



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 26360

11 OCT. 2006

Radicación No. 04115964

Por la cual se declara el incumplimiento de unas garantías

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del decreto 2153 de 1992, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias asignadas a otras autoridades.

**SEGUNDO:** Que mediante resolución número 358 de 2005, esta Superintendencia abrió investigación, entre otras, en contra de la sociedad Cemex Colombia S.A. y del señor Lorenzo H. Zambrano Treviño, quien para la época de los hechos ostentaba la calidad de representante legal de la sociedad mencionada, por la presunta violación de las siguientes disposiciones:

**1. Por parte de Cemex Colombia S.A.**

**1.1. Prohibición general**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1 de la ley 155 de 1959, 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.

**1.2. Acuerdo de precios**

De conformidad con el numeral 1 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.

**1.3. Acuerdo para determinar condiciones de venta**

Se consideran contrarios a libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros, de conformidad con el numeral 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

**1.4. Acuerdo para impedir el acceso al mercado**

Conforme a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 16 de la ley 590 de 2000, se consideran como contrarios a la libre competencia los acuerdos para impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

**2. Por parte del señor Lorenzo H. Zambrano Treviño, en su calidad de representante legal de Cemex Colombia S.A.**

Por estar presuntamente incurso en la previsión legal contenida en el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, consistente en autorizar, ejecutar o tolerar en su representada, las conductas reseñadas en el numeral 15 ibídem.

**TERCERO:** Que en memorial radicado con el número 04115964 – 10193 del 10 de noviembre de 2005, folios 2838 a 2842 del cuaderno 4 reservado, Cemex Colombia S.A. y su representante legal, el señor Lorenzo H. Zambrano Treviño, ofrecieron garantías, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

**CUARTO:** Que mediante resolución No. 34804 de 2005, la Superintendencia de Industria y Comercio aceptó el ofrecimiento de garantías presentado por Cemex Colombia S.A. y su representante legal y, en consecuencia, ordenó la clausura de la investigación a la que se ha hecho mención en precedencia.

**QUINTO:** Que conforme a lo dispuesto en la resolución No. 34804 de 2005, Cemex Colombia S.A. y el señor Lorenzo H. Zambrano T., constituyeron, en favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, las pólizas de seguro de cumplimiento Nos. 1000-2863291-01 y 1000-2863294-01 ambas de la compañía de Seguros Comerciales Bolívar.

**SEXTO:** Que con el fin de verificar el cumplimiento real y efectivo de los compromisos adquiridos por Cemex Colombia S.A. y el señor Lorenzo H. Zambrano T., esta Superintendencia, el 23 de mayo de 2006, realizó visita administrativa en la sede de Cemex Colombia S.A.

**SEPTIMO:** Que en el desarrollo de la visita y previa verificación de la variación de precios<sup>1</sup>, se solicitó la información que se indica a continuación, de acuerdo con lo previsto en la resolución de aceptación de garantías<sup>2</sup>:

Del área de Presidencia y Comercial "1. Documento de la presidencia u órgano competente donde consten los criterios Microeconómicos y Macroeconómicos tenidos en cuenta en cada uno de los incrementos y disminución de precios.

"(...)

<sup>1</sup> Resolución 34804 de 2005, "2.1. Compromisos [de Cemex Colombia S.A.] (...) "b. A informarle a la SIC los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la SIC por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito, por cada una de las empresas investigadas.

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

<sup>2</sup> Ibidem, "3.4. Esquema de seguimiento. (...)3.4.1. Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión."

"El Despacho deja constancia que siendo las 11: 30 a.m. y luego de esperar cerca de tres (3) horas, Cemex S.A. no ha suministrado la información que debe estar a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio de conformidad con la resolución de garantías 34804 del 23 de diciembre de 2005 y que fue requerida por este despacho.

"(...).

**"A. Del área de Presidencia y Comercial**

"En relación al punto 1: La empresa informa que el documento es el mismo que se entregó en noviembre del 2005 y que se anexa a la presente acta.

"A las 13: 33 la doctora Diana Constanza Castillo Mantilla, directora Nacional de desarrollo del Canal, anexa en 1 folio el histórico de variación de precios, detallando el mes, el nombre tabla de precios y el criterio, la tabla de precio corresponde al precio base que es un precio de referencia interno, a partir del cual se realizan los descuentos."

**OCTAVO:** Que revisada la información y los documentos presentados por Cemex Colombia S.A. para acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías, la Superintendencia estableció que existía un presunto incumplimiento, por lo que el seis de julio de 2006 efectuó la correspondiente solicitud de explicaciones, en los siguientes términos<sup>3</sup>:

"Antes de terminarse la diligencia, Cemex Colombia S.A. hizo entrega a los funcionarios de la Superintendencia en visita, del documento con el que pretende acreditar los criterios que tuvo en cuenta para la variación de precios<sup>4</sup>.

"Revisado el documento en mención, este Despacho observa lo siguiente:

"- No pudo establecerse que dicho documento provenga de la Presidencia de la compañía o del órgano competente para fijar los precios, como tampoco la fecha de elaboración del mismo.

"- Pese a que se presentaron varias modificaciones en los precios durante el periodo de enero a abril de 2006 en diferentes mercados del país, en el documento presentado por Cemex Colombia S.A. no se deja constancia de los criterios tenidos en cuenta para la adopción de cada una de tales variaciones, ni de los documentos soporte de las mismas, conforme se previó en el numeral 3.4.1. de la resolución antes citada. Por el contrario, se pretende demostrar dichos criterios con el documento denominado "*histórico variación de precios*", el cual contiene una información general que no satisface las condiciones establecidas en el acto administrativo de garantías. La constancia debió realizarse en escrito separado por cada modificación.

"En consecuencia, se le solicita presentar las explicaciones a título personal e institucional y aportar las pruebas que permitan a esta entidad evaluar:

<sup>3</sup> Cuaderno público, folios 70 a 72.

<sup>4</sup> Cuaderno reservado, folio 12. El documento contiene un cuadro donde se relacionan los criterios tenidos en cuenta para las variaciones de los precios y los meses en los cuales ocurrieron las modificaciones.

- El cumplimiento de las garantías aceptadas en la resolución número 34804 de 2005, en lo que hace relación al numeral 3.4.1."

**NOVENO:** Que la sociedad Cemex Colombia S.A. mediante escrito radicado con el número 04 – 11964 – 00027 – 0006 del 25 de julio de 2006, dio respuesta al requerimiento efectuado por esta Entidad, en síntesis, en los siguientes términos:<sup>5</sup>

1. El señor Lorenzo H. Zambrano Treviño, de acuerdo con el certificado de existencia y representación que se adjunta, para la fecha en que se realizó la visita a Cemex Colombia S.A. no ostentaba la calidad de representante legal de ésta.

2. El requerimiento realizado por la Superintendencia el 6 de julio de 2006 no se encuentra conforme al acto administrativo de aceptación de garantías, como quiera que en éste no se establece que por cada modificación de precios deba dejarse una constancia por escrito. "Luego, no existe y tampoco tiene origen en el acto administrativo de garantías la obligación a cargo CEMEX COLOMBIA S.A. de mantener la individualidad o separación de cada escrito en el que aparece la aplicación de criterios para la modificación de precios del cemento."

Del mismo modo, en el acto administrativo en mención no se establece "la obligación de incorporar" en los documentos que soportan la modificación de precios, constancia de que éstos provienen de la presidencia u órgano competente para fijar precios.

"La creación de nuevas condiciones no previstas en el ofrecimiento de garantías hecho por CEMEX COLOMBIA S.A., ni en la Resolución 34804 de 2005, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio resulta improcedente por vía de una visita administrativa. Estos nuevos requisitos recientemente creados unilateralmente por su despacho, son de índole meramente formal y no vinculante para CEMEX COLOMBIA S.A., pues no tienen origen en el acto administrativo de garantías ni en ninguno otro que haya sido notificado a CEMEX COLOMBIA S.A."

3. En la visita realizada el 23 de mayo de 2006, los funcionarios de la Superintendencia "tuvieron a disposición, conocieron y llevaron copia de la información relacionada con la aplicación de los criterios de modificación de precios del cemento producido por CEMEX COLOMBIA S.A., previamente informados a esa entidad desde finales del año pasado." Teniendo en cuenta que Cemex Colombia S.A. le permitió el acceso a la información y entregó los documentos a los funcionarios en la visita, esta sociedad "se ha ceñido al esquema de seguimiento planteado en la Resolución 34804 de 2005."

4. Cemex Colombia S.A. el 28 de febrero de 2006 presentó, de acuerdo con el código de procedimiento civil, solicitud de recusación en contra del Superintendente de industria y Comercio, por declaraciones y conceptos extraproceso "realizados públicamente". "Hasta la fecha esta solicitud de recusación no ha sido resuelta; luego no existen las garantías legales en la revisión y evaluación del cumplimiento de las obligaciones de la resolución 34804 de 2005 y de las explicaciones presentadas en este escrito por parte del funcionario recusado."

<sup>5</sup> Cuaderno público, folios 78 a 81.

**DECIMO:** Que conforme al artículo 35 del código contencioso administrativo, procede esta Superintendencia a decidir si Cemex Colombia S.A. incumplió los compromisos ofrecidos y aceptados mediante resolución No. 34804 de 2005.

Dentro de la presente actuación, se tienen como pruebas el acta de visita y los documentos que en ésta se adjuntaron, el ofrecimiento de garantías presentado por Cemex Colombia S.A., el oficio radicado con el número 04115964 00010198 del 25 de noviembre de 2005, el informe presentado por el auditor externo de la investigada del 14 de julio de 2006, el certificado de existencia y representación de Cemex Colombia expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de fecha 19 de julio de 2006 y los documentos e información que hacen parte de la investigación que terminó con la resolución de aceptación de garantías No. 34804 de 2005.

## **10.1. Consideraciones del Despacho**

### **10.1.1. Consideraciones Generales**

De conformidad con lo establecido en la ley, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades.

En el ejercicio de estas facultades, la Superintendencia de Industria y Comercio debe investigar y sancionar actos contrarios a la libre competencia. Igualmente, puede ordenar la clausura de la investigación, cuando a juicio del Superintendente, el presunto infractor brinde "garantías suficientes" de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.<sup>6</sup>

La clausura o terminación de una investigación por aceptación de garantías prevista en el decreto 2153 de 1992, es un mecanismo que contribuye al cumplimiento por parte de esta Entidad de las finalidades de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, puesto que permite la eliminación o la modificación de aquellas conductas que motivaron el inicio de la investigación. En otros términos, el Superintendente acepta las garantías ofrecidas y pone fin al proceso, si tiene la convicción de que se eliminan los comportamientos que se vislumbran como yerros de la economía de mercado.

En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado, al afirmar que "[e]sa disposición consagra una facultad discrecional, según la cual el Superintendente de Industria y Comercio puede continuar o no la investigación, según estime que pueden darse garantías suficientes de que los hechos se suspendan o se modifiquen por parte del autor o de los autores de los mismos, bajo la perspectiva de que lo relevante es la efectividad de su función de inspección y vigilancia de las actividades económica bajo su control y, consecuentemente, de los principios de libre competencia y de transparencia del mercado<sup>7</sup>."

<sup>6</sup> Decreto 2153 de 1992. Artículo 2, numeral 12.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 25 de abril de 2002.

El incumplimiento de los compromisos -que al haber sido ofrecidos por el investigado y aceptados por la autoridad de competencia permitieron la terminación de la investigación - pone en entredicho la garantía de la libre competencia, que se constituye en el fin último de la disposición que permite la terminación anticipada del proceso. En efecto, aun cuando por no haber culminado el proceso no existe certeza sobre la existencia de yerros en el mercado, el hecho de que a través de las obligaciones adquiridas se garantice que las conductas que dieron origen a la investigación, es decir, las conductas presuntamente anticompetitivas, serán eliminadas o modificadas, es prenda de garantía de que el principio de la libre competencia se mantiene incólume.

Es por ello que la Superintendencia debe efectuar un seguimiento riguroso de su cumplimiento y, si establece que tales compromisos se han incumplido, debe proceder a exigir su cumplimiento. Afirmar lo contrario, sería no solamente desconocer el sentido teleológico de la aceptación de garantías sino que convertiría la mencionada figura legal en una especie de perdón y olvido, lo cual no resulta acompasado con las disposiciones constitucionales y legales en la materia.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester examinar si Cemex Colombia S.A. se encuentra cumpliendo la resolución No. 34804 de 2005, mediante la cual esta Superintendencia aceptó las garantías ofrecidas y le puso fin a la investigación.

#### 10.1.2. El caso específico

En la resolución de aceptación de garantías, Cemex Colombia S.A. se comprometió a cumplir, entre otras, las siguientes obligaciones:

##### "2.1. Compromisos

"b. A informarle a la SIC los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la SIC por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito, por cada una de las empresas investigadas.

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

En adición, a efectos de permitir una adecuada y pronta verificación del anterior compromiso, Cemex Colombia S.A. se comprometió<sup>8</sup> a:

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

<sup>8</sup> Esquema de seguimiento. Pág 7 de la resolución 34804 de 2005

De la lectura de los apartes transcritos, resulta forzoso concluir que el deber general de cumplir la normatividad vigente en materia de libre mercado, que en el caso en examen consiste en fijar de manera unilateral – y no concertada - los precios del cemento, se verá garantizado bajo el presupuesto de que cada incremento o disminución del precio esté debidamente soportado, en documento que habrá de permanecer a disposición de la Superintendencia, en el cual se especifiquen los criterios tenidos en cuenta en la respectiva modificación. Nótese que, en adición, se establece la obligación de dejar constancia por escrito, de la presidencia o del órgano competente para fijar el precio, sobre los criterios determinantes de la decisión.

En la visita realizada por esta Superintendencia el 23 de mayo de 2006, se encontró que Cemex Colombia S.A. modificó sus precios en las siguientes fechas: (i) enero 2, (ii) enero 18, (iii) febrero 14, (iv) febrero 17, (v) marzo 2, (vi) marzo 8, (vii) abril 20 y (viii) abril 28 de 2006. En consecuencia, al tenor de la resolución de aceptación de garantías, deberían estar a disposición de esta entidad los siguientes soportes:

1. La información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos.
2. Los soportes documentales respectivos.
3. Cada una de las constancias suscritas por la presidencia o por el órgano competente para respectiva modificación del precio.

Pese a lo anterior, Cemex entregó en un folio y sin fecha el documento "Histórico Variación de Precios". Dicho documento contiene tres columnas, con la siguiente información: (i) en una primera columna, los meses en los cuales se efectuaron las modificaciones de precios entre enero y mayo de 2006, (ii) en la segunda columna, "Nombre Tabla de precios" y, finalmente, (iii) en la tercera, los criterios.

Revisado el documento por parte de esta Superintendencia vis á vis la obligación contenida en la resolución de aceptación de garantías, se concluye el incumplimiento por parte de Cemex, pues de una parte, no se entregaron los soportes de las variaciones de precios, ni las constancias escritas que por cada modificación de precios debió dejar la presidencia o el órgano competente, a más de que con de las razones aducidas como "criterios", no es posible evidenciar la decisión unilateral y acorde con las reglas de mercado de las variaciones de precios, que es el fundamento de la terminación del proceso.

Afirmar, como lo hace el doctor Gonzalez Tellez, representante legal de la investigada, que la información requerida estuvo a disposición de quienes practicaron la visita y que éstos "llevaron copia de la información relacionada con la aplicación de los criterios de modificación de precios del cemento producido por CEMEX COLOMBIA S.A., previamente informados a esa entidad desde finales del año pasado.", es tanto como desconocer que la pluricitada resolución diferenció claramente dos aspectos: de una parte, la obligación de información que debía cumplir dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de la resolución y, de otra, la justificación de cada modificación del precio, con el señalamiento del o los criterios tenidos en cuenta, los soportes, y el documento suscrito por la presidencia o por el órgano de la empresa a cuyo cargo está las decisiones sobre precios. Conocer el listado de los criterios que en una empresa se analizan para

fijar el precio no sustituye los mecanismos tendientes a verificar las razones de mercado que constituyen el sustrato de las variaciones de los precios en uno u otro momento. Por ello, "el memorial confidencial" que remitió Cemex a la SIC, dentro del término perentorio fijado en la resolución 34804 de 2005 donde consta "la información inicial sobre los mencionados criterios"<sup>9</sup>, no es el mismo que por virtud de las garantías ofrecidas, debe mantener la empresa investigada a disposición de esta Superintendencia.

En conclusión, este Despacho encuentra que el documento entregado en la visita (Histórico Variación de Precios), no acredita el cumplimiento de las garantías por parte de Cemex Colombia S.A.

Ahora bien, revisados los demás documentos entregados en la diligencia en mención, tales como correos electrónicos, lista de distribuidores y los que contienen los precios base de cemento empacado por saco de enero 2 y 8, febrero 14 y 17, marzo 2 y 8 y abril 20 y 28 de 2006 y la información relativa a "costo unitario producción por tonelada", no permiten establecer cuales criterios fueron tenidos en cuenta para la modificación de precios ni cual la situación o hechos que dieron origen a dicha variación.

Igualmente, con el documento de informe de auditoria presentado por el señor Jorge González Sánchez el 14 de julio de 2006 ante esta Entidad, no se acredita el cumplimiento del numeral 3.4.1 de la resolución No. 34804 de 2005, en el cual se señala que "Los precios de sus productos han sido establecidos en forma unilateral y autónoma, dando aplicación a los criterios presentados por Cemex Colombia ante la SIC el 25 de noviembre de 2005, radicado No. 84115964.", por cuanto esta afirmación no está acompañada de los documentos necesarios que se tuvieron en cuenta para la variación de precios. Del mismo modo, no reemplaza las constancias que debió dejar por cada modificación de precios la presidencia u órgano competente para fijar precios en Cemex Colombia S.A.

De otra parte, y en razón de lo que ha sido expuesto, este Despacho encuentra infundada la afirmación de Cemex en el sentido de que en el acto administrativo No. 34804 de 2005 no se exigía la constancia por escrito antes referida por cada modificación de precios y la documentación que soportara tal decisión.

Ahora bien, de la lectura del numeral 3.4.1. del acto administrativo de aceptación de garantías, al igual que del requerimiento que realizó esta Entidad, se concluye que esta Superintendencia no está exigiendo una constancia por escrito respecto de la procedencia del documento que expide la presidencia u órgano competente para fijar precios, pues si el documento es firmado por la persona que fija los precios, se presume que proviene de ésta. En efecto, esta fue la interpretación que se dio en el requerimiento del 6 de julio de 2006, en el sentido de que si bien se presumía que el documento provenía de Cemex Colombia S.A. no se podía

<sup>9</sup> "2.1. Compromisos

"b. A informarle a la SIC los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la SIC por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito,...

En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la SIC..."

establecer si provenía de la presidencia o del órgano competente para fijar precios.

De otra parte, contrario a lo afirmado por Cemex Colombia S.A., este Despacho no se opone a que la información que debe estar a disposición de esta Entidad se conserve en archivos digitales; lo importante es que cuando se vaya a verificar, se permita su acceso y se entregue en medio magnético o en cualquier otro medio que permita su incorporación al expediente.

En lo que hace a la exigencia de un único documento "para cada variación de precio"<sup>10</sup>, es menester aclarar que para esta Superintendencia es indiferente que haya un solo archivo o varios, un solo documento o varios, siempre que, de manera previa a modificar el precio, se elabore el documento respectivo, debidamente fechado y con las especificaciones de que da cuenta la resolución de garantías.

En consecuencia, los argumentos de Cemex Colombia S. A. en el numeral 2 del documento contentivo de las explicaciones se consideran infundados, puesto que el requerimiento realizado por esta Superintendencia el seis de julio de 2006 se ajusta al acto administrativo de aceptación de garantías No. 34804 de 2005 y a las disposiciones legales que rigen el ofrecimiento y aceptación de garantías y no son el resultado, como allí se señala, "de la creación de nuevas condiciones no previstas en el ofrecimiento de garantías hecho por CEMEX COLOMBIA S.A. , ni en la Resolución 34804 de 2005,..."<sup>11</sup>

Por último, llama la atención de este Despacho el hecho de que el documento denominado "Histórico de Variación de Precios" con el que pretende acreditar Cemex Colombia S.A. el cumplimiento del numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías, haya sido entregado a los funcionarios que realizaron la visita, tan solo después de dos horas y sin fecha, no obstante que de conformidad con los compromisos adquiridos toda la información y documentos relativos a los criterios tenidos en cuenta para la variación de precios, deben estar a disposición de la Superintendencia.

Debe aclararse que la presencia de la doctora Diana Castillo, persona encargada para fijar precios en Cemex Colombia S.A., no era necesaria en la visita en mención, puesto que lo importante era que estuviera la información y documentos con que se acreditara por parte de Cemex Colombia S.A. el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el acto administrativo número 34804 de 2005.

Así las cosas, los fundamentos contenidos en el numeral 3 de la respuesta presentada por Cemex Colombia S.A. se consideran infundados.

### **10.1.3. Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones**

Establecido el incumplimiento de los compromisos adquiridos en la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005 por parte de Cemex Colombia S.A. según lo antes expuesto, habrá de (i) exigirse el cumplimiento futuro de dichos compromisos, (ii) declararse, por el incumplimiento en que incurrió, la

<sup>10</sup> Memorial de respuesta a la solicitud de explicaciones.

<sup>11</sup> Ibidem. Pág. 2

ocurrencia del riesgo amparado mediante la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000 – 2863291 – 01 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia, y para los efectos previstos en el artículo 1077 del código de comercio, habrá de notificarse la presente resolución a la mencionada compañía de seguros, señalando que deberá tenerse como cuantía de la pérdida, el valor asegurado.

#### **10.1.4. Responsabilidad del señor Lorenzo H. Zambrano**

Afirma Cemex Colombia S.A. que ““Para el día 23 de mayo de 2006, fecha de la visita administrativa realizadas (sic) por la SIC, que da origen a la presente solicitud de explicaciones, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio en el que aparece la inscripción de las actas de la Junta Directiva de la Compañía, el ingeniero Lorenzo H. Zambrano Treviño, no era el representante legal de CEMEX COLOMBIA S.A.”

Teniendo en cuenta que según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá del 19 de julio de 2006, el señor Lorenzo H. Zambrano Treviño no desempeña, desde el 23 de marzo de 2006, el cargo de representante legal de Cemex Colombia S.A., este Despacho considera procedente no declarar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por éste en la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005.

#### **10.1.5. Inexistencia de solicitud de recusación**

Señala Cemex Colombia S.A. que “Una vez rendida las explicaciones solicitadas en párrafos anteriores, dentro del término señalado, es preciso mencionar que CEMEX COLOMBIA S.A. presentó desde el pasado 28 de febrero de 2006, solicitud de recusación encaminada a que se declare que las manifestaciones y conceptos extraproceso realizados públicamente por el doctor Jairo Rubio Escobar, Superintendente de Industria y Comercio, quien suscribe la comunicación de la referencia, se han constituido en conductas que se adecuan dentro de las causales de recusación del Código de Procedimiento Civil y del Código Contencioso Administrativo.

“Hasta la fecha esta solicitud de recusación no ha sido resuelta; luego no existen las garantías legales en la revisión y evaluación del cumplimiento de las obligaciones de la resolución 34804 de 2005 y de las explicaciones presentadas en este escrito por parte del funcionario recusado.”

Analizado lo manifestado por Cemex Colombia S.A. se concluye lo siguiente:

1. Cemex Colombia S.A. no está presentando dentro de la actuación objeto de la presente decisión, recusación en contra del Superintendente de Industria y Comercio.
2. - Si Cemex Colombia S.A. considera que “... luego no existen las garantías legales en la revisión y evaluación del cumplimiento de las obligaciones de la resolución 34804 de 2005 y de las explicaciones presentadas en este escrito por parte del funcionario recusado.”, debió conforme lo establece el código contencioso administrativo al igual que el código de procedimiento civil, presentar en forma expresa recusación en contra del Superintendente de Industria y

Comercio señalando los hechos y la causal o causales en que se basa la misma, y no pretender que este Despacho haga una aplicación analógica de la recusación presentada en el otro proceso en mención<sup>12</sup> o, como se dijo anteriormente, interprete deduzca o infiera una recusación, lo cual, además de vulnerar los principios de celeridad y economía, entorpece la función de inspección y vigilancia que tiene esta Superintendencia sobre las actividades económicas bajo su control.

3. No puede esta Superintendencia hacer una inferencia, deducción o interpretación que se trata de una solicitud de recusación, por cuanto ésta debe ser expresa y fundamentada en hechos y en una o más de las causales de recusación antes señaladas. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido:

"las causales de recusación, que son las mismas que justifican la exclusión del fallador, deben tener y en efecto tienen índole claramente taxativa o restringida: consiguientemente, a un juez o a un magistrado no le es permitido abstenerse de cumplir los deberes que la ley le asigna, alegando circunstancias fácticas que según ésta no tipifican motivo de impedimento; como no les dado a las partes, por la misma razón, escoger libremente el juez, mediante el recurso soslayado de recusaciones fundadas en motivos distintos de los establecidos por la ley al efecto. Apoyado en la gran trascendencia que los impedimentos y las recusaciones tienen en el ejercicio de la función jurisdiccional, el legislador colombiano los tiene claramente reglamentados, no solamente en lo que dice relación con las causales que los estructuran, sino también en lo atinente al procedimiento que corresponde seguir cuando se invocan los unos o las otras<sup>13</sup>." (subrayado fuera de texto)

- Se trata de una información que quiere destacar Cemex Colombia S.A. en la presente actuación, **en relación con una solicitud de recusación que presentó en otra actuación radicada con el número 05130476 contra el Superintendente de Industria y Comercio.** En efecto, dicha solicitud tuvo como fundamentos de hecho la emisión, a través de medios de comunicación, de conceptos del Superintendente de Industria y Comercio acerca de la investigación radicada con el número 05130476 y, como causal, la establecida en el artículo 150, numeral 12 del C.P.C.

Sobre la solicitud de recusación presentada por Cemex Colombia S.A. dentro de dicha actuación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo mediante oficio radicado con el número 06030192 del 28 de marzo de 2006 señaló lo siguiente:

"Así mismo, se tiene que la dirección de la investigación por prácticas comerciales restrictivas sigue en cabeza del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, lo cual implica, que el señor Superintendente de Industria y Comercio no está habilitado (sic) tomar decisiones dentro de la investigación pertinente, por lo tanto, en concepto de este Despacho, no se presenta la causal

<sup>12</sup> Santofimio Botero, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, acto administrativo, procedimiento, eficacia y validez, tomo II, tercera edición 1998, páginas 206 y 207. "...Primero. El impedimento deberá manifestarse por escrito motivado, en el cual se exprese concretamente la causal invocada, no correspondiéndole al funcionario invocar causales inexistentes o hacer aplicaciones analógicas por fuera de los parámetros del Código de Procedimiento Civil; ..." (subrayado fuera de texto)

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, auto del 19 de noviembre de 1975. Copiado del Código de Procedimiento Civil de Legis.

de recusación planteada frente a Usted, puesto que aún no tiene bajo su conocimiento y competencia la investigación en comento.

"En efecto, dispone el numeral 12 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, "Son causales de recusación las siguientes; (...) Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo" (subrayas nuestras), a este respecto, el consejo o concepto que exige la ley, tendrá que darse sobre un proceso que esté a cargo del respectivo funcionario, situación que no acontece en el presente asunto, puesto que el señor Superintendente de Industria y Comercio no tiene competencia, en este momento, para resolver cuestiones acerca de la investigación tantas veces citada, la cual, se reitera, está a cargo, hasta el momento, en cabeza del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia."

Como se observa, el proceso dentro del cual Cemex Colombia S.A. recusó al Superintendente de Industria y Comercio, es diferente a la presente actuación que se adelanta en contra de Cemex Colombia S.A., por el presunto incumplimiento de garantías.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el artículo 30 del código contencioso administrativo exige que la solicitud de recusación se presente de manera expresa y señalando los hechos y la causal o causales en que se fundamenta, a la manifestación contenida en el numeral 4 del escrito de explicaciones presentado por Cemex Colombia S.A. no le se dará el trámite previsto en la norma en mención.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Declarar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la sociedad CEMEX COLOMBIA S.A. según resolución 34804 del 23 de diciembre de 2005, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Declarar la ocurrencia del riesgo asegurado en la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000 – 2863291 – 01 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el valor asegurado de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$ 763.000.000) m/cte.

**ARTÍCULO TERCERO:** Hacer efectiva la póliza No. 1000 – 2863291 - 01 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el valor asegurado de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$ 763.000.000) m/cte., según los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**ARTÍCULO CUARTO:** Ordenar que en lo sucesivo, la sociedad Cemex Colombia S.A. cumpla los compromisos adquiridos en la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005.

**ARTÍCULO QUINTO:** Exonerar de responsabilidad al señor LORENZO H. ZAMBRANO T. en la presente actuación.

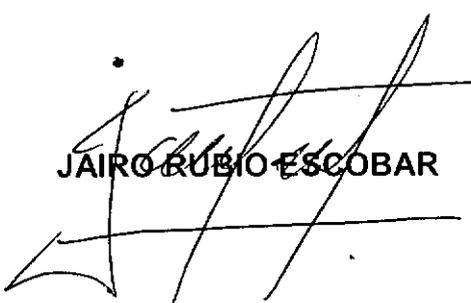
**ARTÍCULO SEXTO:** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a los señores CAMILO GONZALEZ TÉLLEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.414.966 de Usaquén, representante legal de Cemex Colombia S.A., o quien haga sus veces, y al señor LORENZO H. ZAMBRANO T., entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio, dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

**ARTÍCULO SEPTIMO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de Seguros Comerciales Bolívar, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **11** OCT. 2006

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
**JAIRO RUBIO ESCOBAR**

**Notificar:**

Señor  
**CAMILO GONZALEZ TELLEZ**  
C.C. No. 80.414.966 de Usaquén  
Representante legal  
CEMEX COLOMBIA S.A.  
Nít No.  
Calle 99 No. 9 A – 54 piso 8  
Bogotá, D. C.

Señor  
**LORENZO H. ZAMBRANO T.**  
Calle 99 No. 9 A – 54 piso 8  
Bogotá, D. C.

Señor  
**RAFAEL PARDO SANCHEZ**  
C.C.No. 17.050.030  
Representante legal  
SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR  
Carrera 10 No. 16 – 39  
Bogotá, D. C.