



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 08243 DE 2006
(31 MAR. 2006)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en ejercicio de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante escrito radicado bajo el número 05082512 del 6 de marzo de 2006, el doctor Alfonso Miranda Londoño, en su condición de apoderado de Concretos de Occidente S.A. y Holcim S.A. interpuso en tiempo y con el lleno de los requisitos legales recurso de reposición en contra del acto administrativo que ordenó la práctica de pruebas, dentro del trámite de integración de las empresas que representa.

SEGUNDO: Que el recurso interpuesto está orientado a que se revoque el numeral 3 contenido en el acto administrativo expedido el 24 de febrero de 2006 y, en su lugar, se decrete y practique el dictamen pericial solicitado y negado.

TERCERO: Que el recurrente fundamenta su solicitud, en síntesis, en los siguientes argumentos:

Los programas académicos correspondientes a la carrera de ingeniería industrial de varias universidades, los cuales anexa, se encuentran diferentes materias que le dan a dichos profesionales los conocimientos necesarios para rendir un concepto sobre las características físicas del concreto premezclado y del concreto producido en obra. Manifiesta, igualmente, que existen diversas especializaciones para los ingenieros que perfectamente pueden otorgarles a estos profesionales más conocimientos sobre el tema objeto del dictamen.

Señala que el Despacho desconoce que en virtud del artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, los peritos pueden utilizar auxiliares y contar con el concurso de otros técnicos para rendir el dictamen, razón por la cual las falencias que un perito puede tener se pueden suplir con la colaboración de esos auxiliares y técnicos. Adicionalmente, al momento de posesionarse los peritos, éstos deben manifestar si tienen los conocimientos para rendir el experticio pues, de lo contrario, no se posesionarían.

Manifiesta que no es justo que la Superintendencia con los argumentos que le sirvieron de base para el acto de pruebas, no haya procedido entonces a nombrar los profesionales que consideraba idóneos.

Indica que la SIC no debe ser una contraparte sino la autoridad de promoción de la competencia a la que por supuesto le interesa contar con todos los elementos de juicio que le permitan adoptar la mejor decisión y la más técnica.

En su opinión es inconstitucional el hecho de que solo la SIC pueda hacer estudios respecto de la elasticidad cruzada y la determinación de los productos.

31 MAR. 2006

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

El hecho de que dentro de las funciones de la División de Promoción de la Competencia se encuentre la de elaborar los estudios económicos y técnicos para el cumplimiento de las funciones de la Delegatura no puede ser entendido como que los particulares no tengan derecho alguno a solicitar pruebas con el fin de incorporar al expediente elementos de juicio en relación con aspectos tales como la determinación del mercado relevante, ni mucho menos que los estudios técnicos que elabora la SIC sean incontrovertibles. En su opinión, los estudios económicos que elaboran los funcionarios de la SIC pueden darle al fallador las razones por las cuales las pruebas que existen en el expediente conducen a la conclusión sobre cuál es el mercado relevante o si por ejemplo, un dictamen pericial que obre en el proceso tiene falencias o errores graves para no aceptar las conclusiones del mismo.

Con el fin de controvertir las conclusiones a las que llega la SIC, deben permitirse pruebas tales como peritajes y testimonios técnicos respecto de temas como la determinación del mercado relevante, la concentración del mismo, las barreras de acceso pues, en su opinión, lo contrario pone a las empresas solicitantes del trámite en una total indefensión frente a la voluntad de la SIC.

Señala que la determinación del mercado relevante es un asunto crucial y no simplemente formal en procesos de integraciones empresariales y, amparado en doctrina, indica que el conocimiento del juez no permite prescindir de la prueba. Pero aún aceptando que el conocimiento especializado del juez permite prescindir de ella, porque la determinación del mercado relevante sea un tema simplemente formal en estos procesos, lo cierto es que la aplicación de ese conocimiento privado debe hacerse permitiendo a las partes discutirlo previamente, cuestión que bajo la tesis de la SIC resulta imposible.

En su opinión, es contrario al debido proceso que procediendo la contradicción al dictamen pericial que contempla el artículo 238 del C.P.C, la objeción se tenga que hacer, según la posición de la Superintendencia ante la misma entidad que lo elabora.

Si es la misma entidad la que elabora los estudios técnicos y especializados para determinar el mercado relevante y nadie puede solicitar como prueba un dictamen para ello, la posibilidad de controvertir la prueba es absolutamente nula, toda vez que la contradicción de un estudio técnico se realiza mediante la solicitud de aclaraciones, complementaciones y objeciones por error grave, solicitando pruebas para demostrar esos errores.

Los estudios técnicos que la SIC elabora dentro de los procesos de integraciones empresariales solamente se conocen en el texto del acto administrativo que decide aprobar o no autorizar la integración. El estudio completo que hace la SIC se mantiene en reserva y el solicitante solamente conoce lo que se expresa, en el acto administrativo que resuelve la solicitud y, si al controvertir el acto administrativo de autorización u objeción el recurrente no puede solicitar el decreto y práctica de dictámenes periciales para demostrar que el mercado relevante y los efectos de la integración no son aquellos que la SIC señala, el resultado es que las decisiones de la SIC se vuelven incontrovertibles, lo cual le impide al peticionario ejercer su derecho de contradicción.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

CUARTO: Que de acuerdo con lo anterior, procede el Despacho a resolver el presente recurso.

El dictamen pericial fue solicitado para que un ingeniero industrial y un economista dictaminaran sobre el siguiente objeto:

- Las características físicas del concreto premezclado y el concreto producido en obra.
- La elasticidad cruzada de la demanda del concreto producido en obra versus el precio del concreto premezclado.
- La posibilidad técnica y comercial de sustituir el concreto premezclado por el concreto producido en obra en el Eje Cafetero.

1. En cuanto a la idoneidad de los peritos y la posibilidad que tienen los mismos de valerse de auxiliares que les permitan rendir el dictamen.

a) Las pruebas allegadas por el recurrente con el fin de sustentar la idoneidad de los peritos consisten en programas académicos de ingeniería. Revisadas las pruebas se encuentra que en el programa procedente de la Escuela de Ingeniería, solo algunos de los anexos que se incorporan se refieren, de manera precisa, a la formación en ingeniería industrial, carrera en la cual se presenta una sola asignatura relativa a "materiales" (anexos 8 y 21 del recurso), que no da cuenta de la idoneidad del perito respecto de la posibilidad de dictaminar en torno a las características físicas del concreto premezclado y del concreto producido en obra, pues, según su contenido, se trata de una introducción a la ciencia e ingeniería de los materiales, los diagramas de fase de materiales metálicos y no metálicos, cauchos y materiales cerámicos (anexo 22 del recurso) donde no se advierte ninguna profundidad en torno al conocimiento puntual que por ejemplo, un ingeniero civil tendría respecto al material "concreto" y los elementos que lo componen, tales como el cemento.

Si se observa el acápite relativo a la justificación de la materia (anexo 22), la misma se basa en la formación básica de los fundamentos de la ciencia e ingeniería de los materiales, con el propósito de familiarizar a los estudiantes con las propiedades de los materiales, lo cual no permite aseverar que tal capacitación otorgue la idoneidad suficiente para que dicho profesional en ingeniería industrial pueda ser calificado como perito en la materia.

Adicionalmente, el contenido detallado del programa académico suministrado (que no se sabe a qué tipo de ingeniería se refiere (anexo 13 por ejemplo)), relaciona temas tales como campos eléctricos cuyo objetivo busca capacitar en la definición de conceptos de carga eléctrica, potencial eléctrico, campo electrostático, radiación térmica, distribución de energía en el espectro, entre otros, conceptos que en nada se relacionan con la definición de las características del concreto premezclado y mezclado en obra o sus componentes.

En cuanto a la prueba procedente de la facultad de ingeniería de la Universidad de los Andes, el estudio de los "materiales" (anexo 29) corresponde a una materia

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

electiva, que como su nombre lo indica puede ser o no atendida por los estudiantes de Ingeniería Industrial.

Ninguno de los demás anexos allegados en el recurso proveen información respecto a qué tipo de ingeniería se hace alusión, de tal suerte que no pueda concluirse que la información allí contenida haga referencia a la capacitación e idoneidad particular de los ingenieros industriales o incluso de los economistas, tipo de profesional que también se incluye como necesario perito.

b) Es cierto que los peritos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 del C.P.C., pueden valerse de auxiliares o solicitar el concurso de otros técnicos, pero tal posibilidad no los excluye de examinar el objeto del dictamen y hacer las correspondientes investigaciones **de manera personal**. De allí que el análisis respecto de la procedencia o no de la prueba que corresponde efectuar a la autoridad, solo puede partir de la evaluación de la idoneidad del perito mismo que se solicita y no de la posibilidad que tendría el designado de valerse **por su cuenta**, como lo indica la norma, de un apoyo sobre el cual, en todo caso, el juez de la causa no puede ejercer ninguna injerencia al momento de evaluar la solicitud de la prueba, toda vez que no puede anticipar respecto de los referidos auxiliares elementos de capacidad y conocimiento que favorezcan el decreto serio de la prueba.

Si la autoridad de conocimiento partiera de esta posibilidad para decretar este tipo de pruebas en cualquier trámite, pondría en detrimento la seriedad de la prueba.

c) Si bien existen diversas especializaciones que toman los ingenieros industriales y que pueden darles más conocimientos sobre cualquier tema, lo cierto es que en la solicitud no se precisó por parte del interesado en la prueba la especialidad técnica o científica que el ingeniero industrial o el economista debería tener a la luz del primer inciso del artículo 233 del C.P.C., inferencia que no correspondía ser realizada por la autoridad de competencia, pues es carga de quien tiene interés en la prueba precisar las características que debe reunir el perito del cual se quiere valer para efectos de que suministre ese conocimiento técnico o científico en torno a unos hechos, circunstancias o condiciones inherentes a lo que pretende dilucidarse.

El hecho de que el perito tenga que expresar bajo juramento que tiene los conocimientos necesarios para rendir el dictamen de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 236 del C.P.C., no es un argumento que permita justificar la declaratoria de la prueba tal como lo argumenta el recurrente, pues esta es una manifestación necesaria para que el perito que ya ha sido nombrado pueda posesionarse, previo el análisis pertinente de procedencia de la prueba como tal, análisis que se reitera, la autoridad de conocimiento tiene que realizar antes de nombrar y posesionar al perito.

d) Finalmente, debe tenerse en cuenta, revisado el texto de solicitud de pruebas, que la elaboración del dictamen debería ser resuelto por dos profesionales: **un ingeniero industrial y un economista**.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, "todo dictamen se practicará por un solo perito", en tal sentido la petición es improcedente y no es práctica (por las circunstancias explicadas en el literal anterior) ni legalmente posible para el Despacho precisar el interés del recurrente y así definir la idoneidad de uno de los dos profesionales para efectos de decretar un perito único que rinda el dictamen pericial, razón suficiente para no despachar la petición de la prueba favorablemente.

2. Libertad probatoria y derecho de contradicción

No obstante las razones anteriores que obligan el rechazo de la prueba, dados los argumentos del recurrente, conviene señalar que la decisión de no decretar el dictamen pericial no corresponde a una posición predefinida e incontrovertible en los trámites de integración. De corresponder a estas motivaciones, la Superintendencia estaría desconociendo la libertad probatoria que existe en nuestro ordenamiento procesal civil, del cual en materia probatoria se nutren todos los trámites y actuaciones por vacío o por remisión legal.

De allí que la posibilidad de aportar elementos de juicio tales como peritajes o testimonios técnicos es válida en cualquier tipo de procedimiento, siempre y cuando el objeto de la prueba sea conducente y pertinente y no corresponda a la verificación ni tampoco a la valoración de situaciones que por disposición expresa de la ley están asignadas a una autoridad pues, en este caso, se estaría sustituyendo la competencia que tiene la autoridad de la causa.

Todas aquellas situaciones constitutivas de hechos que interesan al trámite y que requieran especiales conocimientos científicos o técnicos podrán eventualmente ser esclarecidas mediante un dictamen pericial, prueba destinada a servir como ayuda al cabal convencimiento especializado de la autoridad y al ejercicio legal de contradicción lo cual preserva la regla relativa a que las decisiones de fondo deben ser soportadas en pruebas y éstas son por excelencia medios externos a quien toma la decisión, tal como lo indica el profesor Hernán Fabio López Blanco quien en dicho sentido, es citado por el recurrente.

Obsérvese que el perito es un auxiliar de la justicia pero no es el juez mismo; "*es auxiliar porque se le llama para dictaminar razonadamente en cuestiones especiales que el juez no está obligado a conocer tan a fondo como el perito, pero no es el juez mismo; (...) si bien es cierto que el perito técnicamente sabe más que el juez sobre un punto dado, la valuación del hecho técnicamente apreciado es también necesaria, siempre y sólo corresponde -indelegablemente- al juez" (subrayas y negrilla fuera del texto).*

Con esto se quiere significar que frente a cada caso particular la autoridad está llamada a analizar detalladamente el objeto de la prueba y con base en ello determinar si procede su decreto. En el caso que nos ocupa, obsérvese que la

¹ ROCHA ALVIRA, Antonio. Prueba pericial e inspección ocular, Bogotá, publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, 1967.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

prueba hubiera podido proceder, por ejemplo, en cuanto a la determinación de las características del concreto, por corresponder estas situaciones a circunstancias de hecho sobre las cuales la Superintendencia no tiene especial conocimiento. Sin embargo, tal como lo informa el numeral 3.1. del acto de pruebas, ésta no procedió por no haberse precisado la idoneidad del perito requerido y no parecer congruente, a partir de un juicio razonado, que un ingeniero industrial y un economista pudieran dictaminar sobre las características del concreto, situación que sigue sin aclararse en el trámite del presente recurso y a la cual se suma el hecho de que la prueba de acuerdo con las normas propias de la peritación no cumple con los requisitos legales para su decreto.

3. Otras consideraciones

Manifiesta el recurrente que no es justo que la Superintendencia con los argumentos que le sirvieron de base para el acto de pruebas, no haya procedido entonces a nombrar los profesionales que consideraba idóneos. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la decisión de decretar otro tipo de pruebas corresponde a una potestad propia de la administración, la cual en todo caso y a buen juicio de la misma, se vio concretada en las declaraciones y solicitudes de información que de manera oficiosa se requirieron en el auto de pruebas, con el fin de que se contara en el trámite con todos los elementos de juicio que permitan adoptar la mejor decisión y la más técnica.

Por otra parte, no es cierto como lo indica el recurrente que los particulares no tengan derecho alguno a solicitar pruebas con el fin de incorporar al expediente elementos de juicio, pues en el presente trámite dada su naturaleza y con miras a adoptar la decisión más técnica, ha sucedido todo lo contrario y, en efecto, tal como lo muestra el acto de pruebas que se impugna, el Despacho halló justa razón para decretar el 99% de las pruebas que solicitó el interesado.

En cuanto a la controversia en relación con el carácter reservado del trámite de las integraciones, esta reserva se tutela por obedecer a un mandato legal, pero dicha reserva se opone solo a las personas que no son las interesadas en la integración, mas no a los solicitantes, por razones lógicas que buscan preservar, entre otras, las estrategias competitivas de los empresarios.

Ahora bien, que los estudios técnicos que la SIC elabora dentro de los procesos de integraciones empresariales se conozcan en el texto del acto administrativo que decide objetar o no objetar la integración, esta circunstancia corresponde a la estructura del proceso administrativo donde dadas las manifestaciones y pruebas aportadas al trámite, la Superintendencia materializa la valoración del caso a partir de herramientas jurídico económicas que no en otro momento de la actuación pueden ser develadas, toda vez que confluyen en la conclusión misma del caso.

Finalmente, el hecho de que en opinión del recurrente sea inconstitucional que solo la SIC pueda hacer estudios respecto de la elasticidad cruzada y la

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

determinación de los productos, esta no es una afirmación válida pues, como quedó reseñado en líneas anteriores, la libertad probatoria se tutela de manera general y el decreto de una prueba concreta se materializa una vez se efectúa el análisis de procedibilidad que en cada caso particular debe proceder.

QUINTO: Que el Despacho procede igualmente mediante el presente acto a fijar el periodo probatorio y a fijar nuevas fechas para la práctica de las pruebas decretadas en el acto de pruebas recurrido, en razón a la solicitud de aplazamiento que hiciera el apoderado de las interesadas mediante solicitud radicada bajo el número 05082512 -00000061 de fecha 10 de marzo de los corrientes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar el numeral 3 contenido en el acto administrativo expedido el 24 de febrero de 2006 .

ARTICULO SEGUNDO: Señalar como nuevas fechas para la práctica de las pruebas decretadas mediante acto administrativo de fecha 24 de febrero de 2006 las siguientes:

2.1. Fijese el día 4 de mayo de 2006, a las 9:00 a.m para llevar a cabo el testimonio del señor Carlos Alberto Ossa, en su calidad de Director del Instituto Colombiano de Cemento ICPC, en los términos previstos en el numeral 1.2.1. del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006.

2.2. Fijese el día 8 de mayo de 2006, a las 9:00 a.m para llevar a cabo el testimonio del señor Gary de la Rosa en su calidad de Gerente General de Metro concreto S.A, en los términos previstos en el numeral 1.2.2. del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006.

2.3. Fijese el día 5 de mayo de 2006, a las 9:00 a.m para llevar a cabo la declaración del señor Andrés Jaramillo Soto, en su calidad de Gerente y, por lo tanto, como Representante Legal de Concretos de Occidente S.A, en los términos previstos en el numeral 2.1.1 del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006.

2.4. Fijese el día 10 de mayo de 2006, a las 9:00 a.m para llevar a cabo el testimonio del señor José Miguel Paz, en su calidad de Representante Legal de Asocreto, en los términos previstos en el numeral 2.2.2 del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006.

2.5. Fijese el día 11 de mayo de 2006, a las 9:00 a.m para llevar a cabo el testimonio del ingeniero Ricardo Montoya, en su calidad de Gerente de Proyecto de Portales Urbanos S.A. (Portal de Armenia S.A.), en los términos previstos en el numeral 2.2.3. del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

2.6. Fijese el día 15 de mayo de 2006, a las 9:00 a.m para llevar a cabo el testimonio del arquitecto Juan Pablo Angulo, en su calidad de Gerente del Departamento de Arquitectura Saludcoop. en los términos previstos en el numeral 2.2.4. del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006.

2.7. Fijese el día 27 de abril de 2006, para que el Instituto Colombiano de Productores de Cemento allegue a esta Superintendencia la información requerida, en los términos previstos en el numeral 2.3.1 del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006

2.8. Fijese el día 24 de abril de 2006, para que la sociedad Habitec Ltda, la Constructora Centenario y el Consorcio Vías y Puentes de Colombia, la Constructora Activa S.A., la sociedad Gerenciar Ltda., la Constructora Landa Ltda. y Asocreto alleguen a esta Superintendencia la información requerida, en los términos previstos en los numerales 2.3.2., 2.3.3, 2.3.5, 2.3.6, 2.3.7, 2.3.8 y 2.3.9., del acto de pruebas de fecha 24 de febrero de 2006².

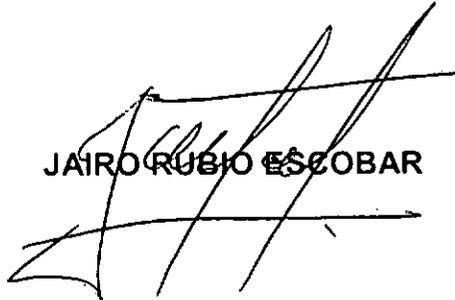
ARTÍCULO TERCERO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del C.C.A. y para los anteriores efectos, téngase como período probatorio el comprendido entre el 24 de abril de 2006 y el 15 de mayo de 2006.

ARTICULO CUARTO: Notificar personalmente el contenido del presente acto administrativo al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO apoderado de Concretos de Occidente S.A y Holcim Colombia S.A. entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los **31 MAR. 2006**

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Apoderado
Concretos de Occidente y Holcim
Calle 72 No 6-30 piso 12
Bogotá.

/CMMN/ultimorecursopruebas.doc

² La Constructora Camú, ya allegó la referida información mediante comunicación del 6 de febrero de 2006.