los datos de precios ex fábrica a nivel nacional utilizados a lo largo de la presente actuación administrativa, y con la información de la serie de tiempo que compila el Banco de la República sobre el salario mínimo mensual legal vigente, se procedió a avanzar en el ejercicio comparado.

Llama la atención que, mientras al inicio del periodo investigado, esto es, a enero de 2010, era posible adquirir 37,2 bultos de cemento gris Pórtland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, a diciembre de 2012 tan solo se podrían adquirir 31,5 bultos de dicho producto<sup>234</sup>. Lo anterior significa que durante el periodo investigado, fruto de la cartelización que acá se reprocha, se observó una contracción del 15,3% en la cantidad de bultos de cementos gris que se hubiese podido adquirir con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo en Colombia, si se compara el primero y el último mes del periodo de investigación. Dicho de otra forma, entre el inicio y el final del periodo de investigación con un salario mínimo mensual legal vigente en Colombia se dejó de poder comprar 290 kilogramos de cemento gris Pórtland tipo 1 por el incremento de precios observado resultante del paralelismo descrito.

De igual manera, reconoce el Despacho que durante el periodo investigado (enero 2010 a diciembre 2012) los precios ex fábrica de cemento gris Pórtland tipo 1 se incrementaron en un 29,95% mientras que la inflación para el mismo periodo solo aumentó en 9,33%. Es decir que, el crecimiento del

<sup>231</sup> El Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, actualmente operado por EMGESA S.A., permite atender cerca del 8% de la demanda de energía del país, junto con la Central Betania ubicada igualmente en el departamento del Huila. Para mayor información, ver:

<http://www.proyectoelquimboemgesa.com.co/site/EIProyecto/Porqu%C3%A9esnecesarioElQuimboParaColombia.aspx>

<sup>232</sup> Folio 6280 del Cuaderno Reservado CEMEX No. 2.

<sup>233</sup> OCDE: "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia" Octubre de 2014, págs. 2 y 3.

<sup>234</sup> En enero de 2006, era posible adquirir 48,4 bultos de cemento gris Pórtland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, mientras que a diciembre de 2012 tan solo se podían adquirir 31,5 bultos de dicho producto. Es decir, habría una contracción del 35% en la cantidad de bultos de cemento gris que se hubiese podido adquirir. Dicho de otra forma, entre enero de 2006 y diciembre de 2012, un colombiano dejó de poder comprar 845 kilogramos de cemento gris Pórtland tipo 1, de acuerdo con el poder adquisitivo de su salario entre una y otra fecha.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

precio ex fábrica del cemento gris Pórtland tipo 1 en el periodo enero 2010 a diciembre 2012 descontada la inflación fue del 20,62%. En otras palabras, el precio de este producto en Colombia se incrementó en un 20,62% por encima de la tasa de inflación y concretamente 2,21 veces la inflación.

## 8. Otros argumentos y solicitudes de los investigados

Frente a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados, a continuación este Despacho abordará los argumentos que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores.

### 8.1. Sobre los argumentos relacionados con la práctica de pruebas con posterioridad a la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

Algunos investigados coincidieron en indicar que se habría violado su derecho al debido proceso al decretar pruebas de oficio con posterioridad a la práctica de la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el parágrafo del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, es decir, pruebas de oficio con posterioridad a la audiencia de argumentación verbal.

Sobre el particular, indicaron 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, 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.

Agregaron que en las Resoluciones No. 29176 de 2015 y No. 29148 de 2017 no se expusieron las razones que motivaron dichas decisiones ni el objeto de las pruebas decretadas, a pesar de que en el Informe Motivado se intentó *a posteriori* justificarlas. En ese sentido, afirmaron los investigados que si las razones para decretar dichas pruebas obedecían a que a la Autoridad seguía teniendo "*varias dudas*", es decir, que no tenía certeza de que realmente se habían cometido las infracciones imputadas, debió presentar su Informe Motivado recomendando un archivo de la investigación y no volver a iniciar la fase de instrucción.

Adicionalmente, indicaron los investigados 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.

Añadieron que el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil no son aplicables, pues en la norma especial para este tipo de actuaciones no hay vacíos respecto de la preclusión de la etapa de instrucción. Además, al no actuar el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia como juez, no podría aplicarse el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre el particular, **HOLCIM** agregó que, aun en el evento en que fuese aplicable el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 170 del Código General del Proceso, desconociendo que este no es un proceso en el que el Delegado actúa como juez sino como instructor de un proceso sancionatorio.

En ese mismo sentido se argumentó que, en efecto, la posibilidad de decretar pruebas de oficio después de cerrada la etapa probatoria se refiere a antes de proferir la sentencia y no para proferir autos, ni mucho menos como en este caso, para elaborar un Informe Motivado. Así, quien profiere lo que equivaldría a una sentencia en este proceso sería el Superintendente de Industria y Comercio y no el Delegado, por lo que las pruebas decretadas de oficio no fueron decretadas en la oportunidad ni por el funcionario competente.

Además de lo expuesto, **HOLCIM** indicó que en este tipo de procedimiento son aplicables los principios del derecho penal, de acuerdo con las Sentencias C-595 de 2010 y C-530 de 2003 proferidas por la Corte Constitucional. Así, según este argumento, de conformidad con el artículo 361 de la Ley 906 de 2004, al juez le está prohibido decretar pruebas de oficio. Al respecto argumentó que contrario a lo afirmado por la Delegatura, **HOLCIM** no se contradice porque para hablar del Código de Procedimiento Penal calificó al Delegado de juez pero para aplicar el artículo

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

180 del Código de Procedimiento Civil indicó que no lo es, pues la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal se refiere a que el juez no puede decretar pruebas de oficio y si el fiscal pretende usar material probatorio, las pruebas deben ser reveladas al investigado y se debe permitir controvertirlas, mientras que la referencia a los códigos de procedimiento en lo civil es para advertir que esa facultad de decretar pruebas la tiene el juez y no el instructor del proceso.

En ese sentido afirmó **HOLCIM** que la totalidad de las pruebas que pudieron conocer después de vencida la oportunidad para solicitar y aportar pruebas, fueron practicadas con violación del debido proceso y son nulas de pleno derecho.

En efecto, en la Sentencia C-1260 de 2005, la Corte Constitucional consideró ajustada a la Constitución una norma que señala que la Fiscalía General de la Nación no tiene que descubrir la totalidad del material probatorio en una determinada etapa procesal, porque posteriormente el investigado aún puede solicitar y aportar pruebas, y advierte que si ello no sucediera se *"comprometería gravemente el derecho de defensa del acusado"*. En este caso se dio la hipótesis advertida por la Corte Constitucional que, por tanto, constituye una violación flagrante al debido proceso.

De otro lado, afirmó **HOLCIM** que resultaba *"llamativo que pese a que varias de las personas que elaboraron o recibieron documentos (...) que ahora se consideran pruebas de factores plus, fueron a rendir testimonio ante la SIC, no fueron interrogados acerca de esos correos y documentos. Tal vez la Delegatura no quería que esas personas le explicaran esos documentos y correos electrónicos, sino que simplemente necesitaba sorprender a los investigados en el Informe Motivado. Aquí no se trata de encontrar la vida real, sino que simplemente necesitaba sorprender a los investigados en el Informe Motivado. Aquí no se trata de encontrar la vida real, sino de encontrar, a como dé lugar, "argumentos" para sancionar."*

A continuación se pasarán a analizar 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. Para tal fin se comenzará por exponer la competencia del Delegado para decretar pruebas de oficio en este tipo de procedimientos; en segundo lugar, se analizará la ausencia de trascendencia de la nulidad por debido proceso propuesta por los investigados y por último, se darán algunas conclusiones sobre lo alegado por parte de **ARGOS** y **HOLCIM**.

- **Sobre la facultad legal para decretar pruebas de oficio del Delegado para la Protección de la Competencia**

Contrario a lo afirmado por los investigados, 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 del Informe Motivado con destino al Superintendente de Industria y Comercio.

En efecto, tal y como lo expuso la Delegatura, el Delegado 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 adelanten 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***



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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 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 4886 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, cuando advierta que ello es necesario. Al 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 investigados– 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 debe el juez 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 o investigación administrativa no es solo una facultad, sino que también es un deber, regido por el fin transcendental 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 archivar la investigación, pues si el funcionario cree que decretando pruebas de oficio puede esclarecerlas, estará obligado es a decretar las pruebas, y 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.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Al respecto, por ejemplo, indicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-565 de 2016 que:

**"En esa medida, al 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 funcionario 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 alejada de la justicia material. Con todo, en el ejercicio de esas facultades debe cuidarse de no promover o avalar la negligencia o 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."<sup>[99]</sup>

**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.**"<sup>235</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Sobre el particular se resalta que, tanto las resoluciones mediante las cuales se decretan las pruebas de oficio, como el Informe Motivado 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 entonces 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*".

Sin embargo, los investigados afirmaron que tal artículo no era aplicable, pues en la norma especial prevista para los procedimientos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, no había vacío sobre tal tema, y que en todo caso, el Delegado no actuaba como juez, por lo que no podría tampoco dársele aplicación.

Al respecto se aclara que la norma del artículo 180 del Código de Procedimiento Civil o el 170 del Código General del Proceso solo confirma 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

<sup>235</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2016.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

de 2009, que tanto desde una lectura exegética como desde una interpretación sistemática –que tenga en cuenta las finalidades de la fase en la que tiene competencia el Delegado– 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.

Ahora bien, frente a la inaplicabilidad de la norma por no actuar el Superintendente como juez, debe advertirse que dicho argumento carece de fundamento, pues la función de director del proceso administrativo objeto de la presente investigación se asemeja, necesariamente, para efectos de la aplicación de las normas procesales, a la del juez. De aceptarse este argumento de los investigados, se llegaría al absurdo de afirmar que el Código de Procedimiento Civil o el Código General del Proceso no aplican a ninguna actuación en los procedimientos administrativos, por cuanto quienes lo tienen a su cargo no ostentan la calidad de jueces sino de funcionarios administrativos. Este argumento además de impertinente, es realmente necio.

De otro lado, respecto del artículo 361 de la Ley 906 de 2004 –que se refiere a la prohibición del juez de decretar pruebas de oficio– y la Sentencia C-1260 de 2005, que según **HOLCIM** aplica a este tipo de procedimientos, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional en las sentencias C-595 de 2010 y C-530 de 2003, en las que se indica que los principios del derecho penal son aplicables a la actuaciones administrativas sancionatorias, debe indicarse que la justificación para la existencia de esa norma, por demás bastante controvertida y de poca aceptación universal, solo se explica en la medida en que en el proceso penal actual, el sistema es marcadamente adversarial y no inquisitivo como lo es el procedimiento administrativo sancionatorio o el procedimiento civil en materia de pruebas.

- **Sobre la ausencia de trascendencia de la nulidad por debido proceso propuesta por los investigados**

En este punto se expondrá entonces por qué no existe violación sustancial real del derecho de contradicción de los investigados, tal y como lo expuso la Delegatura, 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, pero 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 yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala<sup>236</sup> (Subraya y destacado fuera de texto).*

En este caso, los investigados no han expresado cuáles son 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. Y es que los investigados no pueden 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 la real voluntad de hacerlo, hubiesen cambiado la suerte del proceso.

Sin embargo, 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 No. 29148 de 2017.

<sup>236</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de octubre de 2001. Proceso No. 1503

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

De hecho, con sus observaciones al Informe Motivado, tanto **HOLCIM** como **ARGOS** solicitaron el decreto de diversas pruebas, incluso cuando tienen certeza de que esta no es una oportunidad para pedir pruebas, y en ninguna se hizo referencia a que su solicitud estuviera relacionada con la contradicción de las pruebas decretadas mediante las Resoluciones No. 29176 de 2015 y No. 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.

El Despacho advierte que esta postura procesal de los investigados es coherente si se tiene en cuenta la naturaleza de las pruebas decretadas, que casi en su totalidad se refieren a información económica de las propias empresas investigadas. Información que, valga decir en este punto, de no haber sido decretada no se habría tenido completa. En efecto, sólo con 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. Además, la motivación de la Resolución No. 29148 de 2017 estuvo ligada, en parte, a las inconsistencias reportadas de cara a la información de importaciones de esta investigada.

Sobre el particular se resalta entonces que no es cierto que las resoluciones de pruebas no estuvieran motivadas, como se puede evidenciar con la simple lectura de las Resoluciones No. 29176 de 2015 y No. 29148 de 2017. En este punto debe el Despacho abordar la afirmación de un investigado según la cual, si la motivación se basó en las "dudas" que existían sobre determinados elementos del mercado o sobre los hechos, debió presentarse un Informe Motivado recomendando la no sanción.

Al respecto debe destacarse que, por un lado, los investigados están tergiversando las motivaciones legales y de buena fe de la Delegatura, pues la existencia de las dudas deriva, entre otras cosas, de la inconsistencia y los vacíos de la información reportada por las propias investigadas y no de las dudas sobre la existencia de la conducta en sí misma. En ese sentido, lo que pretendería **ARGOS**, por ejemplo, es que ante la situación del reporte de información inconsistente e incompleta de su parte, esta Entidad decida favorecer dicha conducta procesal, a todas luces reprochable, mediante el archivo de la actuación. En otros términos, tal aproximación estaría aceptando que una autoridad debería "premiar" un comportamiento procesal engañoso, por decir lo menos, como el presentado por **ARGOS** en la presente actuación administrativa.

La segunda afirmación de los investigados, especialmente de **HOLCIM** es que *"la Delegatura no quería que esas personas le explicaran esos documentos y correos electrónicos, sino que simplemente necesitaba sorprender a los investigados en el Informe Motivado. Aquí no se trata de encontrar la vida real, sino que simplemente necesitaba sorprender a los investigados en el Informe Motivado. Aquí no se trata de encontrar la vida real, sino de encontrar, a como dé lugar, "argumentos" para sancionar."*

En relación con esta grave acusación de **HOLCIM** contra la Delegatura, al afirmar que de manera malintencionada se buscó una estrategia para sorprender a los investigados, así como la acusación según la cual esta Entidad abiertamente ha desconocido su deber de buscar la verdad para encontrar *"a como dé lugar"* argumentos para sancionar, el Despacho debe señalar que esas afirmaciones carecen de sustento alguno de cara con la realidad procesal y material observada en el Expediente.

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, debe destacarse 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 —como sucedió en el presente caso— mal podría considerarse como una irregularidad del proceso. Y, finalmente, este argumento no resiste ni el más flexible de los test de afectación real de los derechos de los investigados, pues nada de ilegal o violatorio del debido proceso puede tener adelantar una audiencia cuya finalidad es única y exclusivamente, óigase bien, para que los investigados presente sus alegaciones, es decir, para oír a los investigados. Dicho de otra manera, es una audiencia prevista en beneficio de los investigados y en concederles más garantías procesales.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En ese sentido, al haberse probado 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 los argumentos presentados sobre el particular.

## **8.2. Sobre los argumentos relacionados con una supuesta violación del principio de congruencia con la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos**

Los investigados manifestaron que la Delegatura desconoció el principio de congruencia, toda vez que modificó los elementos de la imputación hecha en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, y usó una serie de pruebas que no habían sido mencionadas en tal acto administrativo y que solo habían sido conocidas al momento de expedirse el correspondiente Informe Motivado.

Sobre el particular, el Despacho considera necesario aclarar que el principio de congruencia, conforme con la jurisprudencia citada por ellos mismos en sus observaciones al Informe Motivado, alude a la correspondencia entre el acto jurídico que da inicio formal a la actuación administrativa y la decisión definitiva de la investigación, y no a la correspondencia entre el acto de apertura y documentos que tengan una naturaleza diversa, como el Informe Motivado. En este sentido, se recuerda que el Informe Motivado simplemente recoge el análisis que hace el Delegado para la Protección de la Competencia de lo que, en su concepto, arrojó la investigación, y por ende, lo consignado en tal documento no puede equipararse a una valoración final de los elementos de la imputación y de los elementos probatorios.

Hecha esta salvedad, el Despacho expondrá los argumentos presentados por los investigados y explicará las razones por las que considera que no están llamados a prosperar, teniendo en cuenta los hechos consignados en la presente Resolución Decisoria.

### **• Sobre la supuesta modificación de los elementos de la imputación en Apertura de Investigación con Pliego de Cargos**

**CEMEX** presentó una serie de argumentos en relación con el cargo de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente, que presuntamente darían cuenta de un desconocimiento de los elementos de esta imputación.

Respecto al análisis de la conducta, afirmó **CEMEX** que no hay consistencia entre los segmentos de distribución que se analizaron económicamente en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y el Informe Motivado. Sobre el particular, afirmó **CEMEX** que mientras en el acto administrativo por medio del cual se Abrió la Investigación con Pliego de Cargos se sustentó el paralelismo en la comparación de precios para el segmento de clientes mayoristas, minoristas y grandes constructores, excluyendo expresamente a los clientes industriales, el Informe Motivado sustentó el paralelismo en un análisis de precios para el segmento masivo e industrial.

Sobre el particular, el Despacho pone de presente que los segmentos de distribución que se analizaron en la presente Resolución excluyen el segmento industrial, por lo cual el argumento no tiene lugar. Vale la pena resaltar que el paralelismo de precios advertido por esta Superintendencia desde el inicio de la investigación se mantuvo pese a la exclusión de tal segmento.

Adicionalmente, **CEMEX** afirmó que los departamentos analizados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y el Informe Motivado no coinciden con los analizados en el Informe Motivado, ya que mientras que en el primer documento se analizaron los precios en los departamentos de Cundinamarca, Tolima y Valle del Cauca, en el Informe Motivado se recomendó sancionar por un supuesto paralelismo en los precios de diez departamentos del país, medidos por ventas. En línea con lo anterior, sostuvo que la Delegatura no siguió los lineamientos impuestos por ella misma al principio de la investigación y que la adición de departamentos analizados para demostrar el acuerdo de precios implicaba un cambio intempestivo en los cargos formulados y, por ende, una grave violación al debido proceso.

Al respecto, el Despacho aclara que el hecho de que la Delegatura haya hecho análisis de precios de tres departamentos en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no quiere decir que haya delimitado la formulación del cargo de paralelismo de precios a esas tres zonas geográficas. La Delegatura fue clara desde el principio en señalar: (i) que tales departamentos se tomarían como simple referencia; (ii) que el mismo comportamiento en los precios se registró en todo el país; y (iii)

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

que, en todo caso, la investigación por este concepto no se limitaría a tales regiones. En efecto, señaló expresamente la Delegatura en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos:

*"(...) vale la pena resaltar que se presentará **a manera de ejemplo**, el comportamiento de los precios promedio ex fábrica de los departamentos de Cundinamarca, Tolima y Valle del Cauca. No obstante, esta Delegatura encontró que este mismo comportamiento en los precios promedio del cemento gris se registró en todo el país, por lo cual la investigación no se limitará a dichos departamentos"*<sup>237</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En línea con lo anterior, la presente Resolución enfocó su análisis de precios al ámbito nacional, sin tomar como referencia departamentos particulares, tal y como consta en la sección de descripción del mercado afectado por la conducta. Esto, de conformidad con la imputación jurídica de paralelismo de precios nacional realizada en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. En virtud de ello, se descarta por improcedente el argumento.

Por su parte, **CEMEX** también consideró que no hay coincidencia entre los factores plus utilizados para demostrar el elemento de consciencia en uno y otro documento. En este sentido, afirmó que mientras en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se estableció que los factores plus que demuestran el elemento consciente del paralelismo son el intercambio de información y el *tracking* de precios, en el Informe Motivado se obvió el *tracking* de precios y se usaron factores plus diferentes (como las acciones en contra de los propios intereses, otros comportamientos de los competidores, evidencia de contactos y comunicaciones entre competidores, y elementos de tipo económico).

Sobre el particular se resalta que en la presente Resolución, en línea con la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, el Despacho valoró dentro del elemento consciente correos de transacciones entre competidores, correos de intercambio de información (como cotizaciones) y otros elementos probatorios que dan cuenta de un ambiente colaborativo y colegaje entre competidores que develan su intención de no competir. Por ende, no es cierto que no haya coincidencia entre los factores plus utilizados, pues se trajeron a colación pruebas que apuntan a la demostración de un actuar cooperativo y concertado entre los investigados.

Adicionalmente, se advierte que ni el *tracking* de precios fue obviado ni el intercambio de precios fue descartado. En relación con el *tracking* de precios, se recuerda que el Informe Motivado analizó el rol de la figura y el Despacho, en consonancia con la recomendación que recibió, no emitió juicio de reproche en relación con su utilización (lo cual es diferente a "obviar"). En relación con el intercambio de información, en concordancia con lo dispuesto líneas atrás, se recuerda que existen elementos probatorios (como las cotizaciones compartidas de **ARGOS** y el conocimiento de **HOLCIM** del **EBITDA** de su competidor en sus ofertas) que sugieren su efectiva ocurrencia. En virtud de lo expuesto, el Despacho considera que el argumento no tiene lugar.

• **Sobre el uso de pruebas que no habían sido mencionadas en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos**

Algunos de los investigados argumentaron que se había violado el principio de congruencia, toda vez que las pruebas y consideraciones sobre las cuales se fundamentó el Informe Motivado no concuerdan con las dispuestas en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos.

Sobre el particular, el Despacho advierte que, sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, equivale a creer que los períodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas innecesarias e inútiles. Al contrario, los esquemas procesales vigentes dan cuenta de que en el proceso o actuación administrativa es dable hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación administrativa o judicial, por cualquiera de los sujetos procesales, en virtud, incluso, de los principios de legalidad y de comunidad de la prueba, como reiteradamente lo ha sostenido esta Superintendencia en varios casos precedentes.

Por lo anterior, no existe violación alguna del principio de congruencia ni del debido proceso, en tanto que las pruebas de las que hizo uso la Delegatura para formular su recomendación en el

<sup>237</sup> Resolución 49141 de 2013. Hoja No. 37.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Informe Motivado abarcan toda la evidencia recaudada durante la actuación administrativa (indagación preliminar e investigación formal) y que obra en el Expediente, sin limitarse por obvias razones, a las contempladas únicamente en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos, pues se reitera, ello convertiría al periodo probatorio de la investigación en inocuo. Es más, bajo esa tesis bastante alejada de la realidad jurídica, no podrían usarse entonces las pruebas que se aportan, decretan y practican en el periodo probatorio a solicitud de los investigados o las que se recaudan, decretan y practican de oficio, por no haber sido estas objeto de especial mención en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Para esta Superintendencia, basta lo que es elemental jurídicamente, es decir, basta con que la prueba haya sido legalmente incorporada al Expediente. En otras palabras, basta que la prueba esté en el Expediente para que en virtud del principio de comunidad de la prueba, esta pueda usarse por la administración, por los investigados o por cualquier tercero reconocido, es decir, por cualquier sujeto procesal.

De hecho, es oportuno precisar a los investigados que en similar sentido, el Superintendente de Industria y Comercio tampoco se encuentra limitado para el estudio del caso a las pruebas expuestas en el Informe Motivado o la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, pues para emitir la decisión final del mismo tiene a su disposición todo el material probatorio obrante en el Expediente, incluyendo evidencia que podría haber sido inadvertida por la Delegatura o por los investigados o valorada en sentido contrario.

Aceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio, por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad Administrativa.

En virtud de lo expuesto, el Despacho estima como improcedente el argumento de los investigados.

### **8.3. Sobre los argumentos relacionados con una supuesta violación al debido proceso administrativo por falta de valoración integral del acervo probatorio**

Algunos investigados afirmaron que la Delegatura omitió valorar las pruebas que se decretaron y practicaron durante la fase de instrucción y no tuvo en cuenta los alegatos que se manifestaron en la audiencia de argumentación verbal o audiencia final. En la misma línea, afirmaron que la recomendación sancionatoria se fundamentó, únicamente, en aquella evidencia que sustentaba su tesis relacionada con la violación de las normas de protección de la libre competencia económica, dejando de valorar las pruebas que le favorecían a los investigados.

Sobre el particular, es doctrina reiterada de la Superintendencia de Industria y Comercio considerar que, al momento de hacer la valoración de las pruebas legalmente allegadas a la actuación administrativa, esta debe realizarse de conformidad con el principio de investigación integral, en virtud del cual habrá de investigarse tanto lo desfavorable como aquello que beneficie al investigado y que demuestre su inocencia de los cargos imputados. Por consiguiente, contrario a lo que pretenden los investigados, el principio de valoración integral no puede implicar una valoración obligatoriamente favorable de las pruebas aducidas por ellos, especialmente cuando existen otras que demuestran su responsabilidad.

En este sentido, 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:

*"Justamente, el juzgador de instancia en su discreta autonomía apreciativa de las pruebas puede optar por el sentido ofrecido por uno de los grupos, sin incurrir por esto, de suyo y ante sí en yerro fáctico generatriz de preterición o alteración de los medios probatorios no acogidos, "porque el acogimiento del conjunto testimonial de la parte demandada para hacerlo prevalecer y la prescindencia del de la parte demandante para negarle cualquier fuerza de convicción, constituye el ejercicio cabal y legal de la facultad del fallador de instancia que es autónomo en la apreciación de las pruebas; a lo que cabe agregar que cuando se está frente a dos grupos de pruebas, el juzgador de instancia no incurre en error evidente de hecho al dar prevalencia y apoyar su decisión en uno de ellos con desestimación del restante, pues en tal caso su decisión no estaría alejada de la realidad del proceso"<sup>238</sup>.*

<sup>238</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. Rad. 5058. Sentencia de 18 septiembre de 1998.



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Adicionalmente, puede apreciarse la aplicación plena del principio de investigación integral en la presente investigación ya que, luego de llevarse a cabo la misma y estudiarse la recomendación emitida por la Delegatura, el Despacho está decidiendo **ARCHIVAR** esta actuación administrativa en favor de las empresas investigadas y la totalidad de personas naturales vinculadas al proceso respecto de las conductas imputadas en el la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, previstas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (presunto acuerdo de repartición de mercados entre productores).

En razón de lo anterior, mal pudiera predicarse una investigación sesgada, dirigida exclusivamente a la adecuación de la conducta de las investigadas en la práctica anticompetitiva imputada, y bien por el contrario, de lo que da cuenta esta actuación es del hecho que se investigó y valoraron integralmente todas las evidencias que conforman el Expediente. Se reitera que en la presente decisión solo se sancionará a los investigados por uno (1) de los tres (3) cargos imputados, lo que demuestra que sí se hizo una valoración integral tanto de lo favorable como lo desfavorable para ellos.

#### **8.4. Sobre el argumento relacionado con los documentos recaudados en las visitas administrativas de 2014**

**HOLCIM** argumentó que los documentos recaudados en las visitas administrativas realizadas en **ARGOS** y **CEMEX** en agosto y septiembre de 2014, respectivamente, nunca pudieron ser conocidas por **HOLCIM** ni fueron incorporadas debidamente al Expediente.

Sobre el particular, señaló no obstante presentó una solicitud de copias de los documentos recaudados en las visitas administrativas mencionadas, esta Entidad le respondió el 5 de septiembre de 2014 que no se accedería a tal solicitud por no haberse surtido, para entonces, el proceso en el Laboratorio Forense para ser incorporada al Expediente. Añadió que nunca se expidieron las copias solicitadas.

Al respecto este Despacho parte por indicar que los documentos recaudados en las visitas administrativas realizadas en **ARGOS** y **CEMEX** en agosto y septiembre de 2014 fueron efectivamente incorporados al Expediente el 12 de septiembre de 2014 y 2 de enero de 2015, respectivamente, motivo por el cual no es cierta la afirmación con base en la cual **HOLCIM** soporta su argumento, en la medida en que dicha información ha estado disponible para las partes desde las mencionadas fechas, garantizando de esta forma el principio de publicidad de la prueba y, por esta vía, la garantía constitucional del debido proceso.

De otro lado, en relación con la negativa de la expedición de copias del 5 de septiembre de 2014, el Despacho debe indicar que no se trató de una negativa injustificada ni caprichosa, sino que por el contrario, tuvo como fundamento que esta Superintendencia estaba realizando todos los procedimientos técnicos necesarios para garantizar, entre otras, la integridad de la información recaudada. En este punto, el Despacho llama la atención sobre el hecho de que luego de transcurridos más de tres (3) años desde la negativa de las copias, **HOLCIM** no hubiere insistido nunca en su expedición, aspecto que permite inferir que por lo menos no se causó ninguna afectación real o material al derecho de defensa de la investigada, sobre todo cuando dicha información, se reitera, estaba incorporada en el Expediente desde el 12 de septiembre de 2014 y 2 de enero de 2015, respectivamente.

En ese sentido, es claro que el argumento de **HOLCIM** carece de fundamento.

#### **8.5. Sobre los argumentos relacionados con que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no se habría formulado una imputación concreta contra las personas naturales**

Algunas personas naturales investigadas afirmaron que en relación con ellas no se precisó en la apertura de la investigación una imputación concreta. Sobre el particular, debe resaltarse que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se expusieron de manera clara, concisa y suficiente los hechos en los que se fundó la decisión de iniciar investigación administrativa en contra de **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, así como de las personas naturales involucradas.



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente resaltar –como se ha indicado en diversas oportunidades por parte de esta Superintendencia– con fundamento en la jurisprudencia constitucional<sup>239</sup>, que 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, que 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 de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos atendió las condiciones que establece la normativa aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias para la formulación de la imputación. En efecto, en aquella resolución se formuló con claridad una imputación consistente en que las personas naturales habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos anticompetitivos que se atribuyeron a **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**.

Ahora bien, es obvio que –en tanto que el acto administrativo de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos solo puede ser entendido como una unidad entre motivación y decisión– el fundamento de la imputación se encuentra principalmente en el material probatorio que se trajo a colación en esa oportunidad y que da cuenta de la realización de los comportamientos anticompetitivos investigados.

Por lo tanto, todos los investigados contaban con los elementos de juicio suficientes para comprender el contenido de la imputación que se les formuló, pues se les acusó de colaborar, facilitar, ejecutar, autorizar o tolerar las conductas reprochables mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos en las condiciones que se siguen de las pruebas que sirvieron de base para la acusación. Por lo tanto, tenían la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en debida forma, defensa que ejercieron a plenitud.

#### **8.6. Sobre los demás argumentos de carácter económico**

A continuación, procede el Despacho a analizar y responder las observaciones de carácter económico que presentaron **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** al Informe Motivado y que no han sido abordadas previamente.

##### **8.6.1. Sobre el alcance geográfico del mercado afectado**

En primer lugar, las empresas investigadas manifestaron que el mercado geográfico no es nacional, como lo estableció la Delegatura, sino que el mismo es de carácter regional, pues la participación que el transporte tiene en la estructura de costos es alta y, por tanto, determina las condiciones de competencia como precio, número de empresas participantes, y los porcentajes de participación en las ventas totales. Es por ello que, afirmaron las investigadas, las empresas concentran sus ventas en departamentos cercanos a las plantas de producción y las ventas a departamentos lejanos son esporádicas.

En este sentido, **CEMEX** afirmó que la definición de mercado geográfico que hace la Delegatura va en contravía de la definición dada por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Guía de Integraciones Empresariales, así como en lo establecido por la **OCDE**, en cuanto a que los costos de transporte pueden limitar la competencia en algunas zonas y, por tanto, deben ser tenidos en cuenta en la definición de mercado geográfico.

Por su parte, **ARGOS** afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 13544 de 2006, en la que aprobó con condicionamientos la integración entre **CEMENTOS DEL CARIBE** y otras empresas del **GRUPO ARGOS, CEMENTOS ANDINO S.A. y CONCRECEM S.A.**, estableció que el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 era regional. Así mismo, **ARGOS** y **HOLCIM** afirmaron que la Delegatura desconoció la tendencia internacional en considerar que el mercado de cemento gris es regional, pues incluso la Comisión Europea definió el mercado geográfico de cemento gris por áreas circulares con un radio de 150 Km y 250 Km.

Por su parte, **HOLCIM** afirmó que el modelo de localización de Hotelling ilustra la importancia de los costos de transporte, al diferenciar parcial o totalmente en el mercado, dos productos vendidos en locaciones diferentes, aspecto que justifica la definición regional del mercado.

<sup>239</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Al respecto, este Despacho ha señalado reiteradamente que en la identificación de un acuerdo colusorio de fijación de precios tendiente a distorsionar la libre competencia económica, puede prescindirse de una definición estricta y extensa de mercado relevante, pues, para este tipo de conductas, resulta suficiente identificar los bienes y servicios sobre los cuales los investigados realizaron el acuerdo anticompetitivo, y el territorio en el cual desarrollaban su actividad económica durante el periodo investigado. En efecto, para otro tipo de actuaciones, por ejemplo cuando se analiza el posible abuso de una posición dominante en el mercado o la autorización u objeción de una integración empresarial, es evidente que la definición del mercado relevante en sentido estricto, no solo que es un paso necesario sino indispensable dentro del análisis de la Autoridad de Competencia. Cosa distinta sucede para los casos de cartelización empresarial o acuerdos restrictivos de la competencia, en donde el alcance del mercado afectado está dado por el alcance de la conducta, es decir, por el propio cartel empresarial.

No obstante lo anterior, como se indicó anteriormente, si bien la definición del mercado relevante no es un prerequisite para analizar los casos de acuerdos entre competidores o carteles empresariales, sí es importante caracterizar el mercado afectado con el fin de analizar las condiciones del mismo y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada.

En este sentido, este Despacho reconoce, como ya se mostró anteriormente, el alcance nacional de la dimensión geográfica del mercado afectado, pues pudo constatar que las investigadas hacen presencia con su producto en la mayoría de departamentos del país, ya que registran ventas en 25 de ellos de forma simultánea para el periodo analizado. Lo anterior, a pesar de los altos costos de transporte que aducen para llevar el producto a ciertos departamentos. Luego, queda claro que las investigadas están en capacidad de llevar el cemento gris Pórtland tipo 1 a diversas regiones del país con la ubicación y el número de plantas que para el periodo investigado tenía cada empresa. Como se vio anteriormente, la amplia brecha entre los costos y el precio ex fábrica, permiten que los investigados puedan sufragar los costos de transporte sin que dejen de reportar beneficios económicos para las empresas internalizar dichos costos.

Por tanto, este Despacho no desconoce los costos de transporte que pueden enfrentar las empresas, ni los efectos que estos pueden tener en la competencia que debería existir en cada uno de los departamentos. Por el contrario, esta Superintendencia los tuvo en cuenta al constatar que aún con la existencia de estos costos, es económicamente viable para las investigadas ofrecer y vender el producto en lugares apartados de las plantas, cubriendo gran parte del territorio nacional.

Prueba de lo anterior es que **HOLCIM**, la única empresa de las investigadas que cuenta con una sola planta de producción, afirmó en sus observaciones al Informe Motivado que despachó cemento a regiones alejadas pues, según esta misma empresa, a largo plazo pretende expandir la producción a otros territorios y requiere que se reconozca su marca. En efecto, **HOLCIM** registró ventas en dieciséis (16) departamentos adicionales de los nueve (9) que argumenta son su mercado natural (Boyacá, Casanare, Cundinamarca, Santander, Bogotá, Meta, Huila, Risaralda y Quindío)<sup>240</sup>.

Así por ejemplo, **HOLCIM** registró ventas en departamentos como Atlántico, que no hace parte de los que considera su mercado natural y que está lejos de su planta, con una participación del ████% del total de las ventas que se registraron en Atlántico durante el periodo investigado, participación muy similar a la de **CEMEX** en el mismo departamento, que fue del ████%. Otro ejemplo de ello, es la participación registrada por **HOLCIM** en Norte de Santander, que fue del ████% cercana con la obtenida por **ARGOS** la cual fue del ████%<sup>241</sup>. De los ejemplos, anteriores, este Despacho concluye que no es cierto que la ubicación de las plantas limite la competencia que las empresas puedan ejercer en zonas alejadas de estas, pues, teniendo en cuenta que la única planta de **HOLCIM** se encuentra en Boyacá, esta empresa cuenta con participaciones significativas en departamentos alejados de su planta.

Ahora bien, sobre el argumento dado por las investigadas según el cual, el mercado geográfico debe ser nacional porque así se estableció en actuaciones previas por parte de la Superintendencia de

<sup>240</sup> Observaciones al Informe Motivado presentadas por **HOLCIM**, folio 8046 del Cuaderno Público No. 30

<sup>241</sup> Folio 6278 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5; Folio 6280 del Cuaderno Reservado **CEMEX** No. 2; Folio 6251 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 11; Folio 3041 del Cuaderno Reservado **TEQUENDAMA** No. 4; Folio 6147 del Cuaderno Reservado **SAN MARCOS** No. 2; Folio 6522 del Cuaderno Reservado **ORIENTE** No. 1 y Folio 6420 del Cuaderno Reservado No. 1.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Industria y Comercio, este Despacho debe aclararle a los investigados que tales antecedentes se refieren a actuaciones muy diferentes de la conducta aquí reprochada. Así, la Resolución No. 13544 de 2006 abordó un caso propio del control *ex ante* de integraciones empresariales y no una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, en el cual la definición de mercado relevante, tanto a nivel de producto como geográfico, es indispensable para establecer la afectación potencial de la libre competencia del mercado, ejercicio que tiene como piedra angular el establecimiento del poder de mercado del ente integrado, criterios que en efecto están definidos en la Guía de Integraciones Empresariales.

Además, las empresas y plantas involucradas objeto de estudio en su momento, tal y como se describe en la Resolución No. 13544 de 2006, no son las mismas que las aquí investigadas. Por tanto, este Despacho considera que el antecedente traído a colación por las investigadas no es aplicable y, en consecuencia, no entra en contradicción con las conclusiones expuestas por la Delegatura en el Informe Motivado y en la presente Resolución, respecto del alcance geográfico del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1. No obstante lo anterior, se reitera que los costos de transporte y otras variables relevantes fueron tenidas en cuenta en la definición del mercado afectado, tal y como se estableció en la sección correspondiente.

Por otra parte, si bien este Despacho reconoce que las definiciones realizadas por organismos internacionales relacionadas con la industria del cemento son referentes importantes para enriquecer el análisis, no puede pretenderse que lo allí concluido se adopte de manera literal al caso colombiano, pues claramente en cada país las conductas investigadas o analizadas son diferentes y las industrias presentan características particulares que implican una definición acorde con estas, aunque se trate del mismo producto. Así por ejemplo, dos de los casos citados por las investigadas, relacionados con los pronunciamientos de la Comisión Europea, son casos de estudio de fusiones o integraciones empresariales entre empresas cementeras, lo cual es abiertamente distinto con el caso objeto de estudio, como ya se explicó en detalle.

Así mismo, es importante mencionar que, si bien hay ejemplos internacionales donde la autoridad de competencia ha definido el mercado geográfico del cemento como regional, también se encuentran otros que hacen una definición nacional del mercado afectado, como lo es la sanción realizada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina a un grupo de empresas cementeras, por cartelización e intercambio de información competitivamente sensible<sup>242</sup>.

Ahora bien, respecto del uso del modelo de Hotelling como referente teórico para justificar la definición regional del mercado, este Despacho resalta que dicho modelo no es pertinente para representar la dinámica del mercado afectado en el presente caso, toda vez que dicho modelo desconoce que la fijación de precios se da periódicamente. Quiere decir lo anterior, que el modelo de Hotelling supone un juego estático donde las empresas fijan sus precios dada una ubicación exógenamente determinada, por una sola vez y no permite representar una situación de acciones repetidas en el tiempo.

Por tanto, es evidente que cambiar este supuesto para permitir acciones repetidas en el tiempo en el esquema del modelo de Hotelling, implica equilibrios y conclusiones diferentes a los ya establecidos en el modelo original y a los especificados en el ejemplo que usa **HOLCIM** en su pronunciamiento al Informe Motivado. Adicionalmente, el Despacho considera oportuno recordar, en el marco de la presente actuación, que el modelo de Hotelling citado por **HOLCIM** presenta limitaciones técnicas importantes a efectos de definir el equilibrio resultante, toda vez que anticipa la no existencia del mismo para cierta ubicación geográfica de las empresas. En otros términos, existe evidencia teórica y empírica que demuestra que el Modelo de Hotelling en su versión original, 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<sup>243</sup>.

Por último, es importante resaltar que la naturaleza nacional del mercado se puede evidenciar en una presentación de autoría y propiedad de **ARGOS**, titulada "Estrategia Competitiva Argos

<sup>242</sup> Resolución 125/2015, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina.

<sup>243</sup> Para una exposición detallada ver D'Aspremont, C., J. Gabszewicz y J. Thisse. On Hotelling "Stability on Competition" *Econometrica* Vol. 47, No. 5.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Colombia" de fecha octubre de 2013<sup>244</sup>, en la que aparece una simulación de ingresos del cemento gris, ante un escenario de la entrada de dos nuevos competidores en la zona norte del país. En esta presentación, la investigada explica que si los nuevos competidores fijan precios menores a los establecidos por ARGOS, incluyendo los costos de transporte, lograrían llegar con oferta de producto al interior del país. Lo anterior, muestra que en efecto la investigada considera el mercado de cemento gris de alcance nacional, pues de lo contrario, no simularía una situación donde un nuevo competidor ubicado en la zona norte podría impactar el mercado en el interior del país.


Si bien, la presentación hace referencia al cemento gris en general, lo cierto es que dichas afirmaciones aplican al cemento gris Pórtland tipo 1, producto que representa el 70% del cemento gris.

**Imagen No. 17. Diapositivas de la presentación denominada "Estrategia Competitiva Argos Colombia"**

**Escenarios de mercado 2014: nuevos entrantes**



**Simulación dinámica de ingresos de cemento gris ex-fabrica en escenario de precios bajos**



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

<sup>244</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado ARGOS No. 5. IMG\_PST\_DOCS\_ADRIANA\_RODRIGUEZ.ad1\A\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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En conclusión, este Despacho acoge la definición realizada por la Delegatura, tanto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos como en el Informe Motivado, por cuanto reconoce que el alcance geográfico del mercado es nacional. Por tanto, las posibles diferencias en los costos de transporte y la ubicación de las plantas de producción de cada una de las empresas, si bien son importantes a efectos de caracterizar el sector, lo cierto es que estos elementos no representaron limitación alguna para que las empresas investigadas, en el marco del acuerdo colusorio de precios aquí reprochado, llegaran a departamentos alejados de sus plantas de producción. Lo anterior, toda vez que los precios resultantes del cartel empresarial permitieron a **ARGOS, CEMEX y HOLCIM** tener brechas precio-costo suficientemente altas para que los costos de transporte no fueran decisivos en la puesta en marcha de su estrategia de comercialización a lo largo del territorio nacional.

#### **8.6.2. Sobre el producto afectado por la conducta**

**ARGOS** afirmó que la Delegatura en su Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos fue inconsistente, pues en algunos apartes hace referencia al cemento gris y en otras al cemento gris Pórtland tipo 1. Por su parte, **CEMEX** argumenta que la Delegatura basa su análisis en el mercado de cemento gris o Pórtland y no en el cemento gris Pórtland tipo 1.

Al respecto, vale la pena recordar que, contrario a lo señalado por las investigadas, en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos<sup>245</sup>, se concluyó en el numeral 11.1, que el producto presuntamente afectado es el "*cemento gris Pórtland tipo 1 o gris (en adelante **cemento gris**)*", por tanto, todas las variables de análisis expuestas en la presente Resolución se refieren al cemento gris Pórtland tipo 1.

#### **8.6.3. Sobre la sustituibilidad de la demanda del cemento gris Pórtland tipo 1**

**CEMEX** afirmó que la Delegatura limita artificialmente el mercado a cemento gris Pórtland Tipo 1, cayendo en un evidente absurdo: "*¿Por qué llegar a un acuerdo en un mercado tan específico cuando el cemento gris Pórtland Tipo 1 es altamente sustituible por otros tipos de cemento gris o Pórtland en general?*"

Sobre la afirmación realizada por **CEMEX** respecto de la alta sustituibilidad que presenta el cemento gris Pórtland Tipo 1 con otros tipos de cemento, este Despacho considera que no se da en el mercado una alta sustitución debido a las marcadas diferencias en la composición física y química de los diferentes tipos de cemento Pórtland y sus usos o aplicaciones. Dichas diferencias en características están definidas en las normas NTC 121 y 321, donde son evidentes las diferencias en las características físicas, mecánicas y químicas de los tipos de cemento gris Pórtland, así como en las NTC 30 y 31 que clasifican y definen los tipos de cemento<sup>246</sup>.

<sup>245</sup> Resolución No. 49141, del 21 de agosto de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio. Pág. 14.

<sup>246</sup> Mejía de Gutiérrez, Ruby. "PROPIEDADES Y COMPORTAMIENTO DE CEMENTOS NACIONALES", Escuela de Ingeniería de Materiales, Universidad del Valle, Cali, Colombia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 22. Requisitos Físicos NTC para cemento Pórtland

	Tipo 1	Tipo 1M	Tipo 2	Tipo 3	Tipo 4	Tipo 5
Finura, superficie específica en m <sup>2</sup> /kg						
- Ensayo por medio de permeabilidad al aire, mínimo.	280	280	280	-	280	280
Estabilidad	0,8	0,8	0,8	0,8	0,8	0,8
Expansión en autoclave, máximo, %						
Tiempo de fraguado (Métodos alternativos).						
- Ensayo por agujas de Vicat: Tiempo inicial, en minutos, no debe ser menor de	45	45	45	45	45	45
Tiempo final, en horas, no debe ser mayor de	8	8	8	8	8	8
Resistencia a la comprensión en Mpa (aprox. kgf/cm <sup>2</sup> ).						
La resistencia a la comprensión de cubos de mortero hechos con una parte de cemento y 2,75 partes de un arena gradada normalizada para este ensayo, preparados y probados de acuerdo con la NTC 220, no debe ser menor que , los valores indicados abajo, para cada edad.						
1 d		-	-	10,0 (100)		
3 días	8,0 (80)	12,5 (125)	10,5 (105)	21,0 (210)	-	8,5 (85)
7 días	15,0 (150)	19,5 (195)	17,5 (175)	-	7,0 (70)	15,5 (155)
28 días	24,0 (240)	-	-	-	17,5 (175)	21,0 (210)

Fuente: NTC, 121

Por otra parte, **ARGOS** afirmó en las observaciones al Informe Motivado que "el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1 tiene una baja elasticidad de la demanda en Colombia por la ausencia de sustitutos"<sup>247</sup> (Negritas y subrayas fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho encuentra que no hay evidencia para afirmar que el producto objeto de esta investigación sea altamente sustituible por otros tipos de cemento, teniendo en cuenta que el cemento gris Pórtland tipo 1: (i) representa el 70% de las ventas totales del cemento gris, y; (ii) tiene usos diferentes por sus características físico-químicas frente a los cementos especializados.

#### 8.6.4. Sobre el uso de precios utilizados por la Delegatura en el Informe Motivado

Frente a este punto, algunas de las investigadas argumentaron que los precios promedio eliminan variaciones y diferencias entre las series, invalidando los cálculos realizados por la Delegatura. Adicionalmente, **HOLCIM** afirmó que los precios ex fábrica promedios nacionales mensuales simples o ponderados, utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio, desconocen que las ventas en el mercado son en su mayoría precios CIF<sup>248</sup>.

Respecto de la eliminación de variaciones y diferencias entre las series al utilizar precios promedio, la Superintendencia de Industria y Comercio considera pertinente advertir que, para el caso acá analizado, el precio promedio ponderado es el mejor indicador que podría construirse a efectos de representar el comportamiento de los distintos precios derivados de la multiplicidad de transacciones y clientes existentes. Lo anterior, reconociendo que, estadísticamente hablando, es este indicador

<sup>247</sup> Observaciones presentadas por **ARGOS** al Informe Motivado, Pág. 102

<sup>248</sup> CIF por su sigla en inglés, hace referencia a los precios que incluyen los costos de transporte (fletes) hasta el destino final.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

el mejor indicador lineal insesgado que puede utilizarse para representar el comportamiento de una serie de tiempo.

Para soportar la afirmación anterior, basta mencionar lo propuesto por el profesor Takeshi Amemiya: "En palabras, la media muestral es el mejor estimador lineal insesgado, o BLUE, de la media poblacional"<sup>249</sup> (Traducción libre). En ese sentido son tan evidentes las bondades de ese indicador que el mismo **HOLCIM**, en sus observaciones al Informe Motivado, utiliza en sus cálculos precios promedio para sustentar sus argumentos<sup>250</sup>.

Así pues, para el Despacho el promedio ponderado permite representar el comportamiento de precios en el presente caso, siendo este el mejor indicador que representa una distribución de datos observados. En cualquier caso, resulta llamativo que los investigados no propongan alternativa alguna que permita superar las supuestas dificultades que argumentan de su implementación.

De otra parte, frente al uso de precios ex fábrica que de acuerdo con **HOLCIM** no corresponden con los precios de venta reales, este Despacho considera preciso indicar que los precios sujetos de análisis en la presente actuación administrativa correspondieron a información presentada por los mismos investigados, que esta Superintendencia presume como los reales, y que por ende, el hecho de que sean precios que no incluyan fletes e IVA no desdice del carácter real que las investigadas pretenden controvertir.

#### **8.6.5. Sobre las explicaciones teóricas propuestas por las investigadas para justificar el paralelismo**

Argumentaron algunas de las investigadas que el paralelismo de precios *per se* es coherente con modelos de interacción oligopólicos en competencia, y no necesariamente una prueba de la existencia de colusión o cartelización. En este contexto, afirmó **CEMEX** que la Delegatura parece no haber entendido que modelos de duopolio de Cournot y de duopolio con productos diferenciados de Bertrand también explican el paralelismo.

Al respecto, este Despacho acoge lo manifestado por la Delegatura en el Informe Motivado, en cuanto a que aun cuando los modelos de Cournot y Bertrand podrían explicar el comportamiento de los agentes en un mercado oligopólico, sus resultados sobre estrategias y determinación de precios varían al modificarlos para permitir competencia entre firmas en varios periodos de tiempo, pues ya no serían juegos estáticos sino repetidos y la colusión sería un resultado más probable. De esta manera, un escenario de juegos repetidos se adecúa de mejor forma a las variables propias y las condiciones reales del mercado del cemento, en el cual el análisis no es tan simple como lo describe la investigada. Aclara este Despacho además, que el término duopolio no aplica en este mercado, por cuanto existen más de dos empresas que ofrecen cemento gris Pórtland tipo 1, tal como se ha evidenciado a lo largo de esta investigación.

En cualquier caso, este Despacho no encuentra que los modelos citados por las investigadas puedan describir perfectamente el comportamiento paralelo del precio del cemento gris Pórtland tipo 1, eliminando toda sospecha de elemento consciente. Por el contrario, se probó a lo largo de la presente actuación administrativa, la existencia de evidencia económica y circunstancial contundente que permite tener por acreditado que el paralelismo de precios obedece a un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica.

#### **8.6.6. Sobre la pertinencia del uso del filtro de Hodrick-Prescott**

**CEMEX** afirmó que esta metodología no es habitual para detectar posibles acuerdos colusorios, sino que es una metodología propia del análisis macroeconómico. Sobre esta misma técnica, **ARGOS** argumentó que es una metodología altamente cuestionada en la literatura por su ambigüedad, específicamente, porque el componente cíclico depende del valor asignado a un parámetro lambda sobre el cual no hay consenso académico en series mensuales. Además, afirmó la investigada que el componente cíclico de este filtro no es estacionario y que, por tanto, no es posible hacer análisis o inferencia visual o descriptiva.

<sup>249</sup> Ver Amemiya, T. (1994) Introduction to Statistics and Econometrics. Harvard University Press. Pág. 128.

<sup>250</sup> Para ver un ejemplo del uso de precios promedio ponderados por parte de **HOLCIM** ver folios 8076 a 8078 del Cuademo Público No. 30.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Al respecto, este Despacho reitera, como se describió en la sección de paralelismo, que el filtro Hodrick- Prescott es una herramienta estadística que permite suavizar series temporales mediante un proceso sencillo de optimización, es decir, separar la tendencia de la serie de su ciclo. Si bien es cierto que inicialmente fue empleado para descomponer los agregados macroeconómicos en ciclo y tendencia, no existe razón alguna para restringir su uso a series de esta naturaleza. De hecho, en el artículo de Hodrick y Prescott (1997)<sup>251</sup> los autores no establecen como condición necesaria el carácter macro de la serie de tiempo. Si bien el Despacho reconoce que los datos del artículo están referidos a comportamientos macroeconómicos, lo cierto es que la condición necesaria de la serie de tiempo a analizar es que tenga asociado un proceso generador de datos. En la literatura especializada se encuentran trabajos académicos que aplican el filtro Hodrick- Prescott a variables que no necesariamente tienen un origen macroeconómico.

Así por ejemplo, Coricelli y Horwáth (2010)<sup>252</sup> utilizan el filtro de Hodrick- Prescott sobre un conjunto de precios de más de 400 productos comercializados en el canal minorista, para generar la descomposición del componente cíclico y tendencial de los respectivos precios.

Ahora bien, respecto del valor del parámetro lambda, es cierto que los valores de calibración del parámetro de ponderación (conocido en la literatura del filtro H-P como  $\lambda$ ) de acuerdo con la frecuencia de la serie, han sido probados para indicadores de actividad económica agregada. Sin embargo, también es cierto que pueden aplicarse a una gran variedad de series de tiempo, independientemente de su característica macro o microeconómica. Por otro lado, el no consenso en el valor de dicho parámetro no afectará significativamente los resultados, ya que la magnitud aproximada de las diferentes alternativas no difiere mucho dada una determinada frecuencia de los datos. En este sentido, Jong y Sakarya (2016)<sup>253</sup> hacen un análisis econométrico riguroso del filtro, en el que determinan sus propiedades estadísticas, independientemente de que se use para agregados macroeconómicos u otro tipo de series temporales. Dado que el componente tendencial corresponde a la evolución de los precios en el largo plazo, este está por tanto, influenciado por un componente que afecta de la misma manera a los precios de ARGOS, CEMEX y HOLCIM, como lo es, por ejemplo, la inflación. Así, aun removiendo las relaciones de largo plazo a partir de la aplicación del filtro de Hodrick y Prescott, existe evidencia de paralelismo entre los precios de las investigadas.

Finalmente, este Despacho resalta que con esta metodología, en ningún momento se pretende probar un posible acuerdo colusorio, pero sí le permitió a este Despacho en conjunto con otros ejercicios realizados, probar la existencia de paralelismo de precios ex fábrica promedios ponderados nacionales del cemento gris Pórtland tipo 1 de ARGÓS, CEMEX y HOLCIM.

#### **8.6.7. Otros argumentos económicos de ARGOS**

ARGOS planteó en su escrito de observaciones al Informe Motivado una serie de argumentos económicos, los cuales procede el Despacho a analizar a continuación.

En primer lugar, ARGOS afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las apreciaciones de los economistas Mauricio Reina y Sandra Oviedo, en relación con que el comportamiento observado en el mercado del cemento gris Pórtland tipo 1, operó acorde con lo observado en un mercado oligopólico racional en la solución no colusoria.

Al respecto, este Despacho debe señalar que si tuvo en cuenta las apreciaciones de los mencionados economistas. Sin embargo, el Despacho considera que, en efecto, la búsqueda de la maximización de beneficios por parte de las empresas, la monitorización de los precios y otras variables para anticipar las estrategias de los rivales, así como el paralelismo de precios, son coherentes con un modelo oligopólico no cooperativo, pero se resalta que estos comportamientos también son coherentes con un escenario de cartelización empresarial. Por tanto, y como ya quedó probado anteriormente, hay suficiente evidencia material probatoria para concluir que las investigadas actuaron acorde con un modelo oligopólico cooperativo, pues quedó plenamente

<sup>251</sup> Hodrick, R., and Prescott, E., (1997), "Post war U.S. Business Cycles: an Empirical Investigation", Journal of Money Credit and Banking, Vol. 29(1): Pág. 1-16.

<sup>252</sup> Coricelli, F., and Horwáth, R. (2010), "Price Setting and Market Structure: An Empirical Analysis of Micro Data", Managerial and decision Economics, No. 31: Pág 209-233.

<sup>253</sup> Jong M., and Sakarya (2016), "The Econometric of the Hodrick-Prescott Filter", The Review of Economics and Statistics, May 2016, 98(2): 310-317.



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

demostrado la existencia de un acuerdo tendiente a limitar la libre competencia económica en la modalidad de paralelismo consiente de precios, aspecto que desvirtúa el uso de las citas teóricas mencionadas por los economistas Mauricio Reina y Sandra Oviedo, pues no aplican en el presente caso al estar demostrada la conducta anticompetitiva.

Adicionalmente, respecto de otro de los argumentos teóricos expuestos por los economistas con base en los cuales **ARGOS** fundamenta su defensa, según el cual, una colusión derivada de un oligopolio no es una solución estable porque cada empresa tiene incentivos para romper el acuerdo, este Despacho se aparta de dicha afirmación, por cuanto si bien es cierto que en un ambiente estático se ha mostrado que la colusión no constituye un equilibrio estable, toda vez que existirían incentivos para las empresas para desviarse de la estrategia cartelista o colusoria, este resultado no se mantiene si se considera un juego repetido, escenario en el que es ampliamente conocido que la colusión puede aparecer debido a la posibilidad de castigo y a los incentivos de la cooperación en el largo plazo<sup>254</sup>.

Por lo tanto, este Despacho encuentra que el alcance del argumento presentado por la investigada, no es apropiado para representar una situación como la descrita en el presente caso.

De otro lado, **ARGOS** argumentó que vende el producto con una propuesta de valor diferenciada en el mercado, sustentada en el servicio al cliente y en inversiones de mercadeo y publicidad, lo que le permite cobrar precios más altos. Además, afirmó que implementó una estrategia de desintermediación de sus canales de distribución, aspecto que confirma que compete el mercado.

Al respecto, este Despacho resalta que este tipo de diferenciación a la que se refiere la investigada no está relacionada con características fisicoquímicas del producto sino con la promesa de valor. No obstante, este Despacho aclara que no desconoce las inversiones y estrategias que manifestó la investigada para lograr el reconocimiento de su marca, sin embargo, esto no explica el mecanismo de fijación de precios que utiliza la firma y que resulta en precios paralelos entre sus competidores.

Por otra parte, afirmó **ARGOS** que esperar que las reacciones de los agentes en el mercado sean diametralmente opuestas, supondría que alguno de los participantes actúa de modo irracional.

Este Despacho aclara que en ningún momento ha afirmado que espera un comportamiento específico (opuesto o directo) por parte de los agentes en un mercado, pues los resultados observados y las estrategias a implementar por parte de los agentes dependen de las características presentes en la estructura del mercado en el que estos operen. Ahora bien, respecto del caso aquí investigado, quedó demostrado en la presente Resolución que existe paralelismo de precios consiente, es decir, se reitera que el paralelismo observado no se da por un comportamiento estratégico bajo un escenario no cooperativo (actitud competitiva), sino por un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica.

También argumentó **ARGOS** que las correlaciones no deben realizarse sobre series no estacionarias como lo son los precios en niveles, sino sobre las primeras diferencias de esta variable. Al respecto, este Despacho aclara que una correlación de Pearson es una metodología de estadística descriptiva que permite medir el grado de asociación entre dos variables. Este método no exige ninguna condición o característica sobre las variables o series para que su utilización o interpretación sea válida<sup>255</sup>.

Otro argumento esgrimido por **ARGOS** es que dicha compañía no es responsable de la estructura y características del mercado del cemento en Colombia y, que por ende, no se puede derivar de ellas ninguna responsabilidad para la investigada. Así mismo, afirmó que la existencia o no de las evidencias de **Posner** no pueden ser usadas como factor plus de la conducta.

Al respecto debe indicar el Despacho que, como se especificó en la sección referente a los marcadores de **Posner**, los mismos no son considerados en ningún momento como prueba de la existencia del cartel empresarial, pero sí constituyen, como lo señala **ARGOS**, unos descriptores de la estructura y características del mercado que de existir, hacen a este mercado más propenso a la formación de un acuerdo colusorio.

<sup>254</sup> Gintis, H., (2009), "The Bounds of Reason. Game Theory and the Unification of the Behavioral", Princeton University Press. Cap.9 sección 9.6.

<sup>255</sup> Wooldridge J., (2001), "Introducción a la Econometría: Un enfoque moderno", Thomson Learning, primera edición.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Además, manifestó **ARGOS** que si bien la concentración del mercado es una característica del mercado de cemento Pórtland tipo 1, el mercado ha venido desconcentrándose por el lado de la oferta pues pasó de 3 competidores a inicios del milenio a 7 en el periodo investigado y 15 en 2017.

Frente a este punto, este Despacho concuerda con el argumento de la investigada, en cuanto a que el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, es concentrado, de hecho era altamente concentrado, por cuanto de 7 empresas existentes en el periodo investigado, **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM** controlaban el 96% de las ventas totales, elemento que hace más propensa la existencia de un acuerdo de precios entre las investigadas. Ahora bien, si bien es cierto que se ha observado una leve desconcentración del mercado por la entrada de nuevos competidores, los niveles de concentración siguen siendo muy altos, como se indicó en la definición del mercado afectado.

Finalmente, **ARGOS** afirmó que la Delegatura basó los cálculos de su capacidad ociosa en la metodología propuesta por CW Group en un anexo encontrado en un correo electrónico, sin presentar una descripción de los cálculos efectuados. Además, argumentó que confrontó los resultados de la Delegatura y encontró diferencias significativas con la capacidad ociosa de la empresa. Expresó la investigada que en todo caso, de la existencia de capacidad ociosa, no puede colegirse la existencia de un acuerdo de precios o de repartición de mercados.

Este Despacho reitera, como se especificó en la sección de descripción de mercado, que **ARGOS** solo se limitó a decir que el cálculo de la Delegatura era incorrecto, pero en ningún caso especificó por qué, ni qué tanto se desviaba los cálculos de aquellos estimados por la empresa, ni reportó el valor de la capacidad ociosa real de cada una de sus plantas, a pesar de los diversos requerimientos que esta Entidad le hizo durante la investigación, requerimientos a los cuales la investigada respondió que no pudo entregar porque no contaba con la información para hacer dichos cálculos. Al respecto, llama la atención a este Despacho que **ARGOS** argumente que no le es posible reportar la capacidad ociosa real porque no cuenta con la información para realizar dichos cálculos, y que posteriormente afirme que las estimaciones realizadas por la Delegatura presentan desviaciones significativas respecto a los cálculos que la compañía tiene. ¿Cómo pudo determinar que hay diferencias significativas si supuestamente la empresa no tiene estos cálculos?

En cualquier caso, queda claro que la **ARGOS** tiene capacidad ociosa, pues no lo ha negado en sus descargos y aunque en gracia de discusión esta pudiese llegar a ser limitada, esta característica constituye un elemento que genera un ambiente favorable para realizar acuerdos colusorios, pues le permite reaccionar ante la entrada de nuevas empresas o ante el incumplimiento del acuerdo por parte de las empresas participantes en el mismo.

#### **8.6.8. Otros argumentos económicos de CEMEX**

**CEMEX** argumentó que la Delegatura ignoró todas las explicaciones posibles para justificar el paralelismo y rechazó, sin mayor argumentación, el impacto de los costos en el incremento de los precios, además que hizo caso omiso del comportamiento general de los precios en otros mercados para el periodo de análisis.

Al respecto, este Despacho resalta que si bien pueden existir otras razones teóricas posibles que expliquen el paralelismo, lo cierto es que, como se evidenció en la presente Resolución, dichas explicaciones quedan desvirtuadas teniendo en cuenta que está plenamente acreditada la existencia del cartel empresarial. Por tanto, quedan invalidadas las razones alternativas que pudieran explicar un paralelismo de precios en un oligopolio no cooperativo.

Frente al impacto de los costos en el incremento del precio, este Despacho reitera que dicho argumento fue ampliamente analizado en la presente Resolución y quedó demostrado que los incrementos presentados en los costos no son suficientes para explicar tanto el comportamiento paralelo, como los incrementos sostenidos en los precios del cemento gris Pórtland tipo 1.

De otro lado, **CEMEX** argumentó que no puede hacer parte de un cartel, debido a que no tiene la capacidad ociosa de producción que le permitiera reaccionar para neutralizar el supuesto incumplimiento de algún miembro.

Al respecto, si bien la capacidad ociosa de las investigadas es limitada, esta constituye un factor disuasorio que les permite a las empresas reaccionar ante la posible entrada de un nuevo

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

competidor o ante el incumplimiento de un acuerdo colusorio por parte de las empresas pertenecientes al mismo. Ahora bien, la existencia de esta característica no constituye un elemento único ni una condición necesaria para que una firma participe en la conformación de un cartel empresarial, pues se requiere de la conjugación de características y condiciones adicionales en el mercado y además de elementos que den cuenta de que los agentes incurrieron en una conducta anticompetitiva, mismos que ya fueron probados en la presente Resolución.

#### **8.6.9. Argumentos económicos particulares de HOLCIM**

En primer lugar, **HOLCIM** afirmó que el paralelismo es perfecto cuando se puede establecer una relación fija de proporcionalidad entre los precios de todas las empresas. Además argumentó que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se realiza simplemente un análisis gráfico y que no existe ningún estudio econométrico que permita establecer si existe una relación fija de proporcionalidad entre los precios de las empresas. Por tanto, afirmó que si existiese paralelismo, se debería presentar un coeficiente de variación perfecto.

Frente a lo anterior, este Despacho reitera que el paralelismo de precios existe cuando se observan tendencias y variaciones armónicas o uniformes en los precios de varios agentes económicos, a través del tiempo. En este sentido es pertinente aclarar que ni en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos ni en el Informe Motivado, ni en actuaciones anteriores, esta Entidad ha hecho alusión a verificar la existencia de un paralelismo perfecto de precios. Por el contrario, ha señalado que el paralelismo se refiere a aquellas *"(...) situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en los cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo de varios agentes económicos (...)"*<sup>256</sup>.

Partiendo de esta definición, queda claro que la existencia de paralelismo no implica precios ni variaciones idénticas o perfectas. Tampoco implica relaciones fijas de proporcionalidad entre los precios, ni correlaciones perfectas entre dichas series. De ser así, sería el caso más extremo de paralelismo que pudiese existir. En todo caso, el paralelismo que existe en el periodo investigado entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, presenta correlaciones casi perfectas, pues el coeficiente de correlación de Pearson es, como se mostró en el capítulo de paralelismo, mayor a 0,9 en los tres casos, donde 1 es la máxima correlación posible.

#### **8.7. Sobre las pruebas solicitadas por los investigados en las observaciones al Informe Motivado**

Teniendo en cuenta que el término para presentar las observaciones al Informe Motivado no es una oportunidad para pedir pruebas, el Despacho no hará ningún pronunciamiento en relación con las solicitudes de pruebas realizadas por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado.

#### **9. Responsabilidad individual de los investigados**

Procede el Despacho a determinar la responsabilidad de los investigados, para lo cual se analizará la situación particular de cada una de las personas jurídicas investigadas como agentes del mercado, para posteriormente, determinar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la presente actuación.

#### **9.1. Responsabilidad de las personas jurídicas respecto de la imputación 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)**

Según el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

*"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

<sup>256</sup> Resoluciones No. 51694 de 2008, 4946 de 2009, 71794 de 2011 y 26726 de 2016.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

(...)

*15. 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.*

(...)"

Así mismo, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

*"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.*

(...)

*11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación 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.*

(...)"

#### **9.1.1. Responsabilidad de ARGOS**

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **ARGOS** incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por participar en un acuerdo o cartel empresarial para fijar directa e indirectamente los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia, en la modalidad de paralelismo consciente o práctica conscientemente paralela.

Este Despacho logró establecer que los precios de **ARGOS** se comportaron de manera paralela con los precios de **CEMEX** y **HOLCIM**, que existe evidencia económica que da cuenta de que tal circunstancia corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia y que no existe una explicación razonable que dé cuenta de dicho comportamiento ni de la formación de los precios de la investigada.

Adicionalmente, se hallaron una serie de evidencias circunstanciales que, analizadas en su conjunto, acreditan el elemento consciente de la conducta investigada, en cuanto demuestran que **ARGOS** no se comportó frente a **CEMEX** y **HOLCIM** como un real competidor. En efecto, se encontraron correos electrónicos y otro tipo de documentos con los que se acreditó un entorno colaborativo y coordinado, en el marco del cual, incluso, **ARGOS** no percibía a **HOLCIM** y **CEMEX** como rivales.

Finalmente, se encuentra plenamente demostrado que **ARGOS** ha tenido un comportamiento procesal reprochable durante la investigación.

#### **9.1.2. Responsabilidad de CEMEX**

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **CEMEX** incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por participar en un acuerdo o cartel empresarial para fijar directa e indirectamente los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia, en la modalidad de paralelismo consciente o práctica conscientemente paralela.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Este Despacho logró establecer que los precios de **CEMEX** se comportaron de manera paralela con los precios de **ARGOS** y **HOLCIM**, que existe evidencia económica que da cuenta de que tal circunstancia corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia y que no existe una explicación razonable que dé cuenta de dicho comportamiento ni de la formación de los precios de la investigada.

Adicionalmente, se hallaron una serie de evidencias circunstanciales que, analizadas en su conjunto, acreditan el elemento consciente de la conducta investigada, en cuanto demuestran que **CEMEX** no se comportó frente a **ARGOS** y **HOLCIM** como un real competidor. En efecto, se encontraron correos electrónicos y otro tipo de documentos en los que se evidenciaba un entorno colaborativo y coordinado que es ajeno a un escenario de real competencia.

### **9.1.3. Responsabilidad de HOLCIM**

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **HOLCIM** incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por participar en un acuerdo o cartel empresarial para fijar directa e indirectamente los precios del cemento gris Pórtland tipo 1 en Colombia, en la modalidad de paralelismo consciente o práctica conscientemente paralela.

Este Despacho logró establecer que los precios de **HOLCIM** se comportaron de manera paralela con los precios de **ARGOS** y **CEMEX**, que existe evidencia económica que da cuenta de que tal circunstancia corresponde más a un escenario colusivo que a uno de competencia y que no existe una explicación razonable que dé cuenta de dicho comportamiento ni de la formación de los precios de la investigada.

Adicionalmente, se hallaron una serie de evidencias circunstanciales que, analizadas en su conjunto, acreditan el elemento consciente de la conducta investigada, en cuanto demuestran que **HOLCIM** no se comportó frente a **ARGOS** y **CEMEX** como un real competidor. En efecto, se encontraron correos electrónicos y otro tipo de documentos en los que se evidenciaba un entorno colaborativo y coordinado que es ajeno a un escenario de real competencia.

### **9.2. Responsabilidad de las personas naturales**

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

*"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

*(...)*

*16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere 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 legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

*(...)"*

Así mismo, el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

*"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.*

*(...)*

*12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.*

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

(...)"

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades 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 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. Tiene que existir un hecho que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión<sup>257</sup>.

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

Según lo anterior, esta Superintendencia ha considerado que, para vincular y sancionar a una persona natural por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación administrativa pruebas que den cuenta de la conducta activa o pasiva de la persona vinculada al agente de mercado infractor.

Ahora bien, tratándose de conductas pasivas o por omisión, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución e incluso, a quien, 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 la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.

Lo anterior refleja los términos de la Ley, si se tiene en cuenta que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, incluye el verbo "tolerar" dentro de los verbos rectores que pueden ser desplegados por las personas vinculadas con un agente infractor del régimen de libre competencia económica.

Así mismo, esta Superintendencia ha señalado que las pruebas para determinar la responsabilidad de las personas naturales identificadas en el transcurso de la actuación administrativa, están relacionadas con el modo en el que opera la conducta anticompetitiva. Así, mediante la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015<sup>258</sup>, se señaló:

*"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, (...)"*

<sup>257</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, págs. 93-94; Resolución 23521 del 12 de mayo de 2015, págs. 47-48; Resolución 16562 del 14 de abril de 2015, pág. 54.

<sup>258</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Sanción No. 80847 del 7 de octubre de 2015, Pág. 151.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Es importante señalar que en la valoración probatoria que realiza la Autoridad de Competencia, el cargo que tienen las personas naturales en la compañía a la cual pertenecen y las funciones propias del mismo, tienen una relevancia especial y constituyen un hecho determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertos cargos que cuentan con deberes legales particulares en el funcionamiento del agente de mercado.

Así, en el presente caso resulta fundamental destacar que, dada la estructura y características propias del mercado —las cuales han sido exhaustivamente señaladas en esta Resolución—, la determinación del precio del cemento gris Portland tipo 1 resulta un factor determinante en la estrategia competitiva de las empresas que compiten en dicho mercado.

Para efectos de analizar la responsabilidad de las personas naturales investigadas, para el Despacho es claro que la comisión de una conducta anticompetitiva consistente en un acuerdo de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela, involucra el conocimiento o por lo menos la obligación de conocer de las personas que ejercen cargos directivos o comerciales de alto rango dentro de las compañías cartelizadas, por cuanto que, en ejercicio de sus funciones, estas conocen o deben conocer el comportamiento de los precios (determinación, ajustes o modificaciones, variables que lo determinan, aumento o disminución, etc.) y la existencia de conductas anticompetitivas que puedan provocar una alteración irregular de los precios.

Lo anterior es particularmente cierto en la presente investigación en la medida en que, como se señaló en el capítulo de contextualización nacional e internacional de la industria del cemento, las compañías aquí investigadas han sido investigadas y/o sancionadas en, por lo menos, cuatro (4) ocasiones anteriores, por cargos o infracciones al régimen de libre competencia económica idénticos o muy similares a los que son objeto de la presente actuación administrativa, y que como se relató, muchas de esas investigaciones terminaron mediante el ofrecimiento de garantías que involucraban directamente a las personas del nivel directivo en la determinación, supuestamente autónoma, de los precios del cemento en el mercado y otra terminó con sanción a las empresas y a algunos de sus directivos.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procede a analizar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la actuación administrativa en la Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

#### 9.2.1. Personas naturales vinculadas con ARGOS

##### 9.2.1.1. JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, Presidente y Representante Legal de ARGOS

**JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** ocupó el cargo de Presidente y Representante Legal de ARGOS desde agosto de 2003<sup>259</sup> hasta el 6 de agosto de 2012<sup>260</sup>.

Al concluir afirmativamente sobre la participación de ARGOS en el acuerdo de precios, y teniendo en cuenta que, en razón de las funciones propias de su cargo **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID** tenía la obligación de actuar con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios y por lo tanto conoció, o al menos debía conocer, sobre la comisión de la conducta hasta agosto de 2012<sup>261</sup> — fecha hasta la cual ejerció como Presidente de ARGOS—.

<sup>259</sup> Declaración de JOSE ALBERTO VÉLEZ CADAVID. Folio 4721 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente, Minuto 9:22.

<sup>260</sup> Folio 632 del Cuaderno Reservado ARGOS No 1 del Expediente.

<sup>261</sup> Al respecto debe señalarse que, si bien ARGOS aportó con sus Observaciones el extracto de acta No. 1102 de 2 de mayo de 2012 con el objetivo de acreditar que en esa fecha se designó a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** como Presidente de ARGOS, lo cierto es que, según el Certificado de Existencia y Representación de ARGOS (Folio 632 del Cuaderno Reservado No. 1 de ARGOS), dicho nombramiento tuvo lugar mediante el acta No. 1104 del 5 de julio de 2012 y fue inscrita hasta el día 6 de agosto de 2012. Con relación al carácter constitutivo del nombramiento de representantes legales la H. Corte Constitucional ha señalado "Como puede verse, el alcance normativo de las anteriores disposiciones [Art. 164 y 442 del Código de Comercio] consiste en establecer que la designación de representantes legales y revisores fiscales sólo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil. Ahora bien, cuando por cualquier causa (renuncia, remoción, muerte, etc.), la persona cuyo nombre aparece inscrito deja de ocupar cargo, el sólo registro de este hecho no es suficiente para que cesen sus obligaciones y responsabilidades como tal, pues lo que determina esta cesación no es el registro de la renuncia, remoción, muerte, incapacidad o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio de sus funciones, sino la inscripción cómo

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Sin embargo, al haber cesado en sus funciones como Presidente y Representante Legal de **ARGOS** en agosto de 2012, la potestad sancionatoria caducó por haber transcurrido más de cinco (5) años entre esa fecha de cesación de funciones como Presidente de **ARGOS** y la expedición de este acto administrativo.

Por esta razón, se **ARCHIVARÁ** la actuación administrativa respecto del investigado **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID**.

En consecuencia, debe concluirse que en relación con este investigado habría operado el fenómeno de la caducidad de la potestad sancionatoria de esta Superintendencia.

#### **9.2.1.2. JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, Presidente y Representante Legal de ARGOS**

**JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** ocupó el cargo de Presidente y Representante Legal de **ARGOS** desde el 6 de agosto de 2012<sup>262</sup>, fecha en la cual fue inscrito su nombramiento en la Cámara de Comercio de Barranquilla<sup>263</sup> por lo cual, durante una parte del periodo investigado ocupó el más alto cargo directivo de **ARGOS** con todas las funciones y obligaciones que dicho cargo comporta.

El investigado, en ejercicio de su derecho de defensa, adujo que las pruebas obrantes en el Expediente evidencian la estructura y el tamaño de la organización y que *"no es razonable pretender que el doctor Velásquez pudiese tener conocimiento sobre todo lo que ocurría al interior de la organización"*<sup>264</sup>.

Al respecto, esta Superintendencia considera fundamental señalar que, al analizar las características estructurales del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, y por tratarse de un bien homogéneo y –atendiendo la caracterización del cemento como *commodity*–, resulta claro que la determinación del precio era un factor determinante tanto en la estrategia competitiva de **ARGOS**, como en la capacidad de la empresa de reportar utilidades. Inclusive, al analizar el informe de gestión y los estados financieros de **ARGOS** del año 2011 y 2012, estos últimos firmados por el mismo **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, resulta claro que un aumento del 19,8% en las utilidades brutas y del 21.1%<sup>265</sup> en las utilidades operacionales, debió llamar la atención del investigado quien, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios hubiera podido conocer sobre las irregularidades en la fijación del precio de **ARGOS**.

Así, teniendo en cuenta 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 tal sentido, nuevamente se pone de presente que la determinación de la responsabilidad del investigado no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculado con **ARGOS**, sino que su involucramiento en la presente actuación administrativa se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de su cargo directivo para el periodo de investigación y, en segundo, con su conducta omisiva frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la compañía, que conoció o debió haber conocido.

*representante legal o revisor fiscal de la persona llamada a reemplazarlo". (Sentencia C- 621 de 29 de julio de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra"*

<sup>262</sup> Folio 632 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 1 del Expediente.

<sup>263</sup> Folio 632 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 1 del Expediente.

<sup>264</sup> Folio 7246 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.

<sup>265</sup> Folio 189 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.co/ir/Media/Default/images/ReporteIntegradoArgos2012-Completo.pdf>



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En este punto es importante resaltar que, respecto de las funciones propias del cargo de Presidente de **ARGOS**, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** en su declaración<sup>266</sup> señaló que era el encargado de la implementación y supervisión de la estrategia de la compañía, de velar por la transparencia y sostenibilidad de la misma, y de representar a la organización ante gobiernos, entidades cívicas y gremiales, entre otras funciones. De las anteriores funciones, es posible resaltar que el investigado cumplía con los deberes propios de representación legal de la sociedad, de forma que, a su vez, era titular de la obligación de conocimiento relacionada en párrafos anteriores.

Conforme con lo anterior, para el caso, de todas las pruebas recaudadas durante la actuación administrativa, esta Autoridad comprobó que **ARGOS** incurrió en conductas contrarias del régimen de protección de la libre competencia, específicamente por realizar un acuerdo de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente con sus competidores, así como por acordar la repartición de mercados con los mismos. En este sentido, conforme con los deberes referidos en apartes anteriores y dadas las funciones propias de su cargo, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** conoció o debió de conocer la situación ocurrida con **ARGOS**.

Por otra parte, es relevante al momento de analizar la configuración de la conducta omisiva de **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** consistente en tolerar la práctica restrictiva de la competencia objeto de la presente actuación administrativa, tener en consideración los siguientes hechos:

a) Que en 1997, la Superintendencia de Industria y Comercio, Abrió Investigación con 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<sup>267</sup> (acuerdos que tiene por objeto o como efecto la repartición del mercado entre productores o distribuidores). Como se mencionó en el capítulo de contexto de la industria cementera, esta Superintendencia aceptó dar por terminada la investigación mediante la aceptación de garantías, a través de la Resolución No. 17464 de 30 de agosto de 1999<sup>268</sup>, mediante la cual se comprometieron, entre otras, a que sus representantes legales –entre quienes se encontraba **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, ahora investigado– se abstuvieran de remitir la información anteriormente señalada.

b) Que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** estuvo vinculado como investigado en la actuación administrativa sancionatoria iniciada por esta Superintendencia mediante Resolución No. 358 del 19 de enero de 2005, terminada por aceptación de garantías mediante la Resolución No. 34804 del 23 de diciembre de 2005<sup>269</sup>. En esta oportunidad, **CEMEX**, **HOLCIM**, **CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A.** (actualmente **ARGOS**) y **ARGOS** se comprometieron, entre otros, a: (i) abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación contra terceros; (ii) establecer los precios de sus productos de forma unilateral y autónoma; (iii) informarle a la Superintendencia los criterios que se tendrán en cuenta para la determinación unilateral de precios –información que debía mantenerse actualizada y a disposición de la Superintendencia–; y (iv) abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tuviera por objeto eliminar a uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de estos.

Adicionalmente, no existe prueba alguna que le permita a la Superintendencia afirmar que el investigado se interpuso frente a la comisión de este tipo de prácticas por la compañía, sino que, por el contrario, para esta Superintendencia resulta claro que esta persona toleró la conducta anticompetitiva. Finalmente, no le es posible a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** alegar que, por la naturaleza de su cargo en la compañía, no contaba con la facultad de interferir en la definición de las políticas de precios de **ARGOS** ni conocía de las mismas, puesto que, como ya se

<sup>266</sup> Declaración de **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**. Folio 4700 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente, Minuto 12:35 a 15:00.

<sup>267</sup> Resolución No. 318 de 6 de marzo de 1997.

<sup>268</sup> Resolución expedida por el Superintendente de Industria y Comercio ad hoc, Jorge Pinzón Sánchez. (El Superintendente de Industria y Comercio titular era Emilio José Archila Peñalosa).

<sup>269</sup> Expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, Jairo Rubio Escobar.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

expuso, esta no es una excusa válida conforme con la naturaleza propia de su cargo, mucho menos en vista de que la imputación de cartelización empresarial para la fijación de precios contra **ARGOS** como persona jurídica, y suya como persona natural, no es novedosa, por lo que era esperable de un buen administrador que hubiera adoptado las medidas necesarias para impedir que la compañía bajo su administración, incurriera nuevamente en semejante violación de la libre competencia económica.

Por eso, una vez demostrado todo lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra probado que **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

### 9.2.1.3. INGRID RESTREPO LIBREROS, Gerente de Negocio Masivo de ARGOS

**INGRID RESTREPO LIBREROS** ocupó el cargo de Gerente de Negocio Masivo de **ARGOS** para el periodo investigado<sup>270</sup>.

En ejercicio de su cargo, y según la declaración rendida ante esta Autoridad<sup>271</sup>, la investigada era responsable del manejo de la información comercial de **ARGOS**, en el que "*se administran 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.*"<sup>272</sup>. De igual manera, **INGRID RESTREPO LIBREROS** aceptó<sup>273</sup> su participación activa en el Comité de Precios de la compañía, órgano que, según su declaración, fue creado como mecanismo para la fijación de precios de la compañía<sup>274</sup>.

En relación con la responsabilidad individual de **INGRID RESTREPO LIBREROS**, sea lo primero señalar que, esta Superintendencia encontró probado que conforme con la valoración conjunta de todo el material probatorio recaudado durante la actuación administrativa, **ARGOS** ejecutó un acuerdo restrictivo de la competencia para la fijación de precios y repartición del mercado con sus competidores. Así mismo, a partir del análisis probatorio desplegado a lo largo de este escrito se determinó la consciencia en la ejecución de la práctica paralela desplegada por **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

En segundo lugar, debe reiterarse el reproche realizado en páginas anteriores al funcionamiento anómalo del Comité de Precios de la compañía, en relación con la discrepancia entre los precios fijados al interior de dicho comité y los precios efectivamente cobrados a los clientes y, en la forma en que dichas irregularidades propiciaron la existencia de un acuerdo para la fijación de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**.

A partir de los dos elementos de análisis anteriormente señalados, llama la atención de esta Superintendencia que la defensa jurídica de la investigada haya estado encaminada a señalar que, si bien **INGRID RESTREPO LIBREROS** "*participaba en el mecanismo establecido por ARGOS para determinar los precios de venta de cemento, ello no quiere decir que tomara por su cuenta las decisiones sobre el movimiento de los precios. De hecho, las pruebas demuestran que mi representada no tenía una especial injerencia en relación con las decisiones sobre precios de venta de cemento*"<sup>275</sup>.

Al respecto debe mencionarse que **INGRID RESTREPO LIBREROS** sí tenía una injerencia especial en el precio, en la medida en que, además de hacer parte del Comité de Precios, era la encargada de manejar la información comercial de la compañía y, como consecuencia de las funciones a su cargo –que ella misma precisó–, estaba en la condición privilegiada de conocer o haber debido

<sup>270</sup> Declaración de **INGRID RESTREPO LIBREROS**. Folio 4046 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente, minuto 5:39.

<sup>271</sup> Folio 4046 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

<sup>272</sup> Folio 4046 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente, minuto 9:33.

<sup>273</sup> Folio 4046 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente, minuto 10:05.

<sup>274</sup> Folio 4046 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente, minuto 10:09.

<sup>275</sup> Folio 7875 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

conocer las decisiones que se tomaban al interior del Comité de Precios y, en especial, debió conocer o por lo menos haber conocido que los precios que se fijaban en el mencionado Comité no correspondían a los precios que eran efectivamente cobrados a los clientes.

De lo anterior resulta claro que las funciones de **INGRID RESTREPO LIBREROS** no se limitaban a asistir, presenciar y participar del Comité de Precios, sino que, adicionalmente, dentro de sus funciones se encontraba el manejo y la consolidación de información comercial de la compañía, dentro de la cual se encontraba por supuesto la información relacionada con los precios de cemento gris Pórtland tipo 1.

Adicionalmente, a partir de los elementos materiales probatorios recabados a lo largo de la investigación, se encontró que **INGRID RESTREPO LIBREROS** participó en la cadena de correos con asunto denominado "*Precios de CX por ZF*"<sup>276</sup> junto con **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**) y **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**), de la cual se concluyó que **ARGOS** le mantuvo un "*precio especial*" a **CEMEX** y con lo cual se encontró acreditada la prueba circunstancial de que las transacciones realizadas entre **CEMEX** y **ARGOS** evidencian un comportamiento colaborativo entre las compañías investigadas, ajeno a un mercado en competencia e incompatible con los propios intereses de **ARGOS**, comportamiento que tiene explicación en el escenario de colaboración y coordinación entre dichos agentes de mercado.

Como consecuencia de lo anterior, resulta claro que, dadas las funciones propias del cargo de Directora de Negocio Masivo y la relevancia de las decisiones relacionadas con la fijación del precio en el desempeño de las mismas, así como su conocimiento de las transacciones contrarias a los intereses económicos de **ARGOS**, resulta claro que **INGRID RESTREPO LIBREROS** conocía o tenía la obligación de conocer el comportamiento de los precios de **ARGOS** en el mercado colombiano, así como las irregularidades en la fijación de los precios que ya han sido expuestas con suficiencia en este escrito.

Por todo lo anteriormente expuesto, una vez probada la infracción de las normas de protección de la competencia por parte de **ARGOS**, y entendido el alcance de las obligaciones correspondientes a **INGRID RESTREPO LIBREROS**, esta Autoridad concluye que en su calidad de Directora de Negocio Masivo de **ARGOS**, la investigada toleró y facilitó las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la empresa, por lo que su responsabilidad será susceptible de reproche en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### **9.2.1.4. ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, Directora de Información Comercial de ARGOS**

**ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** se vinculó con **ARGOS** desde el 2009 y, para el período de esta investigación, era la Directora de Información Comercial de dicha compañía<sup>277</sup>.

En el transcurso de esta investigación se identificaron una serie de correos electrónicos y comunicaciones enviadas entre empleados de **ARGOS**, que a su vez sirvieron de sustento para acreditar la existencia del elemento consciente de la conducta (factores plus), en los que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** se encuentra directamente involucrada. Estas pruebas permiten evidenciar la consciencia de la investigada en la práctica de las conductas restrictivas de la competencia en las que incurrió la empresa en la que trabajaba y que, por consiguiente, lleva a concluir su actuar facilitador frente a la misma.

En primer lugar, según la declaración rendida por **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** ante esta Superintendencia, dentro de las funciones propias de su cargo como Directora de Información Comercial de **ARGOS**, se encontraba específicamente el manejo del sistema de información de la compañía, así como el procesamiento de esta información, especialmente la de tipo comercial, para la elaboración de informes según las solicitudes de la Gerencia<sup>278</sup>.

<sup>276</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>277</sup> Declaración de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**. Folio 4639 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minuto 5:24.

<sup>278</sup> Folios 4639 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minutos 18:54 y 19:38.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En tal sentido, por las características de sus funciones, esta persona manejaba la información relacionada con precios, participación de mercado, despachos de producto, entre otras cifras de carácter comercial de la compañía.

Ahora bien, en las comunicaciones que permitieron acreditar la existencia de un ambiente de cooperación entre **ARGOS**, **CEMEX** y **HOLCIM**, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** se encontraba directamente involucrada, en especial en cuanto al envío y recibo de las comunicaciones relacionadas con ello. Entonces, del material probatorio que a continuación se relaciona, es posible concluir que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** era consciente de las conductas irregulares que, para la época, **ARGOS** adelantó con sus competidores, y las cuales toleró y facilitó por completo sin reproche alguno. De lo anterior, se encuentran las siguientes pruebas, ya analizadas en páginas anteriores:

- Documento de Excel denominado "Hoja\_de\_c\_lculo\_de\_Microsoft\_Excel1"<sup>279</sup>, recaudado del *backup* del equipo de cómputo de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**) el cual revela un comportamiento atípico, en el que las proyecciones de **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.
- Correo electrónico del 8 de enero de 2013<sup>280</sup>, remitido por **LUZ MARÍA BERNAL** (funcionaria de **ARGOS**) y dirigido a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**), con asunto denominado "RV: RV: FACTURAS CON VENCIMIENTOS A MAS DE 60 DIAS"<sup>281</sup> y con adjunto "CARTERA CEMEX A 8 ENERO 2013.xlsx"<sup>282</sup>, en el que resultaba claro que **CEMEX** no cumplía a tiempo las obligaciones contraídas con **ARGOS**.
- Correo electrónico del 16 de enero de 2013<sup>283</sup>, remitido por **PAOLA SUSANA VALENCIA** (Jefe de Información Comercial de **ARGOS**) y dirigido a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**), con asunto denominado "Precios cemento concretero - TIII Norte.xlsx" y adjunto<sup>284</sup> denominado de igual manera, mediante el cual se comunica una comparación entre los precios con los cuales **ARGOS** vendió cemento concretero a **CEMEX** vs. los precios para la venta del mismo a otras empresas concreteras e, inclusive, a la propia concretera de **ARGOS** y, de la cual fue posible establecer que el precio de **CEMEX** sí era más bajo que el que **ARGOS** utilizaba para la venta incluso a su propia concretera.
- Cadena de correos entre **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** (Directora de Información Comercial de **ARGOS**), **INGRID RESTREPO LIBREROS** (Directora del Negocio Masivo de **ARGOS**) y **NATALIA GONZÁLEZ TAMAYO** (Profesional de Información Comercial de **ARGOS**), con asunto denominado "Precios de CX por ZF"<sup>285</sup> de la cual se concluyó que **ARGOS** le mantuvo un "precio especial" a **CEMEX**.

De lo anterior resulta claro que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, en ejercicio de sus funciones, tuvo conocimiento y estuvo involucrada en las transacciones que le permitieron a esta Superintendencia acreditar la existencia de un factor plus fundamentado en la existencia de una cooperación entre **ARGOS** y sus competidores contraria a los intereses de **ARGOS**.

Por las razones anteriormente expuestas, resulta claro que **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** facilitó la conducta anticompetitiva desplegada por **ARGOS** y por lo tanto es responsable en los

<sup>279</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>280</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>281</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>282</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>283</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>284</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

<sup>285</sup> Folio 5336 del Cuaderno Reservado **ARGOS** No. 5 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

## 9.2.2. Personas naturales vinculadas con CEMEX

### 9.2.2.1. CÉSAR CONSTAIN VAN RECK, Presidente y Representante Legal de CEMEX

**CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** ejerció el cargo de Presidente y Representante Legal de **CEMEX** entre marzo de 2005 y mayo de 2011<sup>286</sup>, es decir, durante una parte del periodo investigado ejerció el más alto cargo directivo de la compañía. Adicionalmente, por la naturaleza de su posición en la empresa y según manifestó el investigado en su declaración, tenía a su cargo *"la responsabilidad y el manejo de la empresa en Colombia"*<sup>287</sup>.

Teniendo en cuenta las obligaciones propias de su cargo, la relevancia de la fijación del precio en la determinación de la estrategia competitiva de **CEMEX** y lo declarado por el investigado, resulta claro que **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** conocía o tenía la obligación de conocer y supervisar el comportamiento de los precios de la empresa en el mercado colombiano, así como la participación de la misma y sus políticas estratégicas.

Sin embargo, al haber cesado en sus funciones como Presidente y Representante Legal de **CEMEX** en mayo de 2011, la potestad sancionatoria caducó por haber transcurrido más de cinco (5) años entre esa fecha de cesación de funciones como Presidente de **CEMEX** y la expedición de este acto administrativo.

Por esta razón, se **ARCHIVARÁ** la actuación administrativa respecto del investigado **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**.

En consecuencia, debe concluirse que en relación con este investigado habría operado el fenómeno de la caducidad de la potestad sancionatoria de esta Superintendencia.

### 9.2.2.2. CARLOS JACKS CHAVARRÍA, Presidente y Representante Legal de CEMEX

**CARLOS JACKS CHAVARRÍA** ocupó el cargo de Presidente y Representante Legal de **CEMEX** durante el periodo comprendido entre junio de 2011 y septiembre de 2016<sup>288</sup>. De esta manera, es claro que durante una parte del periodo investigado, esta persona ejerció el más alto cargo directivo de la compañía.

Atendiendo las consideraciones de esta Superintendencia expresadas en anteriores acápites de esta Resolución sobre la obligación de actuar con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, así como la obligación de conocer los mecanismos de fijación de precios atendiendo su importancia en la definición de la estrategia competitiva de la compañía y dadas las características del mercado, resulta claro que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** conoció, o al menos debió haber conocido sobre la ocurrencia de la conducta anticompetitiva endilgada a **CEMEX**.

Lo anterior, puede evidenciarse en lo señalado por el investigado en su declaración, a través de la cual manifestó conocer cuáles eran las variables tenidas en cuenta para la fijación de los precios de la compañía, señalando específicamente que:

*"DELEGATURA: ¿Dentro de la experiencia que usted tiene en el sector cementero, sabe usted cómo se determinan los precios del cemento portland tipo 1 en CEMEX COLOMBIA S.A.?"*

*CARLOS JACKS CHAVARRÍA: Los precios tienen que ver con muchos factores, más allá de la oferta y demanda que es obvio, tiene que ver con el tipo de producto que uno vende,*

<sup>286</sup> Declaración de **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**. Folio 4125 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente. Minuto 06:46.

<sup>287</sup> Declaración de **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**. Folio 4125 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente. Minuto 6:57.

<sup>288</sup> Declaración de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**. Folio 4637 del Cuaderno Público No. 16, del Expediente. Minuto 7:37.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

*a qué segmento lo hace, en qué plaza lo hace, como se desempeñan los costos de producción del producto, es una serie de factores"*<sup>289</sup>.

Adicionalmente, en relación con la injerencia que pudiera tener en la determinación del precio, manifestó lo siguiente en su declaración:

**"DELEGATURA:** *¿Es cierto que usted tiene injerencia en la manera como se determinan esos precios en la compañía?*

**CARLOS JACKS CHAVARRÍA:** *Pues de que mando en la compañía mando"*<sup>290</sup>.

Así mismo, en relación con su responsabilidad dentro de la injerencia de la forma de establecer los precios manifestó:

**"DELEGATURA:** *¿Qué responsabilidad tiene usted como persona dentro de la injerencia de esa forma de establecer los precios?*

**CARLOS JACKS CHAVARRÍA:** *Yo soy el último responsable de todo lo que pasa en la compañía, de eso no me cabe la menor duda, lo que sí es que no me meto en las cosas de todos los días, solo cuando hay temas relevantes"*<sup>291</sup>.

Lo anterior, permite concluir que el investigado conocía la política de fijación de precios de **CEMEX** y su responsabilidad en ello.

El investigado, en ejercicio de su derecho de defensa, adujo que **CEMEX** no incurrió en prácticas restrictivas de la competencia y que por lo tanto, él no toleró tal comportamiento durante el tiempo que figuró como representante legal, pues no existió colusión entre las investigadas, tampoco paralelismo de precios, ni conciencia del mismo durante el periodo investigado.

Dado que el Despacho encontró probado que **CEMEX** sí incurrió en tal práctica restrictiva de la competencia durante el periodo investigado, es posible afirmar que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, en virtud de sus funciones, no actuó con la *"diligencia de un buen hombre de negocios"*, pues toleró que dichas conductas fueran perpetradas por la compañía de la cual era Presidente y Representante Legal. Y es que no le sería posible al investigado afirmar el desconocimiento de tal situación, pues como bien se evidenció de su declaración, se encontraba directamente involucrado y tenía injerencia suficiente en la toma de decisiones respecto de precios, elemento fundamental de la estrategia competitiva y de la participación de la compañía en el mercado colombiano, y aspecto que fue objeto de estudio en la presente investigación administrativa.

Adicionalmente, esta Superintendencia considera fundamental señalar que, al analizar las características estructurales del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, y por tratarse de un bien homogéneo, resulta claro que la determinación del precio era un factor determinante de la estrategia competitiva de **CEMEX** y, teniendo en cuenta el cargo directivo que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** desempeñaba en la compañía, y la alta relevancia que tenía la función del precio de este producto en el comportamiento de **CEMEX** en el mercado, dicha variable 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, atendiendo la caracterización del cemento como *commodity*.

En tal sentido, nuevamente se pone de presente que la determinación de la responsabilidad del investigado no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculado con **CEMEX**, sino que su involucramiento en la presente actuación administrativa se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de su cargo directivo para el periodo de investigación y, en segundo lugar, con su conducta omisiva frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la compañía, que conoció o debió haber conocido.

<sup>289</sup> Declaración de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, Folio 4637 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minuto 7:43.

<sup>290</sup> Declaración de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**. Folio 4637 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minuto 9:51.

<sup>291</sup> Declaración de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**. Folio 4637 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente. Minuto 10:15.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

De otro lado, el investigado manifestó en sus observaciones al Informe Motivado, que la Delegatura obvió el argumento de que el precio de compra de los consumidores depende en gran medida del margen de utilidad del distribuidor, a lo cual se refirió **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, dado el hecho incuestionable de la alta incidencia que tiene el margen de utilidad del distribuidor en los precios finales del producto. Al respecto, el Despacho insiste en que la conducta reprochable que se le atribuye está relacionada con la fijación de los precios de venta ex fábrica de cemento gris Portland tipo 1 junto con sus competidores durante el periodo investigado, conducta que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** ha reafirmado en sus observaciones al Informe Motivado, al indicar que la responsabilidad de **CEMEX**, **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK** y **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** recae exclusivamente sobre los precios de venta en puerta de fábrica.

También, el investigado manifestó en sus observaciones al Informe Motivado, que la Delegatura, para llegar a sus conclusiones con base en indicios e inferencias, ha debido tener en cuenta el comportamiento procesal de **CEMEX**, de **CARLOS JACKS CHAVARRÍA** y de **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, el cual fue de continua colaboración. En relación con lo mencionado, este Despacho manifiesta que el buen comportamiento procesal, si bien se trata de una conducta deseable por parte de la Autoridad, no se convierte en un elemento que deba ser tenido en cuenta al momento de analizar los indicios.

Por los anteriores argumentos, para la Superintendencia es posible afirmar que **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, toleró, mediante una conducta omisiva, el comportamiento anticompetitivo de **CEMEX**, lo cual lo hace acreedor del reproche de su conducta y responsable administrativamente en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

### 9.2.3. Personas naturales vinculadas con HOLCIM

#### 9.2.3.1. MOISÉS PÉREZ YUNES, Presidente de HOLCIM

**MOISÉS PÉREZ YUNES** ocupó el cargo de Presidente y Representante Legal de **HOLCIM** para el periodo comprendido entre julio de 2006 hasta febrero de 2011<sup>292</sup>.

Al concluir afirmativamente sobre la participación de **HOLCIM** en el acuerdo de precios, y teniendo en cuenta que, en razón de las funciones propias de su cargo **MOISÉS PÉREZ YUNES** tenía la obligación de actuar con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios y por lo tanto conoció, o al menos debía conocer, sobre la comisión de la conducta hasta febrero de 2011<sup>293</sup> –fecha hasta la cual ejerció como Presidente de **HOLCIM**–.

Sin embargo, al haber cesado en sus funciones como Presidente y Representante Legal de **HOLCIM** en febrero de 2011, la potestad sancionatoria caducó por haber transcurrido más de cinco (5) años entre esa fecha de cesación de funciones como Presidente de **HOLCIM** y la expedición de este acto administrativo.

Por esta razón, se **ARCHIVARÁ** la actuación administrativa respecto del investigado **MOISÉS PÉREZ YUNES**.

<sup>292</sup> Declaración de **MOISÉS PÉREZ YUNES**. Folio 4128 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente. Minuto 11:32.

<sup>293</sup> Al respecto debe señalarse que, si bien **ARGOS** aportó con sus Observaciones el extracto de acta No. 1102 de 2 de mayo de 2012 con el objetivo de acreditar que en esa fecha se designó a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** como Presidente de **ARGOS**, lo cierto es que, según el Certificado de Existencia y Representación de **ARGOS** (Folio 632 del Cuaderno Reservado No. 1 de **ARGOS**), dicho nombramiento tuvo lugar mediante el acta No. 1104 del 5 de julio de 2012 y fue inscrita hasta el día 6 de agosto de 2012. Con relación al carácter constitutivo del nombramiento de representantes legales la H. Corte Constitucional ha señalado "*Como puede verse, el alcance normativo de las anteriores disposiciones [Art. 164 y 442 del Código de Comercio] consiste en establecer que la designación de representantes legales y revisores fiscales sólo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil. Ahora bien, cuando por cualquier causa (renuncia, remoción, muerte, etc.), la persona cuyo nombre aparece inscrito deja de ocupar cargo, el sólo registro de este hecho no es suficiente para que cesen sus obligaciones y responsabilidades como tal, pues lo que determina esta cesación no es el registro de la renuncia, remoción, muerte, incapacidad o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio de sus funciones, sino la inscripción como representante legal o revisor fiscal de la persona llamada a reemplazarlo*". (Sentencia C- 621 de 29 de julio de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra"

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En consecuencia, debe concluirse que en relación con este investigado habría operado el fenómeno de la caducidad de la potestad sancionatoria de esta Superintendencia.

### **9.2.3.2. MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ, Presidente Ejecutivo y Representante Legal de HOLCIM y miembro de Junta Directiva**

**MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** ocupó el cargo de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de **HOLCIM** durante el periodo comprendido entre abril de 2011 y mayo de 2014<sup>294</sup>. En igual sentido, como consta en el Certificado Histórico de la Junta Directiva de esta empresa, el investigado fue nombrado miembro de la Junta Directiva<sup>295</sup> para el periodo investigado.

Conforme con la declaración rendida por **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, durante el periodo investigado, entre sus funciones se encontraban las de realizar la fijación de los precios de **HOLCIM** en el mercado, diseñar y efectuar el esquema estratégico de la compañía para el ejercicio de su actividad comercial y, ejercer la representación legal de la misma, entre otras.

Específicamente respecto de los criterios para la determinación del precio del cemento de **HOLCIM**, el investigado indicó lo siguiente:

*"DELEGATURA: ¿Cómo se determinan los precios del cemento?"*

**MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ:** *"Respecto a su pregunta de precios, básicamente hay varios criterios que se tomaron en consideración durante ese periodo, son temas económicos, la situación actual como país, el crecimiento actual y esperado del país, y en eso teníamos principalmente factores como la inflación y como la devaluación de la moneda local, con respecto principalmente al dólar. Teníamos temas o considerábamos temas de mercado, principalmente lo que es la oferta y la demanda actual del mercado, qué está aconteciendo en temas de emisión de licencias, de metros cuadrados de construcción, todo eso es información pública que proporcionaba el DANE, CAMACOL. Todo eso era insumo y lógicamente temas de costos y gastos propios de la compañía (...). Todos esos elementos considerados con un análisis de lo que acontecía en el mercado eran los insumos para tomar la decisión de incrementar o no los precios"*<sup>296</sup>.

En relación con la fijación del precio de los productos de **HOLCIM**, se encontró que estos eran establecidos por la Dirección Comercial, junto con el Presidente **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, quien al respecto manifestó en su declaración:

*"DELEGATURA: ¿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"*<sup>297</sup>.

(...)

*"DELEGATURA: ¿Cómo se comunican los precios, o se comunicaban los precios del Cemento Portland tipo 1 de su compañía? ¿a través de instrucciones que daba usted por computador, internet, página web?"*

<sup>294</sup> Declaración de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**. Folio 5061 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente. Minuto 10:54.

<sup>295</sup> Informe Motivado. Pág. 385.

<sup>296</sup> Declaración de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**. Folio 5061 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente. Minuto 11:26.

<sup>297</sup> Declaración de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**. Folio 5061 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente. Minuto 14:56.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ:** lo que le comento nuevamente, o sea realmente yo fijaba, yo lo que establecía era un precio de referencia en el mercado. El precio al que digamos, el cemento se vendía en el mercado era completamente diferente, porque el mío era solamente una referencia y esta comunicación se hacía de forma verbal<sup>298</sup>.

Esta Superintendencia considera fundamental señalar que al analizar las características estructurales del mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, y por tratarse de un bien homogéneo, resulta claro que la determinación del precio era un factor determinante de la estrategia competitiva de **HOLCIM** y teniendo en cuenta el cargo directivo que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** desempeñaba en la compañía, y la alta relevancia que tenía la función del precio en el comportamiento de **HOLCIM** 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, atendiendo la caracterización del cemento como *commodity*.

En tal sentido, nuevamente se pone de presente que la determinación de la responsabilidad del investigado no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculado con **HOLCIM**, sino que su involucramiento en la presente actuación administrativa se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de su cargo directivo para el periodo de investigación y, en segundo lugar, con su conducta activa frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la compañía por haber ejecutado actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción investigada.

Así mismo, dado que la Superintendencia encontró probado que **HOLCIM** incurrió en prácticas restrictivas de la competencia, es posible afirmar que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** conoció que las mismas se presentaban, permitió que sucedieran y las ejecutó de forma constante y permanente durante los tres años del periodo investigado, sin ninguna oposición al respecto. Lo anterior es prueba del comportamiento activo asumido por el investigado frente a la comisión de conductas contrarias del régimen de protección de libre competencia económica realizadas por **HOLCIM**. Y es que no le sería posible al investigado afirmar el desconocimiento de tal situación, pues como bien se evidenció de su declaración, se encontraba directamente involucrado y tenía injerencia suficiente en la toma de decisiones respecto de precios, elemento fundamental de la estrategia competitiva y de la participación de la compañía en el mercado colombiano, así como del actuar de la misma en su diario funcionamiento, aspectos principales que fueron objeto de estudio en la presente investigación administrativa.

En relación con la conducta por la cual se le investigó, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** manifestó en sus observaciones al Informe Motivado que desarrolló un arduo trabajo para competir en el mercado, incrementar su participación y aumentar la capacidad disponible para producir más cemento, solicitó que su conducta se analizara a lo largo de su periodo como Presidente Ejecutivo y Representante Legal de **HOLCIM** y con especial atención a su intención de competir en el mercado, para lo cual empleó todos los esfuerzos por hacerlo tanto en términos de precio, como de valor.

Al respecto debe señalar el Despacho que las actuaciones que eventualmente despliegue un investigado en el mercado que puedan evidenciar la existencia de algún interés en comportarse de manera competitiva, no necesariamente excluyen la posibilidad de que existan conductas contrarias a la libre competencia económica. En otras palabras, aun aceptando en gracia de discusión la existencia de ciertas actividades que serían indicativas de algún tipo de comportamiento autónomo, como las que manifestó el investigado en sus observaciones (Proyecto Ceiba, el mejoramiento del horno, la disminución del factor clínker, entre otras), estas no son suficientes, ni mucho menos generan automáticamente la ausencia de responsabilidad administrativa ante la demostración de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia.

Aun en los casos de cartelización empresarial en los que se cuenta con abundante evidencia directa sobre la existencia del cartel, como la confesión de algunos de los miembros por la delación, documentos, correos electrónicos, declaraciones de terceros, chats de mensajería instantánea o *Whatsapp*, entre otros, es posible encontrar evidencia aislada de algunos comportamientos competitivos, que darían cuenta de la desviación de algún miembro del cartel empresarial de lo

<sup>298</sup> Declaración de **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**. Folio 5061 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente. Minuto 20:23.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

previamente acordado o, a lo sumo, de un acto aislado de competencia que en nada desvirtúa la existencia del cartel empresarial.

Por otro lado, en sus observaciones también manifestó que no tuvo injerencia en los precios superiores al valor de referencia base, pues *"de acuerdo con la política comercial que obra en el expediente, el doctor RUBALCAVA solamente participaba para autorizar descuentos superiores al 15% sobre el valor base y nunca participaba para vender a precios superiores al valor de referencia base. Por lo tanto, como la SIC considera que HOLCIM estaba vendiendo a precios superiores a los de Libro Azul, es claro que el doctor RUBALCAVA no tuvo injerencia alguna en esos precios"*<sup>299</sup>.

Sin embargo, esta manifestación resulta contraria con su propia declaración, en la que se evidenció que tenía conocimiento de los criterios utilizados para la fijación de los precios de **HOLCIM**, además que, entre sus funciones se encontraba directamente a la fijación de precios, por lo cual resulta claro que conocía o debía conocer sobre la ocurrencia de prácticas tendientes a coordinar los precios de la empresa con los de sus competidores.

Por todo lo anterior, resulta claro que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ** ejecutó y toleró el comportamiento anticompetitivo de **HOLCIM**, en primer lugar, porque en virtud de sus funciones se encargaba de fijar el precio y, en segundo lugar, no demostró la toma de medidas o actividades tendientes a propender porque tales conductas anticompetitivas no se hubiesen presentado o, siquiera, que su materialización fuera interrumpida.

Como resultado de las consideraciones presentadas, y en el entendido que existen elementos suficientes que prueban la infracción de las normas de libre competencia por parte de **HOLCIM**, se concluye que **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, en su calidad de Presidente de la compañía para el periodo investigado, incurrió en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

### **9.2.3.3. JAIME ANTONIO HILL TINOCO, Director Comercial y Miembro de la Junta Directiva**

**JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, durante el periodo investigado por esta Autoridad, ocupó los cargos de Director Comercial entre los años 2008 y 2014<sup>300</sup> y miembro de la Junta Directiva de **HOLCIM** (nombrado en 2011), tal y como consta en su declaración en los certificados históricos de Junta Directiva de la compañía.

Así, bajo el cargo de Director Comercial de **HOLCIM**, el investigado tenía las funciones de *"planear, dirigir, coordinar la ejecución de toda la estrategia comercial de la compañía, de los productos y servicios que ofrecemos, teniendo en cuenta siempre el posicionamiento de nuestra marca, las metas de volúmenes de la compañía, la atención al cliente y la rentabilidad que espera la compañía tanto en cemento, concretos premezclados y agregados"*<sup>301</sup> y, a su vez, participaba de forma directa en la definición de los precios de la compañía, tal como lo reconoció en su declaración rendida ante esta Autoridad: *"HOLCIM Colombia usa numerosos criterios para tomar decisiones de precios y yo si participo en ese proceso"*<sup>302</sup>.

Además de participar del proceso para tomar decisiones de precio, tal y como lo evidenció en su declaración, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** conocía perfectamente los criterios esenciales utilizados para hacerlo.

En efecto, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** manifestó en su declaración lo siguiente en relación con el proceso de toma de decisiones del precio:

<sup>299</sup> Folio 8245 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

<sup>300</sup> Declaración de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**. Folio 4641 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente. Minuto 8:57.

<sup>301</sup> Declaración de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**. Folio 4641 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente. Minuto 9:09.

<sup>302</sup> Declaración de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**. Folio 4641 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente. Minuto 11:20.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

**"DELEGATURA:** ¿Tiene usted injerencia en la determinación de los precios de la compañía como Director?

**JAIME ANTONIO HILL TINOCO:** (...) nosotros, HOLCIM Colombia usa numerosos criterios para tomar decisiones de precio y yo sí participo en ese proceso"<sup>303</sup>.

**"DELEGATURA:** ¿Cuáles son esos criterios?

**JAIME ANTONIO HILL TINOCO:** son unos criterios que inclusive la Superintendencia de Industria y Comercio autorizó en una resolución en diciembre, que se llevó a cabo en diciembre de 2005. Para tomar una decisión de precios, HOLCIM Colombia, que por cierto toma sus decisiones de manera unilateral y autónoma, considera numerosos aspectos que incluyen señales macroeconómicas, cómo va la economía del país, cómo se está desempeñando el PIB de la construcción, la devaluación de la moneda, nosotros, pues, por nuestra casa matriz en suiza, la devaluación de la moneda nos impacta. Obviamente analizamos el desempeño de la construcción, cómo va, las licencias otorgadas, los costos de producción de nuestros productos, nosotros consumimos energía eléctrica, consumimos carbón y obviamente los monitoreamos, los gastos de la compañía, la oferta y la demanda de los productos, cómo los vemos porque el DANE publica cifras de despachos de cementos, de producción y de despachos, las señales y expectativas del mercado, parte de la inteligencia del mercado, los márgenes de rentabilidad presupuestados y vemos también el canal de distribución, es decir, consideramos diez criterios siempre de manera autónoma e independiente a la hora de tomar una decisión de precios y yo participo de ese proceso"<sup>304</sup>.

Así, dada la naturaleza de su cargo y las actividades propias del mismo dentro de la compañía, es claro que respecto de las conductas anticompetitivas efectuadas por **HOLCIM** y probadas por esta Superintendencia, relacionadas con un acuerdo de fijación de precios en la modalidad de paralelismo consciente, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** conoció que las mismas se presentaban, permitió que sucedieran y las ejecutó de forma constante y permanente durante los tres años del periodo investigado, sin ninguna oposición al respecto. Lo anterior es prueba del comportamiento activo asumido por el investigado frente a la comisión de conductas contrarias del régimen de protección de libre competencia económica realizadas por **HOLCIM**. Y es que no le sería posible al investigado afirmar el desconocimiento de tal situación, pues como bien se evidenció de su declaración, se encontraba directamente involucrado y tenía injerencia suficiente en la toma de decisiones respecto de precios, elemento fundamental de la estrategia competitiva y de la participación de la compañía en el mercado colombiano, así como del actuar de la misma en su diario funcionamiento, aspectos principales que fueron objeto de estudio en la presente investigación administrativa.

Como se sabe, **HOLCIM** también fue vinculado a las investigaciones administrativas iniciadas mediante las siguientes Resoluciones: (i) Resolución No.15460 del 30 de junio de 2004, por medio la cual la Superintendencia de Industria y Comercio le formuló Pliego de Cargos a **HOLCIM** y **CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A.** por presuntamente haber desconocido lo dispuesto en los numerales 1 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al disminuir el precio de cemento Ganacem y Hércules en los departamentos de Boyacá y Casanare dentro del periodo comprendido entre noviembre y diciembre de 2003 y haber realizado un acuerdo para impedir el acceso al mercado, y (ii) Resolución 358 del 19 de enero de 2005, por medio la cual la Superintendencia de Industria y Comercio le formuló Pliego de Cargos a **CEMEX**, **HOLCIM**, **CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A.**, **COMPAÑÍA DE CEMENTOS ARGOS S.A.**, **CEMENTOS CARIBE S.A.**, **CEMENTOS RIOCLARO S.A.**, **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CLÍNKER S.A.**, **COLCLÍNKER S.A.**, **CEMENTOS DE CALDAS S.A.** Y **CALES Y CEMENTOS DE TOLUVIEJO S.A.**, por presuntamente haber desconocido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, los numerales 1, 2 y 10 de artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

A través de las Resoluciones 34804 y 34805 del 23 de diciembre de 2005 la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó como garantías de la suspensión de la conducta investigada algunos compromisos acordados por los investigados, así como el esquema de seguimiento de los mismos que permitiera a esta Entidad corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se

<sup>303</sup> Declaración de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**. Folio 4641 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente. Minuto 11:19.

<sup>304</sup> Declaración de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**. Folio 4641 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente. Minuto 11:30.

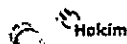
"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

estuviera incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron lugar a la apertura de la investigación, estas garantías fueron incumplidas por **HOLCIM** tal y como consta en las Resoluciones 26361 y 26362 del 11 de octubre de 2006 emitidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de las cuales se declaró el incumplimiento de las mismas.

De estas garantías se derivó para **HOLCIM** el compromiso de informar a la Superintendencia los criterios que tendría en cuenta para la determinación unilateral de los precios, información que debería mantenerse actualizada en todo momento y lista a disposición de esta Entidad.

Según señaló **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** en su declaración, y como se refirió anteriormente, para el periodo objeto de investigación se utilizaban los criterios autorizados por la Superintendencia en el año 2005 para la determinación del precio de sus productos y de esto se dejaba la respectiva constancia en el "libro azul". Lo anterior, puede evidenciarse en el siguiente documento tomado del "libro azul" de **HOLCIM**, documento por demás firmado por **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**:

**Imagen No. 18. "AUTORIZACIÓN CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA DETERMINACIÓN O MODIFICACIONES DEL PRECIO BASE O DESCUENTOS DEL CEMENTO PORTLAND GRIS TIPO 1 - Resoluciones 34804 y 34805 del 23 de diciembre de 2005 Superintendencia de Industria y Comercio"**



Holcim (Colombia) S.A.

APLICACIÓN CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA DETERMINACIÓN O MODIFICACIONES DEL PRECIO  
BASE O DESCUENTOS DEL CEMENTO PORTLAND GRIS TIPO 1  
Resoluciones 34804 y 34805 del 23 de diciembre de 2005  
Superintendencia de Industria y Comercio

Fecha de la decisión:	Diciembre 06 de 2012
Fecha inicio del cambio de precio:	Diciembre 31 de 2012
Regiones en donde se modifica el precio: De Área Table de Bases Precios por Región Año 2012 por tonelada	Base CIF de de Arauca, Eje Cafetero y Valledupar.
Criterios utilizados en este caso	Observaciones
• La devaluación o revaluación actual y esperada de la moneda	
• La inflación actual y esperada	X
• El desempeño general de la economía	X
• El desempeño económico del sector de la construcción	X
• Los costos de producción de los productos	X
• Los gastos en que debe incurrir la compañía	
• La oferta y demanda de los productos	X
• Las señales y expectativas del mercado del cemento	X Tracking de precios
• Los márgenes de rentabilidad presupuestados	
• La estructura del canal de distribución	
Comentarios y/o mención de otros anexos soportes del cambio:	Aprobado por:
Propuesta de modificación de bases de precio realizada el 06 de Diciembre de 2012 presentada a la Dirección Comercial.	Jaime Hill T.

Sin embargo, y como ya se manifestó en la presente Resolución, estos precios no coinciden con los precios efectivamente cobrados a los clientes de **HOLCIM**, por lo que esta Superintendencia reprocha el funcionamiento anómalo de la manera en que se determinaban los mismos al interior de la compañía durante el periodo investigado, en relación con la discrepancia entre la información consignada en estos documentos del "libro azul" y los cambios que efectivamente sufrieron los precios en el mercado y en la forma en que dichas irregularidades propiciaron la existencia de un acuerdo para la fijación de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela entre **ARGOS, CEMEX y HOLCIM**.

Teniendo en cuenta la inconsistencia presentada entre la información que reposa en el "libro azul" y la que efectivamente se comprobó respecto de los precios del cemento gris Portland tipo 1, y teniendo en cuenta también las funciones de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, a quien en virtud de su cargo, tal y como él mismo precisó, le correspondía manejar toda la estrategia comercial de la compañía, resulta difícil creer que el investigado no tuviera conocimiento de que la información consignada en el "libro azul" no correspondía con la realidad, pues estaba en la condición privilegiada de conocer que las modificaciones de los precios efectivamente cobrados a los clientes,

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

no necesariamente coincidían con las modificaciones consignadas en los documentos del "libro azul" que se encuentran firmados por él, lo que evidencia claramente su conocimiento.

Por lo tanto, en el caso puntual de **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, dado que sus funciones se encontraban encaminadas directamente a la fijación de precios, resulta 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.

En relación con la conducta por la cual se le investigó, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** manifestó en sus observaciones al Informe Motivado que desarrolló un arduo trabajo para competir en el mercado, incrementar su participación y aumentar la capacidad disponible para producir más cemento, así como fomentar la entrada de nuevos clientes durante el periodo investigado, impulsar la venta directa del cemento en saco canal, compitiendo en todos los segmentos del mercado. También adujo haber creado la Gerencia de Proyectos, que velaba por competir en el segmento de infraestructura, un mercado no atendido por **HOLCIM** y en el cual logró incursionar exitosamente.

Como ya se indicó previamente, las actuaciones que eventualmente despliegue un investigado en el mercado que puedan evidenciar la existencia de algún interés en comportarse de manera competitiva, no necesariamente excluyen la posibilidad de que existan conductas contrarias a la libre competencia. En otras palabras, aun aceptando en gracia de discusión la existencia de ciertas actividades que serían indicativas de algún tipo de comportamiento individual, como las que manifestó el investigado en sus observaciones (Proyecto Ceiba, el mejoramiento del horno, la disminución del factor clinker, entre otras), estas no son estas suficientes, ni mucho menos generan automáticamente la ausencia de responsabilidad administrativa ante la demostración de la existencia de una práctica restrictiva de la competencia.

Aun en los casos de cartelización empresarial en los que se cuenta con abundante evidencia directa sobre la existencia del cartel, como la confesión de algunos de los miembros por la delación, documentos, correos electrónicos, declaraciones de terceros, chats de mensajería instantánea o *Whatsapp*, entre otros, es posible encontrar evidencia aislada de algunos comportamientos competitivos, que darían cuenta de la desviación de algún miembro del cartel de lo previamente acordado o, a lo sumo, de un acto aislado de competencia que en nada desvirtúa la existencia del cartel empresarial.

Por otro lado, en sus observaciones también manifestó que no tuvo injerencia en los precios superiores al valor de referencia base:

*"[D]e acuerdo con la política comercial que obra en el expediente, el doctor HILL solamente participaba para autorizar descuentos superiores al 10% y hasta el 15% sobre el valor base y nunca participaba para vender a precios superiores al valor de referencia base. Por lo tanto, como la SIC considera que HOLCIM estaba vendiendo a precios superiores a los de Libro Azul, es claro que el doctor HILL no tuvo injerencia alguna en esos precios"<sup>305</sup>.*

Sin embargo, esta manifestación resulta contraria con su propia declaración, en la que se evidenció que tenía conocimiento de los criterios utilizados para la fijación de los precios de **HOLCIM**, además que, entre sus funciones se encontraba directamente la fijación de precios, por lo cual resulta claro que conocía sobre la ocurrencia de prácticas tendientes a coordinar los precios de la empresa con los de sus competidores. Lo anterior se reafirma aún más con su participación y firma en las actas del denominado "libro azul" antes mencionada.

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio analizó en páginas anteriores el correo electrónico del 20 de agosto de 2012<sup>306</sup>, remitido por **MIGUEL ÁNGEL RUVACALBA MÉNDEZ** (Presidente de **HOLCIM**) y dirigido a **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** (Director Comercial de **HOLCIM**), con asunto "*Fw: CARTA PRESTAMO LADRILLO REFRACTARIO BÁSICO*" y archivo

<sup>305</sup> Folio 8171 del Cuaderno Público 30 del Expediente.

<sup>306</sup> Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

adjunto denominado "CEMEX.pdf"<sup>307</sup>. Este documento constituye la evidencia que permite concluir que, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** conoció de transacciones realizadas por **HOLCIM** con sus competidores, las cuales, conforme con lo señalado anteriormente, fueron valoradas como propias de un ambiente colaborativo extraño a un mercado en competencia.

Por las consideraciones anteriores debe concluirse que el investigado **JAIME ANTONIO HILL TINOCO** ejecutó las conductas restrictivas de la competencia objeto de la presente investigación y al no encontrarse acreditada ninguna prueba válida que permita certificar que se opuso a dichas prácticas restrictivas de la competencia, esta Superintendencia considera que el investigado también toleró las conductas anticompetitivas enunciadas y, por tal, se recomendará se declare su responsabilidad administrativa en los términos del numeral 16 del artículo del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

#### **9.2.3.4. GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO, Gerente de Abastecimiento de HOLCIM**

Para el periodo objeto de investigación, **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO** ocupaba el cargo de Gerente de Abastecimiento de **HOLCIM** y, según lo expuesto en su declaración<sup>308</sup>, dentro de sus funciones se encontraba realizar las compras de abastecimientos o suministros para la compañía y preparar estrategias de abastecimientos, entre otras cuantas relacionadas.

Al respecto, el Despacho acogerá las recomendaciones del Informe Motivado en el sentido que, dada la naturaleza propia del cargo que **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO** ocupaba en **HOLCIM**, así como por las funciones que tenía en aquella compañía, no es posible evidenciar que hubiera conocido, o hubiese podido hacerlo, las conductas anticompetitivas de **HOLCIM**. En primer lugar, porque la materia objeto de su trabajo era distante del área comercial de la compañía y, en segundo lugar, porque no tenía injerencia en la fijación de precios de la empresa o en las decisiones sobre participación de la misma en distintas regiones del país.

Por lo anterior, el comportamiento de **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO** no se encuadra en lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por lo cual este Despacho acogerá la recomendación otorgada por la Delegatura en el Informe Motivado, en el sentido de ordenar el archivo de la investigación en su favor.

#### **9.2.4. FERNANDO DE FRANCISCO REYES y MAURICIO VILLALOBOS JULIAO, personas naturales vinculadas con SAN MARCOS**

Tal y como se expuso en líneas anteriores, luego de una valoración económica y jurídica de los elementos probatorios recaudados en esta actuación administrativa, este Despacho acogió la recomendación de la Delegatura en relación con el archivo de la investigación respecto de **SAN MARCOS**.

En este orden de ideas, y comoquiera que según las pruebas que obran en el Expediente, **SAN MARCOS** no participó en las conductas anticompetitivas investigadas en la presente actuación administrativa, los supuestos fácticos previstos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no se materializan en el presente caso.

Por lo anterior, no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa de **FERNANDO DE FRANCISCO REYES** y **MAURICIO VILLALOBOS JULIAO**, de manera que se ordenará el ARCHIVO de la actuación en favor de estas personas en la parte resolutoria de la presente Resolución.

#### **9.2.5. CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO y FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES, personas naturales vinculadas con TEQUENDAMA**

Tal y como se expuso en líneas anteriores, luego de una valoración económica y jurídica de los elementos probatorios recaudados en esta actuación administrativa, este Despacho acogió la recomendación de la Delegatura en relación con el archivo de la investigación respecto de **TEQUENDAMA**.

<sup>307</sup> Folio 290 del Cuaderno Reservado **HOLCIM** No. 1 del Expediente.

<sup>308</sup> Declaración de **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO**. Folio 4155 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente. Minuto 07:04.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En este orden de ideas, y comoquiera que según las pruebas que obran en el Expediente, **TEQUENDAMA** no participó en las conductas anticompetitivas investigadas en la presente actuación administrativa, los supuestos fácticos previstos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no se materializan en el presente caso.

Por las razones anteriormente expuestas, no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa de **CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO** y **FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES**, de manera que se ordenará el **ARCHIVO** de la actuación en favor de estas personas en la parte resolutive de la presente Resolución.

#### 10. Monto de la sanción

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"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 esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. 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"*<sup>309</sup>.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el cemento, producto que, como se mencionó anteriormente, tiene un rol importante en la economía nacional y en el desempeño industrial de aquellos que en el mercado lo demandan como insumo. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en este sector tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

<sup>309</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C- 125 del 18 de febrero de 2003. Exp. Rad. D-4059.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

#### 10.1. Personas jurídicas (agentes del mercado)

##### 10.1.1. Sanción a pagar por ARGOS

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ARGOS**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta del mercado*, es importante comenzar por indicar que el sector de la construcción tiene un rol trascendental en la economía colombiana, en el cual el cemento gris Portland tipo 1 juega un papel indispensable al ser un insumo esencial para su desarrollo. De acuerdo con el **DANE**, los materiales representan el 66% del total de costos para la construcción de vivienda<sup>310</sup>, en donde el cemento se constituye como uno de los principales materiales. Por su parte, este producto representa el 58% de los costos para la construcción pesada<sup>311</sup>, en donde el cemento participa de forma indirecta en la elaboración de concreto.

De acuerdo con cifras presentadas por **CAMACOL**<sup>312</sup>, el sector de la construcción, compuesto por edificaciones y obras civiles, contribuye a cerca de 6,5% del total del PIB en Colombia y emplea a un promedio de 1 millón 200 mil colombianos por año desde el 2010, es decir, cerca del 6% del total de ocupados en el país, siendo uno de los sectores con mayor intensidad de mano de obra tanto calificada como no calificada.

De hecho, es de amplio conocimiento que la industria de la construcción juega un papel importante en el desarrollo socioeconómico de un país, en cuanto a que proporciona la base sobre la cual pueden crecer otros sectores, mediante, por ejemplo, la construcción de instalaciones físicas requeridas para la producción y en especial, la distribución de bienes y servicios<sup>313</sup>.

Así, la conducta sancionada tiene un impacto directo en diversos sectores y actividades económicas del país, como la construcción y mejoramiento de vivienda, la construcción de colegios y demás infraestructura necesaria para la educación y la construcción de grandes obras civiles y de infraestructura para hacer de Colombia un país competitivo a nivel local, regional y mundial (tales como vías, túneles, aeropuertos, puertos marítimos, entre otras).

A efectos de ilustrar la magnitud del impacto que tuvo la conducta sancionada en la presente Resolución, el Despacho procedió a indagar cuántos bultos de cemento gris Portland tipo 1 de 50 kilogramos se hubiesen podido adquirir durante el periodo investigado en Colombia con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo. Es así como, partir de los datos de precios ex fábrica a nivel nacional utilizados a lo largo de la presente actuación administrativa, y con la información de

<sup>310</sup> **DANE**, Índice de Costos de la Construcción de Vivienda, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-de-vivienda-iccv>

<sup>311</sup> **DANE**, Índice de Costos de la Construcción Pesada, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-pesada-iccp>

<sup>312</sup> **CAMACOL**, Construcción en Cifras, disponibles en: <https://camacol.co/informacion-economica/construccion-en-cifras>

<sup>313</sup> Para mayor detalle ver: Hillebrandt, P. Economic Theory and the Construction Industry, 2da Edición, Macmillan, 1984. Y, Ofori, G. The Construction Industry: Aspects of its economics and management, Singapore University Press, 1990.



*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

la serie de tiempo que compila el Banco de la República sobre el salario mínimo mensual legal vigente, se procedió a avanzar en el ejercicio comparado.

Llama la atención que, mientras al inicio del período investigado, esto es, a enero de 2010, era posible adquirir 37,2 bultos de cemento gris Portland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, a diciembre de 2012 tan solo se podrían adquirir 31,5 bultos de dicho producto.<sup>314</sup> Lo anterior significa que durante el periodo investigado, fruto de la cartelización que acá se reprocha, se observó una contracción del 15,3% en la cantidad de bultos de cemento gris que se hubiese podido adquirir con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo en Colombia, si se compara el primero y el último mes del periodo de investigación. Dicho de otra forma, entre el inicio y el final del periodo de investigación con un salario mínimo mensual legal vigente en Colombia se dejó de poder comprar 290 kilogramos de cemento gris Portland tipo 1 por el incremento de precios observado resultante del paralelismo descrito.

De igual manera, es importante advertir que durante el periodo investigado (enero 2010 a diciembre 2012) los precios ex fábrica de cemento gris Portland tipo 1 se incrementaron en un 29,95% mientras que la inflación para el mismo periodo solo aumentó en 9,33%. Es decir que, el crecimiento del precio ex fábrica del cemento gris Portland tipo 1 en el periodo enero 2010 a diciembre 2012 descontada la inflación fue del 20,62%. En otras palabras, el precio de este producto en Colombia se incrementó en un 20,62% por encima de la tasa de inflación y concretamente 2,21 veces la inflación.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, de acuerdo con la participación de mercado de los investigados en el mercado de cemento gris Portland tipo 1, la conducta infractora afectó por lo menos el 96% del mercado en todo el territorio nacional. En dicho periodo 2010 – 2012, **ARGOS** tuvo una participación de mercado en 2010 equivalente a 44.61% en valor y 42.85% en volumen; en 2011 equivalente a 46.17% en valor y 45.50% en volumen, y en 2012 equivalente a 42.94% en valor y 42.61% en volumen. El valor de las ventas de cemento gris Portland tipo 1 a nivel nacional en 2010 ascendieron a 2.3 billones de pesos; en 2011 a 2.7 billones de pesos; y en 2012 a 3.2 billones de pesos. En el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, el valor de las ventas del cemento gris Portland tipo 1 a nivel nacional ascendieron a la cifra global de \$8.32 billones de pesos. En volumen, las ventas de cemento gris Portland tipo 1 a nivel nacional en 2010 ascendieron a 6.6 millones de toneladas; en 2011 ascendieron a 7.5 millones de toneladas; y en 2012 ascendieron a 7.6 millones de toneladas, datos que muestran el tamaño o la dimensión significativa del mercado afectado por la conducta aquí sancionada.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que, durante el periodo investigado **ARGOS** participó en un acuerdo o cartel empresarial para la fijación de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela con sus dos principales competidores **CEMEX** y **HOLCIM**. Igualmente, se estableció que la suma de las participaciones de los miembros de dicho acuerdo cartelista alcanzó el 96% de participación en el mercado de cemento gris Portland tipo 1 por lo cual, resulta evidente que **ARGOS** obtuvo, por un lado, un beneficio económico como consecuencia de la fijación anticompetitiva de precios y, por el otro, el beneficio de no estar sometido a una presión competitiva por parte de sus más grandes rivales.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **ARGOS** fue participante activo durante todo el periodo investigado 2010-2012.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho analizó en páginas anteriores la conducta procesal de **ARGOS** e identificó que 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.

Igualmente, no obstante el párrafo del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece "*la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de*

<sup>314</sup> En enero de 2006, era posible adquirir 48,4 bultos de cemento gris Portland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, mientras que a diciembre de 2012 tan solo se podían adquirir 31,5 bultos de dicho producto. Es decir, habría una contracción del 35% en la cantidad de bultos de cemento gris que se hubiese podido adquirir. Dicho de otra forma, entre enero de 2006 y diciembre de 2012, un colombiano dejó de poder comprar 845 kilogramos de cemento gris Portland tipo 1, de acuerdo con el poder adquisitivo de su salario entre una y otra fecha.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia*", como circunstancia de agravación de la sanción, teniendo en cuenta que para el presente caso el monto óptimo de la sanción a imponer equivale al tope máximo sancionatorio, el Despacho se abstendrá de agravar la sanción a imponer a **ARGOS** por el 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. Por esta razón y no por otra, el Despacho se abstiene de agravar la multa por el antecedente sancionatorio de **ARGOS** en Colombia, pues hacerlo en este caso específico, sobrepasaría el tope máximo fijado en la legislación colombiana para sancionar conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **ARGOS**, se le impondrá una multa de **SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 73.771.700.000.00)** equivalentes a **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 0,9% aprox. de su patrimonio de 2016 y al 4,5% aprox. de los ingresos operacionales globales de 2016.

La anterior sanción equivale al 100 % de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Es importante indicar, que si bien la ponderación objetiva de todos los criterios sancionatorios o de graduación de la sanción aplicables en el caso concreto daría como resultado una multa considerablemente mayor a la impuesta y, por ende, con mayor impacto en el patrimonio e ingresos operacionales globales de **ARGOS**, lo cierto es que, a esta Superintendencia, le está vedada desde el punto de vista legal, la imposición de una multa equivalente a un valor superior a los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV). En otras palabras, el Despacho es absolutamente consciente de que en el presente caso, la aplicación del tope máximo legal permitido resulta más que insuficiente para sancionar a este tipo de empresas por este tipo de conductas, pero es la única opción legalmente atendible teniendo en cuenta la normatividad hoy vigente en Colombia.

#### 10.1.2. Sanción a pagar por CEMEX

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **CEMEX**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta del mercado*, es importante comenzar por indicar que el sector de la construcción tiene un rol trascendental en la economía colombiana, en el cual el cemento gris Portland tipo 1 juega un papel indispensable al ser un insumo esencial para su desarrollo. De acuerdo con el **DANE**, los materiales representan el 66% del total de costos para la construcción de vivienda<sup>315</sup>, en donde el cemento se constituye como uno de los principales materiales. Por su parte, este producto representa el 58% de los costos para la construcción pesada<sup>316</sup>, en donde el cemento participa de forma indirecta en la elaboración de concreto.

De acuerdo con cifras presentadas por **CAMACOL**<sup>317</sup>, el sector de la construcción, compuesto por edificaciones y obras civiles, contribuye a cerca de 6,5% del total del PIB en Colombia y emplea a un promedio de 1 millón 200 mil colombianos por año desde el 2010, es decir, cerca del 6% del total

<sup>315</sup> **DANE**, Índice de Costos de la Construcción de Vivienda, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-de-vivienda-iccv>

<sup>316</sup> **DANE**, Índice de Costos de la Construcción Pesada, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-pesada-iccp>

<sup>317</sup> **CAMACOL**, Construcción en Cifras, disponibles en: <https://camacol.co/informacion-economica/construccion-en-cifras>

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de ocupados en el país, siendo uno de los sectores con mayor intensidad de mano de obra tanto calificada como no calificada.

De hecho, es de amplio conocimiento que la industria de la construcción juega un papel importante en el desarrollo socioeconómico de un país, en cuanto a que proporciona la base sobre la cual pueden crecer otros sectores, mediante, por ejemplo, la construcción de instalaciones físicas requeridas para la producción y en especial, la distribución de bienes y servicios<sup>318</sup>.

Así, la conducta sancionada tiene un impacto directo en diversos sectores y actividades económicas del país, como la construcción y mejoramiento de vivienda, la construcción de colegios y demás infraestructura necesaria para la educación y la construcción de grandes obras civiles y de infraestructura para hacer de Colombia un país competitivo a nivel local, regional y mundial (tales como vías, túneles, aeropuertos, puertos marítimos, entre otras).

A efectos de ilustrar la magnitud del impacto que tuvo la conducta sancionada en la presente Resolución, el Despacho procedió a indagar cuántos bultos de cemento gris Pórtland tipo 1 de 50 kilogramos se hubiesen podido adquirir durante el periodo investigado en Colombia con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo. Es así como, partir de los datos de precios ex fábrica a nivel nacional utilizados a lo largo de la presente actuación administrativa, y con la información de la serie de tiempo que compila el Banco de la República sobre el salario mínimo mensual legal vigente, se procedió a avanzar en el ejercicio comparado.

Llama la atención que, mientras al inicio del periodo investigado, esto es, a enero de 2010, era posible adquirir 37,2 bultos de cemento gris Pórtland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, a diciembre de 2012 tan solo se podrían adquirir 31,5 bultos de dicho producto<sup>319</sup>. Lo anterior significa que durante el periodo investigado, fruto de la cartelización que acá se reprocha, se observó una contracción del 15,3% en la cantidad de bultos de cemento gris que se hubiese podido adquirir con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo en Colombia, si se compara el primero y el último mes del periodo de investigación. Dicho de otra forma, entre el inicio y el final del periodo de investigación con un salario mínimo mensual legal vigente en Colombia se dejó de poder comprar 290 kilogramos de cemento gris Pórtland tipo 1 por el incremento de precios observado resultante del paralelismo descrito.

De igual manera, es importante advertir que durante el periodo investigado (enero 2010 a diciembre 2012) los precios ex fábrica de cemento gris Pórtland tipo 1 se incrementaron en un 29,95% mientras que la inflación para el mismo periodo solo aumentó en 9,33%. Es decir que, el crecimiento del precio ex fábrica del cemento gris Pórtland tipo 1 en el periodo enero 2010 a diciembre 2012 descontada la inflación fue del 20,62%. En otras palabras, el precio de este producto en Colombia se incrementó en un 20,62% por encima de la tasa de inflación y concretamente 2,21 veces la inflación.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, de acuerdo con la participación de mercado de los investigados en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, la conducta infractora afectó por lo menos el 96% del mercado en todo el territorio nacional. En dicho periodo 2010 – 2012, **CEMEX** tuvo una participación de mercado en 2010 equivalente a 38.31% en valor y 39.22% en volumen; en 2011 equivalente a 35.12% en valor y 35.30% en volumen, y en 2012 equivalente a 36.11% en valor y 35.71% en volumen. El valor de las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional en 2010 ascendieron a 2.3 billones de pesos; en 2011 a 2.7 billones de pesos; y en 2012 a 3.2 billones de pesos. En el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, el valor de las ventas del cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional ascendieron a la cifra global de \$8.32 billones de pesos. En volumen, las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional en 2010 ascendieron a 6.6 millones de toneladas; en 2011 ascendieron a 7.5 millones de toneladas; y en 2012 ascendieron a 7.6 millones de toneladas, datos que muestran el tamaño o la dimensión significativa del mercado afectado por la conducta aquí sancionada.

<sup>318</sup> Para mayor detalle ver: Hillebrandt, P. Economic Theory and the Construction Industry, 2nda Edición, Macmillan, 1984. Y, Ofori, G. The Construction Industry: Aspects of its economics and management, Singapore University Press, 1990.

<sup>319</sup> En enero de 2006, era posible adquirir 48,4 bultos de cemento gris Pórtland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, mientras que a diciembre de 2012 tan solo se podían adquirir 31,5 bultos de dicho producto. Es decir, habría una contracción del 35% en la cantidad de bultos de cemento gris que se hubiese podido adquirir. Dicho de otra forma, entre enero de 2006 y diciembre de 2012, un colombiano dejó de poder comprar 845 kilogramos de cemento gris Pórtland tipo 1, de acuerdo con el poder adquisitivo de su salario entre una y otra fecha.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que, durante el periodo investigado **CEMEX** participó en un acuerdo o cartel empresarial para la fijación de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela con sus dos principales competidores **ARGOS** y **HOLCIM**. Igualmente, se estableció que la suma de las participaciones de los miembros de dicho acuerdo cartelista alcanzó el 96% de participación en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 por lo cual, resulta evidente que **CEMEX** obtuvo, por un lado, un beneficio económico como consecuencia de la fijación anticompetitiva de precios y, por el otro, el beneficio de no estar sometido a una presión anticompetitiva por parte de sus más grandes competidores.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **CEMEX** fue participante activo durante todo el periodo investigado 2010-2012.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, su adecuada conducta procesal genera un efecto neutro en la dosificación de la multa a las sancionadas, ya que ejercieron su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación o atenuación de la sanción.

No obstante el párrafo del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece "*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*", como circunstancia de agravación de la sanción, teniendo en cuenta que para el presente caso el monto óptimo de la sanción a imponer equivale al tope máximo sancionatorio, el Despacho se abstendrá de agravar la sanción a imponer a **CEMEX** por el 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, ni por el antecedente relacionado con la Resolución No. 26360 del 11 de octubre de 2006 en virtud de la cual se sancionó a **CEMEX** por incumplir los compromisos ofrecidos en la aceptación de garantías con que terminó la investigación que aquí se ha identificado como "Investigación enero - diciembre de 2005". Por esta razón y no por otra, el Despacho se abstiene de agravar la multa por los dos (2) antecedentes sancionatorios de **CEMEX** en Colombia, pues hacerlo en este caso específico, sobrepasaría el tope máximo fijado en la legislación colombiana para sancionar conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **CEMEX**, se le impondrá una multa de **SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 73.771.700.000.00)** equivalentes a **CIENTO MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 3,2% aprox. de su patrimonio de 2016 y al 3,7% aprox. de los ingresos operacionales globales de 2016.

La anterior sanción equivale al 100 % de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Es importante indicar, que si bien la ponderación objetiva de todos los criterios sancionatorios o de graduación de la sanción aplicables en el caso concreto daría como resultado una multa considerablemente mayor a la impuesta y, por ende, con mayor impacto en el patrimonio e ingresos operacionales globales de **CEMEX**, lo cierto es que, a esta Superintendencia, le está vedada desde el punto de vista legal, la imposición de una multa equivalente a un valor superior a los cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (100.000 SMLMV). En otras palabras, el Despacho es absolutamente consciente de que en el presente caso, la aplicación del tope máximo legal permitido resulta más que insuficiente para sancionar a este tipo de empresas por este tipo de conductas, pero es la única opción legalmente atendible teniendo en cuenta la normatividad hoy vigente en Colombia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

### 10.1.3. Sanción a pagar por HOLCIM

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **HOLCIM**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta del mercado*, es importante comenzar por indicar que el sector de la construcción tiene un rol trascendental en la economía colombiana, en el cual el cemento gris Portland tipo 1 juega un papel indispensable al ser un insumo esencial para su desarrollo. De acuerdo con el **DANE**, los materiales representan el 66% del total de costos para la construcción de vivienda<sup>320</sup>, en donde el cemento se constituye como uno de los principales materiales. Por su parte, este producto representa el 58% de los costos para la construcción pesada<sup>321</sup>, en donde el cemento participa de forma indirecta en la elaboración de concreto.

De acuerdo con cifras presentadas por **CAMACOL**<sup>322</sup>, el sector de la construcción, compuesto por edificaciones y obras civiles, contribuye a cerca de 6,5% del total del PIB en Colombia y emplea a un promedio de 1 millón 200 mil colombianos por año desde el 2010, es decir, cerca del 6% del total de ocupados en el país, siendo uno de los sectores con mayor intensidad de mano de obra tanto calificada como no calificada.

De hecho, es de amplio conocimiento que la industria de la construcción juega un papel importante en el desarrollo socioeconómico de un país, en cuanto a que proporciona la base sobre la cual pueden crecer otros sectores, mediante, por ejemplo, la construcción de instalaciones físicas requeridas para la producción y en especial, la distribución de bienes y servicios<sup>323</sup>.

Así, la conducta sancionada tiene un impacto directo en diversos sectores y actividades económicas del país, como la construcción y mejoramiento de vivienda, la construcción de colegios y demás infraestructura necesaria para la educación y la construcción de grandes obras civiles y de infraestructura para hacer de Colombia un país competitivo a nivel local, regional y mundial (tales como vías, túneles, aeropuertos, puertos marítimos, entre otras).

A efectos de ilustrar la magnitud del impacto que tuvo la conducta sancionada en la presente Resolución, el Despacho procedió a indagar cuántos bultos de cemento gris Portland tipo 1 de 50 kilogramos se hubiesen podido adquirir durante el periodo investigado en Colombia con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo. Es así como, partir de los datos de precios ex fábrica a nivel nacional utilizados a lo largo de la presente actuación administrativa, y con la información de la serie de tiempo que compila el Banco de la República sobre el salario mínimo mensual legal vigente, se procedió a avanzar en el ejercicio comparado.

Llama la atención que, mientras al inicio del periodo investigado, esto es, a enero de 2010, era posible adquirir 37,2 bultos de cemento gris Portland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, a diciembre de 2012 tan solo se podrían adquirir 31,5 bultos de dicho producto<sup>324</sup>. Lo anterior significa que durante el periodo investigado, fruto de la cartelización que acá se reprocha, se observó una contracción del 15,3% en la cantidad de bultos de cemento gris que se

<sup>320</sup> **DANE**, Índice de Costos de la Construcción de Vivienda, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-de-vivienda-iccv>

<sup>321</sup> **DANE**, Índice de Costos de la Construcción Pesada, disponible en: <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-costos-de-la-construccion-pesada-iccp>

<sup>322</sup> **CAMACOL**, Construcción en Cifras, disponibles en: <https://camacol.co/informacion-economica/construccion-en-cifras>

<sup>323</sup> Para mayor detalle ver: Hillebrandt, P. Economic Theory and the Construction Industry, 2nda Edición, Macmillan, 1984. Y, Ofori, G. The Construction Industry: Aspects of its economics and management, Singapore University Press, 1990.

<sup>324</sup> En enero de 2006, era posible adquirir 48,4 bultos de cemento gris Portland tipo 1 con el salario mínimo mensual legal vigente para esa fecha, mientras que a diciembre de 2012 tan solo se podían adquirir 31,5 bultos de dicho producto. Es decir, habría una contracción del 35% en la cantidad de bultos de cemento gris que se hubiese podido adquirir. Dicho de otra forma, entre enero de 2006 y diciembre de 2012, un colombiano dejó de poder comprar 845 kilogramos de cemento gris Portland tipo 1, de acuerdo con el poder adquisitivo de su salario entre una y otra fecha.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

hubiese podido adquirir con el salario mínimo mensual legal vigente respectivo en Colombia, si se compara el primero y el último mes del periodo de investigación. Dicho de otra forma, entre el inicio y el final del periodo de investigación con un salario mínimo mensual legal vigente en Colombia se dejó de poder comprar 290 kilogramos de cemento gris Pórtland tipo 1 por el incremento de precios observado resultante del paralelismo descrito.

De igual manera, es importante advertir que durante el periodo investigado (enero 2010 a diciembre 2012) los precios ex fábrica de cemento gris Pórtland tipo 1 se incrementaron en un 29,95% mientras que la inflación para el mismo periodo solo aumentó en 9,33%. Es decir que, el crecimiento del precio ex fábrica del cemento gris Pórtland tipo 1 en el periodo enero 2010 a diciembre 2012 descontada la inflación fue del 20,62%. En otras palabras, el precio de este producto en Colombia se incrementó en un 20,62% por encima de la tasa de inflación y concretamente 2,21 veces la inflación.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, de acuerdo con la participación de mercado de los investigados en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1, la conducta infractora afectó por lo menos el 96% del mercado en todo el territorio nacional. En dicho periodo 2010 – 2012, **HOLCIM** tuvo una participación de mercado en 2010 equivalente a 14.51% en valor y 14.72% en volumen; en 2011 equivalente a 15.64% en valor y 15.57% en volumen, y en 2012 equivalente a 16.63% en valor y 16.81% en volumen. El valor de las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional en 2010 ascendieron a 2.3 billones de pesos; en 2011 a 2.7 billones de pesos; y en 2012 a 3.2 billones de pesos. En el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012, el valor de las ventas del cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional ascendieron a la cifra global de \$8.32 billones de pesos. En volumen, las ventas de cemento gris Pórtland tipo 1 a nivel nacional en 2010 ascendieron a 6.6 millones de toneladas; en 2011 ascendieron a 7.5 millones de toneladas; y en 2012 ascendieron a 7.6 millones de toneladas, datos que muestran el tamaño o la dimensión significativa del mercado afectado por la conducta aquí sancionada.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, el Despacho encontró probado que, durante el periodo investigado **HOLCIM** participó en un acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela con sus dos principales competidores **ARGOS** y **CEMEX**. Igualmente, se estableció que la suma de las participaciones de los miembros de dicho acuerdo alcanzó el 96% de participación en el mercado de cemento gris Pórtland tipo 1 por lo cual, resulta evidente que **HOLCIM** obtuvo, por un lado, un beneficio económico como consecuencia de la fijación anticompetitiva de precios y, por el otro, el beneficio de no estar sometido a una presión anticompetitiva por parte de sus más grandes competidores.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **HOLCIM** fue participante activo durante todo el periodo investigado 2010-2012.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que **HOLCIM** hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

No obstante el párrafo del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece "*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*", como circunstancia de agravación de la sanción, teniendo en cuenta que para el presente caso el monto óptimo de la sanción a imponer equivale al tope máximo sancionatorio, el Despacho se abstendrá de agravar la sanción a imponer a **HOLCIM** por el 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, ni por el antecedente relacionado con la Resolución No. 26361 del 11 de octubre de 2006 en virtud de la cual se sancionó a **HOLCIM** por incumplir los compromisos ofrecidos en la aceptación de garantías con que terminó la investigación que aquí se ha identificado como "Investigación enero - diciembre de 2005", como tampoco por el antecedente relacionado con la Resolución 26362 del 11 de octubre de 2006 en virtud de la cual se sancionó a **HOLCIM** por incumplir los compromisos ofrecidos en la aceptación de garantías con que terminó la investigación que aquí se ha identificado como "Investigación 2004 – 2005". Por esta razón y no por otra, el Despacho se abstiene de agravar la multa por los tres (3) antecedentes sancionatorios de **HOLCIM** en Colombia, pues hacerlo en este caso específico, sobrepasaría el tope máximo fijado en la legislación colombiana para sancionar conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **HOLCIM**, se le impondrá una multa de **CINCUENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 54.074.656.100.00)** equivalentes a **SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (73.300 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al 22% aprox. de su patrimonio de 2016 y al 7,8% aprox. de los ingresos operacionales globales de 2016.

La anterior sanción equivale al 73,3% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

## **10.2. Personas naturales**

Sin perjuicio de las consideraciones a las que se hace mención en relación con cada una de las personas naturales a las que se les impondrán sanciones por su participación en los hechos objeto de investigación, es importante indicar desde ya que el Despacho tuvo como criterios generales orientadores para la dosificación de la sanción, la posición o cargo que desempeñaron en las empresas a las que las personas naturales estuvieron vinculadas y el tiempo durante el cual tuvieron participación en el cartel empresarial.

Así, en relación con el cargo o posición en las empresas investigadas, el Despacho le atribuirá una mayor responsabilidad a quienes ocuparon los cargos de más alto nivel dentro de las empresas investigadas, por tratarse de personas que no solo tenían una mayor capacidad de decisión dentro de las mismas, sino también por recaer en ellas una especial responsabilidad teniendo en cuenta la jerarquía sobre los demás funcionarios de la empresa.

Por otra parte, el Despacho tendrá en cuenta que no todas las personas naturales hicieron parte del cartel empresarial durante la totalidad del tiempo que este se ejecutó en el país. Así las cosas, la participación temporal de cada una de las personas naturales será un factor a tener en cuenta al momento de dosificar la sanción.

En consecuencia, se aplicará una regla de proporcionalidad consistente en combinar simultáneamente en el proceso de dosificación el tiempo durante el cual la persona natural investigada participó en el cartel empresarial con el nivel jerárquico que ocupó en la empresa investigada con la que estuvo vinculada.

### **10.2.1. Vinculadas con ARGOS**

#### **10.2.1.1. Sanción a JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, Presidente y Representante Legal de ARGOS**

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado tuvo injerencia en la fijación de los precios de la compañía durante el periodo investigado.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del cemento en el mercado colombiano, al momento de dosificar la sanción impuesta a **ARGOS**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado toleró la ejecución de un acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela en su calidad de Presidente y Representante Legal de **ARGOS**.

Se tiene entonces que al investigado **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO** se le impondrá una multa de **TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$342.300.688.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (464 SMLMV)**.

Esta sanción equivale [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2016.

La anterior sanción equivale al 23,2% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

#### **10.2.1.2. Sanción a INGRID RESTREPO LIBREROS, Gerente de Negocio Masivo de ARGOS**

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **INGRID RESTREPO LIBREROS**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, tuvo un rol importante en el desarrollo de la conducta investigada.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del cemento en el mercado colombiano, al momento de dosificar la sanción impuesta a **ARGOS**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitiva prevista en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho analizó la conducta procesal de **INGRID RESTREPO LIBREROS** y concluyó que obstaculizó la investigación al no reportar adecuadamente la información solicitada por esta Superintendencia y relacionada con los precios del cemento gris Pórtland tipo 1, aun cuando dicha información había sido puesta a su disposición.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que la investigada toleró y facilitó la ejecución de un acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela, en su calidad de Gerente del Negocio Masivo y miembro del Comité de Precios de **ARGOS**.

Para la investigada **INGRID RESTREPO LIBREROS**, una multa de **OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 84.099.738.00)** equivalentes a **CIENTO CATORCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (114 SMLMV)**.

Esta sanción equivale [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2016.

La anterior sanción equivale al 5,7% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

#### **10.2.1.3. Sanción a ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, Directora de Información Comercial de ARGOS**

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, tuvo un rol importante en la conducta investigada.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del cemento en el mercado colombiano, al momento de dosificar la sanción impuesta a **ARGOS**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitiva prevista en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho analizó la conducta procesal de **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE** y concluyó que obstaculizó la investigación al no reportar adecuadamente la información solicitada por esta Superintendencia relacionada con los precios del cemento gris Pórtland tipo 1.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que la investigada facilitó la ejecución de un acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela en su calidad de Directora de Información Comercial de **ARGOS**

Para la investigada **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, una multa de **VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 24.344.661.00)** equivalentes a **TREINTA Y TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (33 SMLMV)**.

Esta sanción equivale [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2016.

La anterior sanción equivale al 1,7% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

#### 10.2.2. Sanción a **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, Presidente de **CEMEX**

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado tuvo injerencia en la fijación de los precios de la compañía durante el periodo investigado.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del cemento en el mercado colombiano, al momento de dosificar la sanción impuesta a **CEMEX**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitiva prevista en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado toleró la ejecución de un acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela en su calidad de Presidente y Representante Legal de **CEMEX**.

Para el investigado **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, una multa de **DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 272.955.290.00)** equivalentes a **TRESCIENTOS SETENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (370 SMLMV)**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Esta sanción equivale [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2016.

La anterior sanción equivale al 18,5% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

### 10.2.3. Vinculadas con HOLCIM

#### 10.2.3.1. Sanción a MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ, Presidente de HOLCIM

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado tuvo una injerencia en la fijación de los precios de la compañía durante el periodo investigado.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del cemento en el mercado colombiano, al momento de dosificar la sanción impuesta a **HOLCIM**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas contrarias a la competencia previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, en cuanto a *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó y toleró el acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela en su calidad de Presidente y Representante Legal de **HOLCIM**.

Para el investigado **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, una multa de **CIENTO NUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CIENTO DIECISÉIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 109.182.116.00)** equivalentes a **CIENTO CUARENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (148 SMLMV)**.

Esta sanción equivale [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2013.

La anterior sanción equivale al 7,4% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

#### 10.2.3.2. Sanción a JAIME ANTONIO HILL TINOCO, Director Comercial y Miembro de Junta Directiva de HOLCIM

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado tuvo una injerencia en la fijación de los precios de la compañía durante el periodo investigado.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del cemento en el mercado colombiano, al momento de dosificar la sanción impuesta a **HOLCIM**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas contrarias a la competencia previstas en el régimen de protección de la competencia.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó que el investigado hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado ejecutó y toleró el acuerdo de precios bajo la modalidad de conducta conscientemente paralela en su calidad de Presidente y Representante Legal de HOLCIM.

Para el investigado JAIME ANTONIO HILL TINOCO, una multa de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUATRO MIL CIENTO SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 354.104.160.00) equivalentes a CUATROCIENTOS OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (480 SMLMV).

Esta sanción equivale [REDACTED] aprox. de su patrimonio líquido reportado en su declaración de renta de 2016.

La anterior sanción equivale al 24% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que CEMENTOS ARGOS S.A. identificada con NIT 890.100.251-0, CEMEX COLOMBIA S.A. identificada con NIT 860.002.523-1, HOLCIM (COLOMBIA) S.A. identificada con NIT 860.009.808-5, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** a las sociedades responsables de violar la libre competencia las siguientes multas:

2.1. A CEMENTOS ARGOS S.A. identificada con NIT 890.100.251-0, multa de SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 73.771.700.000) equivalentes a CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV).

2.2. A CEMEX COLOMBIA S.A. identificada con NIT 860.002.523-1, multa de SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 73.771.700.000) equivalentes a CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV).

2.3. A HOLCIM (COLOMBIA) S.A. identificada con NIT 860.009.808-5, multa de CINCUENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 54.074.656.100.00) equivalentes a SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (73.300 SMLMV).

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

*Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.*

**ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR** que JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.551.175, INGRID RESTREPO LIBREROS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.062.486, ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, identificada con la

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

cédula de ciudadanía No. 52.419.500, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, identificado con cédula de extranjería No. 303.455, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, identificado con la cédula de extranjería No. E395.772, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, identificado con la cédula de extranjería No. 353.493, incurrieron 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, en relación con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 al colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar dicha conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO CUARTO: IMPONER** las siguientes sanciones a las siguientes personas vinculadas con **CEMENTOS ARGOS S.A.**

**4.1. A JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.551.175, multa de **TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$342.300.688.oo)** equivalentes a **CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (464 SMLMV)**.

**4.2. A INGRID RESTREPO LIBREROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.062.486, multa de **OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 84.099.738.oo)** equivalentes a **CIENTO CATORCE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (114 SMLMV)**.

**4.3. A ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.419.500, multa de **VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y UN PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 24.344.661.oo)** equivalentes a **TREINTA Y TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (33 SMLMV)**.

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

*Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.*

**ARTÍCULO QUINTO: IMPONER** la siguiente sanción a la siguiente persona vinculada con **CEMEX COLOMBIA S.A.**

**5.1. A CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, identificado con cédula de extranjería No. 303.455, multa de **DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 272.955.290.oo )** equivalentes a **TRESCIENTOS SETENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (370 SMLMV)**.

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

*Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.*

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**ARTÍCULO SEXTO: IMPONER** la siguiente sanción a las siguientes personas vinculadas con **HOLCIM (COLOMBIA) S.A.**

**6.1. A MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, identificado con la cédula de extranjería No. E395772, multa de **CIENTO NUEVE MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS MIL CIENTO DIECISÉIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 109.182.116.00)** equivalentes a **CIENTO CUARENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (148 SMLMV)**.

**6.2. A JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, identificado con la cédula de extranjería No. 353.493, multa de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CUATRO MIL CIENTO SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 354.104.160.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS OCHENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (480 SMLMV)**.

**PARÁGRAFO:** El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

*Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.*

**ARTÍCULO SÉPTIMO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de **CEMENTOS ARGOS S.A.** identificada con NIT 890100251-0, **CEMEX COLOMBIA S.A.** identificada con NIT 860002523-1, **HOLCIM (COLOMBIA) S.A.** identificada con NIT 860009808-5, por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO OCTAVO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.345.685, **JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70.551.175, **INGRID RESTREPO LIBREROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.062.486, **ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.419.500, **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.143.326, **CARLOS JACKS CHAVARRÍA**, identificado cédula de extranjería 303455, **MOISÉS PÉREZ YUNES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.260.495, **MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ**, identificado con la cédula de extranjería No. E395.772, **JAIME ANTONIO HILL TINOCO**, identificado con la cédula de extranjería No. 353.493, **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.499.666, por 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, en relación con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO NOVENO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de **CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.** identificada con NIT 830099238-2 y **CEMENTOS SAN MARCOS S.A.** identificada con NIT 900233101-1, por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO DÉCIMO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de **JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 8.345.685, **CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.143.326, **MOISÉS PÉREZ YUNES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.260.495, **GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.499.666, **FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.249.836, **CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 88.252.365, **FERNANDO DE FRANCISCO REYES**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.676.690 y **MAURICIO**

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**VILLALOBOS JULIAO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 94.487.961, por 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, en relación con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO:** ORDENAR a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **CEMENTOS ARGOS S.A., CEMEX COLOMBIA 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** informan que:*

*Mediante Resolución No. **81391** de 2017 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **CEMENTOS ARGOS S.A., CEMEX COLOMBIA 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**, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y haber incurrido 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".*

*Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009"*

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

**ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **CEMENTOS ARGOS S.A., CEMEX COLOMBIA S.A., HOLCIM (COLOMBIA) S.A., CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S., CEMENTOS SAN MARCOS S.A., JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID, JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO, INGRID RESTREPO LIBREROS, ADRIANA MARÍA RODRÍGUEZ URIBE, CÉSAR CONSTAIN VAN RECK, CARLOS JACKS CHAVARRÍA, MOISÉS PÉREZ YUNES, MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA MÉNDEZ, JAIME ANTONIO HILL TINOCO, GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO, FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES, CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO, FERNANDO DE FRANCISCO REYES y MAURICIO VILLALOBOS JULIAO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

**ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO:** Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 11 DIC 2017

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

## NOTIFICAR

**CEMENTOS ARGOS S.A.**

Nit. 890100251-0

Apoderado

**GABRIEL IBARRA PARDO**

C.C. 3.181.441

T.P. 36.691 del C.S. de la J.

PBX (571) 2360880

Calle 98 No. 9 A - 41 Oficina 309

Bogotá D.C.

**JOSÉ ALBERTO VÉLEZ CADAVID**

C.C. 8.345.685

Apoderada

**MARIA CLAUDIA URIZA PARDO**

C.C. 51.788.982

T.P. 57.632 del C.S. de la J.

Teléfono (571) 6069400 Extensión 1191

Avenida Calle 24 A No. 59-42 - Torre ARGOS, Piso 9

Bogotá D.C.

**ADRIANA MARÍA RODRÍGUZ URIBE**

C.C. 52.419.500

**INGRID RESTREPO LIBREROS**

C.C. 43.062.486

**JORGE MARIO VELÁSQUEZ JARAMILLO**

C.C. 70.551.175

Apoderado

**DIEGO CARDONA BAQUERO**

C.C. 79.943.545

T.P. 128.060 del C.S. de la J.

Teléfono (1) 3268682

Carrera 9 No. 74 - 08 Oficina 305

Bogotá D.C.

**CEMEX COLOMBIA S.A.**

Nit. 860002523-1

Apoderado

**ALEJANDRO GARCÍA DE BRIGARD**

C.C. 79.946.984

T.P. 148.332 del C.S. de la J.

Teléfono: (571) 3462011

Calle 70 A No. 4 - 41

Bogotá D.C.

**CÉSAR CONSTAIN VAN RECK**

C.C. 79.143.326

**CARLOS JACKS CHAVARRÍA**

C.E. 303455

Apoderado

**JAIME ANDRÉS VELÁSQUEZ CAMBAS**

C.C. 79.556.351

T.P. 75.012 del C.S. de la J.

Teléfono: (571) 5400106

Calle 78 No. 10 - 31 - Casa 4

Bogotá D.C.

**CEMENTOS TEQUENDAMA S.A.S.**

Nit. 830099238-2

**FIDEL ARMANDO CORTÉS BENAVIDES**

C.C. 3.249.836

**CARLOS MAURICIO VILLAMIZAR CLAVIJO**

C.C. 88.252.365

Apoderado

**JORGE JAECKEL KOVACS**

C.C. 80.410.552

T.P. 64.720 del C.S. de la J.

Teléfono: (571) 7442055

Carrera 15 No. 93 A - 62 Oficina 401

Bogotá D.C.

**HOLCIM (COLOMBIA) S.A.**

Nit. 860009808-5

**MOISÉS PÉREZ YUNES**

C.C. 79.260.495

**MIGUEL ÁNGEL RUBALCAVA**

C.E. E395772

**JAIME HILL TINOCO**

C.E. 353.493

**GABRIEL GUTIÉRREZ RUBIO**

C.C. 19.999.666

Apoderado

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO  
C.C. 19.489.933  
T.P. 38.447 del C.S. de la J.  
PBX (571) 3122900  
Av. Calle 72 No. 6 - 30, Piso 12  
Bogotá D.C.

CEMENTOS SAN MARCOS S.A.S.  
Nit. 900233101-1  
Apoderado  
FRANCISCO J. HURTADO LANGER  
C.C. 16.829.570  
T.P. 86.320 del C.S. de la J.  
PBX (572) 6410900  
Avenida 4N No. 6N - 67 Oficina 403 - 405, Edificio Siglo XXI  
Cali - Valle del Cauca.

FERNANDO DE FRANCISCO REYES  
C.C. 16.676.690  
MAURICIO VILLALOBOS JULIAO  
C.C. 94.487.961  
Apoderado  
DAVID MEZA MANTILLA  
C.C. 1.130.623.351  
T.P. 285.939 del C.S. de la J.  
PBX (572) 6410900  
Avenida 4N No. 6N - 67 Oficinas 403 - 405, Edificio Siglo XXI  
Cali - Valle del Cauca.

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En Bogotá, a

11 8 DIC 2017

Notifiqué personalmente al Dr. JUAN A. LEONARDO

El contenido de la anterior providencia  
impuesto firmo

x Juan A. Leonar

x FR. JTB. 20

x APODERADO DE GARCIA JACOB  
Y DE GERARDO CONSTANIN

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

  
NOTIFICADOR



SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 2 DIC. 2017  
Notifiqué personalmente al Dr. Alvaro Caiza  
El contenido de la anterior providencia quien  
impuesto firma [Firma]

51788982

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 2 DIC. 2017  
Notifiqué personalmente al Dr. Liquel Tovar  
El contenido de la anterior providencia quien  
impuesto firma [Firma]

X Anexo Poder  
Me notifico por  
Jorge Mario Velásquez Jaramillo  
Adriana María Rodríguez Uribe  
Ingrid Restrepo Libreras

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

NOTIFICADOR

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

NOTIFICADOR

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 2 DIC. 2017  
Notifiqué personalmente al Dr. Ana María Parra Vera  
El contenido de la anterior providencia quien  
impuesto firma 63555828

X Me notifico como apoderada sustituta de CEMENTOS ARGOS como consta en poder que se adjunta (el apoderado ppal es Gabriel Ibarra)

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

NOTIFICADOR

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 15 DIC. 2017  
Notifiqué personalmente al Dr. Alejandro Moreno  
El contenido de la anterior providencia quien  
impuesto firma ce 80828768

[Firma]  
anexo poder.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 2 DIC. 2017  
Notifiqué personalmente al Dr. Daniel Belli  
El contenido de la anterior providencia quien  
impuesto firma 80076005

X Me notifico por el doctor Moisés Pérez mediante poder de sustitución adjunto.

NOTIFICADOR

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

NOTIFICADOR

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 15 DIC. 2017  
Notifiqué personalmente al Dr. JORGE RECKEL K.  
El contenido de la anterior providencia quien  
impuesto firma 20410552 Uribe  
TP 64720 CSS

X [Firma]  
Cementos Tequendama S.A.S.  
Fidel Cortes  
Mauricio Vellamizar

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

NOTIFICADOR