



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

RESOLUCIÓN NÚMERO.. 00826
24 ENE. 2007

Radicación No. 04115964

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el Código Contencioso Administrativo y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el día 15 de noviembre de 2006, estando dentro del término legal, la sociedad Cemex Colombia S.A. (en adelante Cemex) interpuso recurso de reposición contra la resolución No. 26360 del 11 de octubre de 2006 notificada personalmente el día 8 de noviembre de 2006, mediante la cual esta Superintendencia declaró el incumplimiento de unas garantías.

SEGUNDO: Que el recurso se fundamenta, en síntesis, en los siguientes argumentos:

2.1. Motivos de inconformidad respecto del "ARTÍCULO PRIMERO" de la parte resolutive de la resolución No. 26360 de 2006

Señala el recurrente que el artículo primero de la resolución impugnada debe ser revocado, por ser contrario a la ley, por los siguientes motivos:

"(a) En ningún momento la SIC solicitó explicaciones a mi representada por el presunto incumplimiento de "los compromisos adquiridos por la sociedad CEMEX COLOMBIA S.A." pues ella "se restringió a un solo factor, que no hace parte de los compromisos ofrecidos por Cemex como garantía ante la SIC, sino del esquema de seguimiento fijado unilateralmente por la SIC para verificar el esquema de garantías, lo cual es diferente". Y agrega más adelante que fue en relación con el esquema de seguimiento que " Cemex rindió explicaciones y exclusivamente respecto de dicho numeral fue que se le permitió ejercer su derecho de contradicción y defensa."

Al haber declarado "genéricamente" el incumplimiento de los compromisos y consecuentemente haber ordenado hacer efectiva la póliza de seguro por la totalidad de la suma asegurada, la SIC violentó la Constitución Política de Colombia y la ley en lo concerniente al derecho de defensa, consagrado en el artículo 29 de la Constitución y el derecho de contradicción previsto en el artículo 3 del C.C.A., así como el 35 del mismo estatuto.

"(b) Es distinto el esquema de seguimiento señalado unilateralmente por la SIC a los compromisos ofrecidos y garantizados por Cemex y aceptados por la SIC"

"Si se revisa el contenido y la estructura de la Resolución No. 34804, del 23 de diciembre de 2005, por la cual la SIC aceptó el ofrecimiento de garantías

formulado por la totalidad de los investigados, dentro de ellos Cemex, y clausuró la investigación que abrió por Resolución No. 358, del 19 de enero de 2005, se advierte claramente la diferencia que existe entre los "compromisos" de los investigados, consignados en el numeral 2.1. de dicho acto administrativo y el denominado por la SIC "Esquema de seguimiento", previsto en el numeral 3.4."

Previa transcripción de los numerales 3.2. y 3.3. Cemex considera que "De lo señalado podemos sintetizar que la obligación asumida por Cemex es abstenerse de realizar conductas anticompetitivas; que la garantía busca el cabal cumplimiento de dicho compromiso. Por otra parte, el esquema de seguimiento es un sistema de verificación a cargo de la SIC."

"(c) Cemex sí permitió la verificación a que alude el numeral 3.4.1. de la Resolución 34804 de 2005."

Considera Cemex que "existe una discrepancia evidente entre Cemex y la SIC respecto de si esta compañía suministró o no los elementos de juicio para permitir la verificación de lo señalado en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías.

"(...)

"Esta verificación comprende los siguientes aspectos:

"(i) Mantener disponible para la SIC los criterios que toma en cuenta Cemex para determinar los precios de sus productos.

"(ii) Soportar con la documentación necesaria las variaciones de precios

"(iii) Que el órgano competente haga constar por escrito dichos criterios."

Sostiene Cemex que la verificación de la Superintendencia debe comprender toda la información que la Entidad tiene en su poder, la que inicialmente entregó esta sociedad y la que fue suministrada en la visita, "pues solo un análisis desprevenido, imparcial y conjunto (sic) de dicha documentación, permitirá establecer lo señalado, ya que toda ella se generó con ocasión del ofrecimiento y aceptación de garantías y obedece al mismo propósito. Una debe ser leída e interpretada en función de la otra."

Previa transcripción del oficio del 23 de noviembre de 2005 dirigido por Cemex a la SIC y de algunos apartes del acta de la visita realizada del 23 de mayo de 2006 en la sede de Cemex, el recurrente considera que "Como se ve, Cemex extrajo de sus sistemas transaccionales e históricos la información solicitada, la organizó de acuerdo con los términos solicitados por los funcionarios de la SIC y la entregó impresa, según consta en el acta de la visita administrativa. Respecto del contenido de la misma, se repite, nunca la SIC hizo un requerimiento adicional que le permitiera a la compañía entender que dicha información necesitaba ser complementada, nunca indicó el por qué era insuficiente, qué soportes eran

requeridos, como debería ocurrir en la sana aplicación del principio establecido constitucionalmente en el artículo 83 de la Carta Política, en virtud de la cual la buena fe debe presumirse....”, no obstante lo cual –señala el recurrente– “fue notorio el ánimo no desprevenido de los funcionarios de la SIC” al dejar constancia de una espera de cerca de tres horas para obtener la entrega de documentos.

En relación con lo señalado en la resolución que se recurre, en el sentido que “pese a lo anterior, Cemex entregó en un folio y sin fecha el documento “Histórico Variación de Precios.”, señala que “Ante esta anotación, que por supuesto descalifica el documento entregado por Cemex, nos preguntamos cuántos folios hubieran parecido aceptables a la SIC? Existía previamente una exigencia de un número determinado de ellos? Es el número de folios un criterio sano para verificar el cumplimiento de unas garantías?”

“Como se trata de un cuadro que recopila variaciones de precios de distintos meses del año 2006, según lo solicitó la SIC, tal como consta en el Acta de Visita Administrativa del 23 de mayo de 2006, este contiene, según lo admite la propia SIC en la resolución recurrida, una columna relativa al mes en qué (sic) ocurrió el incremento. En tales condiciones qué relevancia tiene cuestionar la fecha de dicho documento, como lo hizo la SIC, cuando lo importante es la fecha de variación de los precios, en el contexto de las garantías ofrecidas? Qué bien estatal superior se vulnera con esa “omisión”?”

Sostiene Cemex que las razones para variar los precios se encuentran incluidas en el cuadro entregado en la visita en mención, las cuales “son situaciones de mercado que no obran en ningún documento particular, que deba ser conservado.” Para tal efecto, transcribe el cuadro y afirma que “Este cuadro, por supuesto al haber sido entregado a la SIC ante su requerimiento, proveniente del órgano competente de la compañía y así debe entenderlo y admitirlo la SIC. En caso contrario, la SIC tendría la carga de la prueba de demostrar que este documento no proviene de dicho órgano social competente. Pero esa tampoco puede ser circunstancia válida que sustente la medida adoptada.”

Finalmente, en este punto concluye Cemex que “La lectura de la Resolución No. 34804 de 2005 permite establecer que ella no prevé que ‘...La constancia (de aplicación de los criterios) debe realizarse en escrito separado por cada modificación’, como se afirma en la resolución impugnada, y por lo cual, dicho juicio de valor o compromiso adicional creado e impuesto por la SIC, no puede ser utilizado como fundamento de su decisión. Por lo demás, dicha exigencia formalista, en caso de haber existido, sería absolutamente injustificada y contraria a los principios rectores de la actuación ante las autoridades.”

“Por lo expuesto debe revocarse el artículo primero, de la Resolución No. 26360 de 11 de octubre de 2006.”

2.2. Motivos de inconformidad respecto del “ARTÍCULO SEGUNDO” de la parte resolutive de la Resolución No. 26360 de 2006”

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en el numeral anterior, considera Cemex que era improcedente haber declarado la ocurrencia del riesgo asegurado en la póliza de seguro de cumplimiento.

En efecto, sostiene la recurrente que *"El riesgo asegurado no ha acaecido puesto que dicho riesgo es, como se lee en la resolución de aceptación de garantías abstenerse de: 'realizar acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento...'*

"(...)

"En síntesis, la compañía no ha incumplido "los compromisos adquiridos por la sociedad CEMEX COLOMBIA S.A. según la resolución 34804 del 23 de diciembre de 2005", como inapropiadamente se señala en la resolución recurrida, puesto que respecto de los mismos ni fue formulada solicitud e (sic) explicaciones, ni a la compañía se le ha demostrado vulneración de las normas o postulados que son objeto de garantía, referidas a conductas anticompetitivas, según las propias palabras de la SIC, en la resolución de aceptación de garantías que motivó la presente actuación."

2.3. Motivos de inconformidad respecto del "ARTÍCULO TERCERO" de la parte resolutive de la resolución No. 26360 de 2006

Afirma Cemex que el artículo tercero de la resolución recurrida debe ser revocado por las razones expuestas en los numerales anteriores y *"porque la póliza no avala el instrumento de verificación a cargo de la SIC, que ni fue objeto de compromiso por Cemex, ni está radicado en cabeza suya."*

2.4. Motivos de inconformidad respecto del "ARTÍCULO CUARTO" de la parte resolutive de la resolución No. 26360 de 2006

Considera el recurrente que el artículo 4 del acto administrativo que se impugna debe ser revocado, *"puesto que en la referida actuación no estaba cuestionando el cumplimiento de dichos compromisos, ni la fuente de su cumplimiento es esta orden improcedente."*

2.5. Irregularidad en el proceso de notificación de la resolución No. 26360 de 11 de octubre de 2006

Con fundamento en los artículos 44 y 45 del código contencioso administrativo, considera Cemex que la notificación por edicto realizada por esta Entidad a la recurrente se efectuó irregularmente. Lo anterior, teniendo en cuenta que el edicto se fijó el 25 de octubre de 2006 y la comunicación que se remitió para efectos de la notificación personal fue recibida en Cemex el 7 de noviembre de 2006. *"Esta violación flagrante de lo ordenado por los artículos 44 y 45 del código contencioso administrativo constituye una amenaza para el ejercicio del derecho de defensa que le asiste a la sociedad Cemex Colombia S.A., ante la incertidumbre respecto de la oportunidad para ejercitar dicho derecho."*

TERCERO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 56 del código contencioso administrativo, en la presente decisión se abordarán todas las cuestiones que fueron planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en el mismo orden de su formulación.

3.1. Motivos de inconformidad respecto del artículo primero de la parte resolutive del acto administrativo No. 26360 de 2006

"(a) En ningún momento la SIC solicitó explicaciones a mi representada por el presunto incumplimiento de los "compromisos adquiridos por la sociedad CEMEX COLOMBIA S.A."

Puesto que el recurrente estructuró la argumentación de este punto sobre la premisa según la cual el esquema de seguimiento previsto en el numeral 3.4.1 de la resolución de aceptación de garantías no hace parte de las garantías que permitieron terminar el proceso, - aspecto que ventila en el literal b)¹ del acápite correspondiente a los motivos de inconformidad respecto del artículo primero de la parte resolutive de la providencia impugnada-, es procedente analizar en primera instancia, si el esquema de seguimiento hace parte integral de las obligaciones adquiridas por la investigada a título de garantías o si, por el contrario, solo deben entenderse como garantías aquellas que se consignaron en el numeral 2.1. "Compromisos" de la resolución de aceptación de garantías.

Veamos. Se inicia una investigación cuyo objetivo es establecer si las conductas del encartado constituyen prácticas restrictivas de la competencia. Durante la etapa de la investigación, con fundamento en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, el investigado puede solicitar la terminación del proceso brindando garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. El Superintendente, por su parte, amparado en la facultad que le otorga el numeral 12 del artículo 4 del citado decreto, termina el proceso si y solo si existen garantías suficientes de que cesarán las conductas que dieron origen a la investigación. En otros términos, las disposiciones en comento permiten la terminación anticipada de una investigación a partir de la convicción de la Administración de que el investigado cesará la conducta.

Dentro de este contexto, es necesario igualmente recordar que el artículo 333 de la Constitución Política consagra la libre competencia económica como un derecho colectivo² que debe ser tutelado por razones jurídicas³ y económicas, en tanto que no solo está encaminado a proteger los intereses de quienes interactúan en el mercado sino el orden económico. En efecto, habiendo sido adoptado por el Estado como esquema de funcionamiento económico un sistema de libertad económica, por oposición, entre otros, a un modelo proteccionista, se impone

¹ "(b) Es distinto el esquema de seguimiento señalado unilateralmente por la SIC a los compromisos ofrecidos y garantizados por Cemex y aceptados por la SIC". Recurso de reposición.

² Art. 88 C.P. y ley 472 de 1998 art. 4

³ "...es un derecho de todos que supone responsabilidades" Art 333 C.P.

como obligación ineludible la de amparar y preservar incólume la libre y leal competencia en el mercado, que es sustrato esencial de la libertad económica⁴. De otra parte, es preciso señalar que el propio artículo 333 Superior señala la obligación para el Estado de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica. En desarrollo de este precepto, se le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio -mediante el decreto 2153 de 1992⁵- la facultad de preservar la competitividad en el mercado y es así como su artículo 2 numeral 1 que alude a las FUNCIONES de esta Superintendencia, señala:

1. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales (...) para alcanzar, en particular las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios."*

En ese orden de ideas, ni en estricto derecho ni atendiendo los fines de la norma, puede sostenerse que la garantía de que trata el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 puede consistir en la simple afirmación del investigado de que a futuro cumplirá la ley, pues eso sería tanto como equiparar la obligación (el cumplimiento de la ley) con la garantía (que es el compromiso a partir del cual se asegura el cumplimiento de la obligación).

El acto administrativo de aceptación de garantías señala, en el acápite 3.3:

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

Resulta inaceptable, entonces, que el recurrente pretenda señalar como únicas obligaciones adquiridas por la investigada para efectos de obtener la terminación del proceso, aquellas referidas al cumplimiento de la ley, como son:

- 1) *"Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros"*⁶. En el entendido de que estas conductas están contenidas dentro del enunciado del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 como acuerdos contrarios a la libre

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001

⁵ Expedido con fundamento en el artículo 20 transitorio de la C.P.

⁶ Resolución 34804. Acápite 2.1. Compromisos

competencia, debe concluirse que esta obligación de la investigada corresponde al deber general de cumplir la ley y, consecuencialmente, no es ese el compromiso a partir del cual se clausuró la investigación.

- 2) *"Así mismo, abstenerse de realizar conductas con la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización". Igual predicamento que respecto del compromiso señalado en el párrafo anterior.*
- 3) *"Abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tenga por objeto eliminar uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos. Idéntica situación que los casos anteriores.*

Para efectos de terminar la investigación en contra de Cemex se tuvieron en cuenta los siguientes compromisos, los cuales corresponden a los contenidos en la solicitud de ofrecimiento de garantías presentada por esta sociedad:

"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.

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

"(...)

"Para el efecto, los INVESTIGADOS asumen los costos variables de producción como aquellos que aumentan o disminuyen en respuesta directa a un aumento o disminución del nivel de producción de la empresa. Así mismo asumen los costos medios variables de producción como los costos por unidad de producción que resultan de dividir los costos variables por el número de unidades producidas.

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

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

- *Desgaste de piezas*
- *Transporte dentro de las planta*

"La información inicial sobre los ítems que se incluyen dentro de los costos variables medios de producción y la forma en que cada una de las empresas los calcula, será comunicada a la SIC por medio de un memorial confidencial que se presenta 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.

"Adicionalmente, la información sobre gastos de transporte, también se mantendrá a disposición de la SIC."

Los compromisos transcritos que, a juicio del Superintendente, no cumplían las exigencias del artículo 52 del decreto 2153 de 1992, en cuanto que no se constituían en garantía suficiente que permitiera terminar la investigación, fueron complementados con una serie de mecanismos a partir de los cuales esta Entidad podría *"corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación"*. Dichos mecanismos, que son los enlistados en el acápite 3.4. "Esquema de seguimiento" de la resolución de aceptación de garantías, son obligaciones de hacer a cargo de Cemex, cuyo cumplimiento, al igual que el de los demás compromisos, le brinda a la autoridad de competencia la certeza de que el mercado está libre de los presuntos yerros que dieron origen al inicio de la investigación.

Debe entonces concluirse que esas obligaciones a cargo de Cemex, las reseñadas en el citado capítulo 3.4, hacen parte de "la garantía" a la que se refiere el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. La existencia de una póliza de seguro de cumplimiento - que es otro tipo de garantía en tanto que propende por la retribución económica derivada del incumplimiento de los compromisos - hace igualmente parte de las seguridades del Superintendente cuando tomó la decisión de terminar anticipadamente el proceso por prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, contrario a lo sostenido por el recurrente, el esquema de seguimiento contenido en la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005, hace parte de las "garantías suficientes" que permitieron a esta Superintendencia acceder al beneficio de terminación anticipada de la investigación que se adelantaba en contra de Cemex, razón por la cual debe concluirse que no se violó el derecho de defensa en el caso en examen.

En conclusión, no prosperan los cargos invocados bajo los literales a. y b. de este punto, dado que:

- (i) Las obligaciones reseñadas bajo el título "Esquema de seguimiento" hacen parte de las garantías que permitieron terminar la investigación y, en consecuencia,
- (ii) La solicitud de explicaciones abarcaba las garantías – obligaciones - contenidas en el acápite "Esquema de seguimiento".
- (iii) Consecuencialmente, no se violó el derecho de defensa, ni el de contradicción de Cemex.

(c) Cemex si permitió la verificación a que alude el numeral 3.4.1. de la resolución 34804 de 2005

Puesto que en el recurso se sostiene que con la documentación entregada a la SIC, Cemex sí permitió verificar lo señalado en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías, procede este Despacho a adelantar el respectivo análisis.

En el documento radicado con el número 04115964 00010198 de noviembre de 2005, proveniente de Cemex como parte de los compromisos asumidos, "están consignados con minucioso detalle todos y cada uno de los elementos que Cemex toma en cuenta para fijar unilateralmente los precios de sus productos y para determinar los costos variables medios de producción", tal como lo refiere el recurrente⁷. Esta obligación, emanada del literal b. del punto 1.1. del capítulo "compromisos" de la resolución N. 34804 -cabalmente cumplida por la investigada- no puede confundirse con aquella obligación de señalar a futuro y, desde luego frente a cada variación de los precios, los criterios que específicamente fueron tenidos en cuenta para la variación correspondiente.

Como puede comprenderse, la obligación a cargo de Cemex cuyo cumplimiento se discute, está orientada a establecer que cada variación del precio es producto de una decisión unilateral derivada exclusivamente de las reglas de mercado. Dicha verificación, por lo demás, solamente resulta viable cuando el escrito donde se consignan los fundamentos es elaborada de manera previa a la variación del precio y está debidamente soportada. Se excluye, entonces, como aceptable, la simple reiteración de uno o algunos de los aspectos contenidos en la amplia gama de criterios que pueden ocasionar en teoría una decisión de modificar el precio, enlistados en el ya citado oficio 04115964 00010198 de noviembre de 2005.

Esa la razón por la cual se dejó constancia de que el documento entregado no tiene fecha. No es una descalificación caprichosa del documento, como pretende hacerlo aparecer el recurrente. Es una observación que supone incontestablemente el desconocimiento de una exigencia. La información relativa a las variaciones del precio debe estar, sin duda, a disposición de la SIC, pero atada a la información sobre los criterios tenidos en cuenta en cada caso, como se

⁷ Recurso de reposición. Pag 12

deduce claramente de lo preceptuado en el acápite 3.4.1. de acto administrativo de aceptación de garantías. De nada serviría conocer a secas un listado con las fechas de variación de precios, pues esta entidad de control no tiene reparos en que los precios se incrementen o disminuyan, sino – se reitera- que estas modificaciones sean fruto de un acuerdo entre competidores.

En consecuencia, preguntarse – como lo hace el recurrente- “...qué relevancia tiene cuestionar la fecha del documento, como lo hizo la SIC, cuando lo importante es la fecha de variación de los precios, en el contexto de las garantías ofrecidas?”⁸ resulta un claro desconocimiento de la función de la SIC en el caso en examen.

Similar observación procede en lo que hace al número de folios, si se tiene en cuenta que para cada variación del precio debía haberse generado una constancia escrita suscrita por la presidencia u órgano competente para fijar los precios, con los criterios determinantes de la decisión⁹. Tal exigencia parece haber sido omitida por el recurrente, cuando anota en su escrito: “Es el número de folios un criterio sano para verificar el cumplimiento de unas garantías?”¹⁰, pues de la lectura de la resolución de aceptación de garantías se deduce con claridad meridiana que debían existir tantos documentos cuantas variaciones de precio se hubiesen producido, dado que en cada ocasión “la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión”¹¹.

Por último, es menester puntualizar que esta entidad no desconoce que el documento entregado provenga de la sociedad Cemex; lo que cuestiona la Superintendencia es que proceda de las personas u órganos que tienen esa atribución, prueba que se echa de menos en el documento mencionado.

De otra parte, conviene efectuar algunas precisiones sobre los criterios que aparecen en el documento Histórico Variación de Precios, aportado en la visita, así:

1. “Por cubrimiento geográfico, dado que operó una rezonificación para incluir esos municipios en el mercado diferente al que se vena (sic) atendiendo”. Este criterio, no deja de ser una simple afirmación por parte de Cemex, que no está acompañada de las pruebas que la soporten. Al recurrente le correspondía acreditar en qué consistió la rezonificación a que se refiere y como influyó en la variación de precios.

Tal como lo señala el numeral 3.4.1. transcrito, a Cemex le corresponde siempre que varíe precios mantener a disposición de esta Superintendencia los criterios tenidos en cuenta en cada modificación y los soportes de los mismos.

⁸ Recurso de reposición. Pag 15

⁹ Resolución 34804 de 2005. Numeral 3.4.1

¹⁰ Recurso de reposición

¹¹ Resolución 34804 de 2005. Numeral 3.4.1

2. "Por requerimientos presupuestales, posicionamiento de marca...". Al igual que en el numeral anterior, se trata de una afirmación de Cemex que carece de los soportes que acrediten de que manera el presupuesto obligó a modificar los precios. Lo mismo se puede señalar respecto del "posicionamiento de marca", pues con las pruebas que obran en el expediente no se demuestra como este hecho influyó en la variación de precio.

3. "Por presiones competitivas en la plaza es imposible mantener el precio en niveles de \$ 12100 a \$ 12700,00 que refleja las condiciones predominantes en la plaza." . Dentro del expediente no existe una prueba que demuestre las "presiones competitivas en la plaza", como podría ser, por ejemplo, un estudio de mercado que acredite los precios de los diferentes competidores, con el fin de determinar dicha circunstancia.

Como se observa, los documentos que contienen los criterios que según Cemex tuvo en cuenta para la variación de precios, no se encuentran acompañados de los soportes correspondientes. Del mismo modo, con los otros documentos que obran en la investigación no se demuestra que la causa de la modificación en los precios obedeció a los criterios aducidos.

En efecto, Cemex en su recurso sostiene lo siguiente:

"Tales manifestaciones de la SIC son infundadas, puesto que las razones de las variaciones están incluidas en el cuadro entregado a la SIC, que son situaciones de mercado que no obran en ningún documento particular, que deba ser conservado. ..." (subrayado fuera de texto)

Posteriormente, al referirse a la afirmación de esta Entidad en la resolución que se recurre, en el sentido de que la recurrente no probó las razones de mercado que constituyen el sustrato de las variaciones de los precios en uno u otro momento, Cemex sostiene lo siguiente:

"... son justamente eso, razones de mercado, que pueden ser analizadas; pero dichas razones no se prueban..." (subrayado fuera de texto)

De otra parte, contrario a lo sostenido por Cemex, a esta Superintendencia no le correspondía efectuar requerimiento alguno para que la recurrente completara los documentos solicitados en la visita adelantada en su sede el 23 de mayo de 2006, ni se viola, por no haberlo hecho, el principio de la buena fe. Tales documentos debían estar a disposición de la SIC, como parte de las obligaciones adquiridas por Cemex para obtener la terminación anticipada de la investigación que se adelantaba en su contra.

3.2. Motivos de inconformidad respecto del "ARTÍCULO SEGUNDO" de la parte resolutive de la Resolución No. 26360 de 2006

Habiéndose demostrado que las obligaciones cuyo incumplimiento se estableció en el acto administrativo impugnado, hacen parte de las garantías que permitieron terminar la investigación por prácticas comerciales restrictivas, es innegable la materialización del riesgo amparado bajo la póliza de seguro de cumplimiento, razón por la cual procedía la orden dada por la SIC para hacerla efectiva. En conclusión, no se acepta el argumento del recurrente

3.3. Motivos de inconformidad respecto del "ARTICULO TERCERO" de la parte resolutive de la Resolución No. 26360 de 2006

Por estar este motivo de inconformidad íntimamente ligado al argumento expuesto por el recurrente respecto del "artículo segundo" de la parte resolutive de la resolución recurrida, aspecto que fue analizado en el acápite que precede, se remite este Despacho a las conclusiones allí expuestas.

3.4. Motivos de inconformidad respecto del "ARTÍCULO CUARTO" de la parte resolutive de la resolución No. 26360 de 2006

Como quedó establecido en la presente providencia, las obligaciones a cargo de Cemex reseñadas en el capítulo "Esquema de Seguimiento" del acto administrativo de aceptación de garantías, son parte de las garantías que permitieron la terminación del proceso, por lo que se despacha desfavorablemente el argumento contenido en el presente acápite.

3.5. Irregularidades en el proceso de notificación de la resolución No. 26360 de 11 de octubre de 2006

Sobre este particular y sin perjuicio de reconocer que eventualmente se hubiera producido una anomalía en el proceso de notificación - causada no por ignorar, como indica el recurrente, el procedimiento que para tales efectos consagra el Código Contencioso Administrativo, sino por demoras en el correo¹² -, señala este Despacho que el artículo 48 del citado Código prevé que si la notificación no se practica conforme a la ley, no se tendrá por realizada ni producirá efectos legales el acto administrativo que se notifica, *"a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos."*

Efectuada la anterior aclaración, se pone de presente que el recurso de reposición fue interpuesto en tiempo¹³ y, en adición, que de la lectura de dicho recurso se desprende la certeza de que el acto administrativo recurrido fue conocido en su integridad por el recurrente, por lo que se descarta el argumento expuesto.

¹² La comunicación a la que alude el artículo 44 del C.C.A. fue puesta en el correo el día 12 de octubre de 2006.

¹³ Artículo primero de los CONSIDERANDOS del presente acto administrativo.

En adición, se deja constancia que, sin perjuicio del envío de la comunicación enviada a Cemex mediante la cual se daba cumplimiento a lo ordenado por el artículo 44 del C.C.A., el 17 de octubre de 2006 se presentó en las instalaciones de la mencionada sociedad un funcionario de esta Superintendencia, debidamente comisionado, con el fin de notificar personalmente la resolución que se impugna, diligencia que no pudo llevarse a cabo pues se le informó que en las instalaciones de dicha sociedad no estaba presente ningún representante legal. En una ocasión posterior, se intentó de nuevo efectuar dicha notificación personal, pero una vez más se informó que los representantes legales estaban ausentes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución 26360 de 2005, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer personería al doctor José Orlando Montealegre Escobar, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.335.765 de Bogotá y tarjeta profesional No. 30.633 del C.S. de la J., para actuar como apoderado de Cemex Colombia S.A. en los términos del poder otorgado.

ARTÍCULO SEPTIMO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor José Orlando Montealegre Escobar, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.335.765 de Bogotá y tarjeta profesional No. 30.633 del C.S. de la J., en su calidad de apoderado de Cemex, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno por estar agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **24 ENE. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

24 ENE. 2007

Notificar:

Doctor
JOSÉ ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR
C.C. No. 19.335.765 de Bogotá
Tarjeta profesional No. 30.633 del C.S. de la J.
Apoderado
CEMEX COLOMBIA S.A.
Nit No. 860002523 - 1
Carrera 14 No. 93 B – 32 oficina 404
Bogotá, D. C.