



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

CONSEJERO PONENTE: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: SUPERINTENDECIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho – Fallo de Segunda Instancia

La Sala resuelve el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandada, Superintendencia de Industria y Comercio –en adelante SIC-, contra la sentencia del 19 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, que resolvió.

***“PRIMERO.- DECLÁRASE,** la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 0514694 de 2008 por medio de la cual se impone una sanción y la No. 0091 de 2010 por la que se resuelve un recurso de reposición, en cuanto lo concerniente a la multa impuesta a la sociedad HOLCIM S.A., identificada con Nit. 860.009.808-5 y su representante lega el Dr. Bernard Gerard Terver.*

***SEGUNDO.-** A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO,** se ordena que la sociedad HOLCIM., y el señor Bernard Gerard Terver, en su calidad de Representante legal, no se encuentran obligados a pagar sanción alguna impuesta en los actos administrativos anulados, en caso de haberse realizado el pago, este deberá ser devuelto debidamente indexado, conforme la fórmula que para el efecto ha previsto el Consejo de Estado.*

***TERCERO.- DENIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda.*

***CUARTO.- ABNSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia.*

***QUINTO.- DEVUÉLVASE** al actor el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.*

***SEXTO.- ARCHÍVESE** esta providencia una vez ejecutoriada previas las constancias secretariales de rigor.”*

I. ANTECEDENTES



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

1. Demanda

Holcim Colombia S.A. –Holcim en lo sucesivo-, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo –en adelante C.C.A.– presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones proferidas por la SIC, que la declararon culpable de incurrir en acuerdos para la fijación de precios y la repartición de cuotas de mercado o suministro y le impusieron sanción pecuniaria tanto a la sociedad, como a su representante legal por incurrir en esas conductas.

1.1. Al respecto, formuló las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES PRINCIPALES:

PRIMERA.- *Que se declare la nulidad de las Resoluciones 51694 del 4 de diciembre de 2008 y 0091 del 8 de enero de 2010, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, expedidas por la Superintendencia de Industria y comercio.*

SEGUNDA.- *Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que **HOLCIM (COLOMBIA) S.A.** (en adelante **HOLCIM**) y el señor Bernard Gerard Terver no incurrieron en la violación de las normas sobre libre competencia y se ordene la restitución a mis poderdantes, de lo que hubieren pagado al momento de la sentencia, por concepto de las sanciones monetarias impuestas en las resoluciones demandadas.*

*Así mismo, y en el evento de que, con fundamento en los actos administrativos demandados, **HOLCIM** sea demandada y condenada a pagar sumas de dinero en otros procesos judiciales tales como acciones populares, acciones de grupo o procesos ordinarios, se le ordene a la entidad demandada, que a título de restablecimiento del derecho, proceda a pagar las sumas que mis poderdantes hayan cancelado o deban cancelar.*

TERCERA.- *Que a título de perjuicios se condene a la entidad demandada a pagar intereses a la tasa máxima permitida por la ley y/o a la actualización monetaria sobre las sumas a que hace referencia la pretensión anterior. Los intereses y/o la actualización monetaria deberán liquidarse desde la fecha en que se hayan cancelado las correspondientes sumas y hasta la fecha en que efectivamente le sean restituidos a mis poderdantes los valores cancelados.*

Cuarta.- *Que en el evento de que como consecuencia de los actos administrativos demandados el buen nombre de **HOLCIM** se deteriore, se condene a la SIC, a título de indemnización de perjuicios, a pagarle a **HOLCIM**, el valor de los efectos negativos que sobre el patrimonio de dicha sociedad ocasione tal deterioro. Dichos perjuicios se determinarán a través de un dictamen pericial.*

Los perjuicios que se determinen en el proceso deberán actualizarse y generar intereses a la tasa máxima permitida por la ley, desde la fecha en que se causen y hasta la fecha en que la entidad demandada efectivamente los pague.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Quinta.- Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Que se tenga como pretensiones subsidiarias de las pretensiones primera, segunda y tercera principales, las siguientes:

Primera.- Que las Resoluciones 51694 del 4 de diciembre de 2008 y 0091 del 8 de enero de 2010 expedidas por la SIC son nulas parcialmente en relación con la cuantía de las multas impuestas a mis poderdantes.

Segunda.- Que como consecuencia de la anterior pretensión se declare que la cuantía de la multa impuesta a mis poderdantes debe ser la mínima posible de acuerdo con la ley; o aquella suma inferior que el Tribunal considere procedente de acuerdo con los principios que regulan la dosimetría de las sanciones administrativas.

Tercera.- Que como consecuencia de las pretensiones anteriores y a título de restablecimiento del derecho se ordene la restitución de la diferencia entre las multas impuestas por la SIC y aquellas que se hayan declarado en la pretensión segunda anterior, debidamente actualizadas.

Cuarta.- Que a título de indemnización de perjuicios se condene a la entidad demandada a pagar intereses a la tasa máxima permitida por la ley, liquidados desde la fecha en que se haya realizado el pago de las multas impuestas y hasta la fecha en que la entidad demandada restituya la diferencia entre lo pagado y las sumas que el Tribunal haya declarado en la pretensión segunda anterior.”

1.2. En apoyo de sus pretensiones, el demandante señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que durante el periodo comprendido entre junio y diciembre del año 2005, el cemento gris portland tipo 1 tuvo uno de los precios más bajos de los últimos años.

Adujo que, para la SIC, el comportamiento de los precios a los que determinadas empresas vendieron el producto fue paralelo y constituyó indicio de un supuesto acuerdo entre las compañías para fijar directa o indirectamente el precio del mismo. Que, como consecuencia de lo anterior, la SIC decidió investigar a las mencionadas empresas por un supuesto acuerdo para repartir el mercado del cemento nacional y para la fijación de cuotas de producción y suministro, restringiendo de forma indebida la oferta de cemento dentro del mercado.

Narró que, mediante la Resolución No. 2496 del 7 de febrero de 2006, la SIC dispuso abrir una investigación para determinar si las empresas Cemex Colombia S.A., Holcim Colombia S.A., Argos y Andino, habían



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

violado lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y los numerales 1, 3 y 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y para determinar si, a su turno, los representantes legales de dichas empresas incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993.

Dijo que, posteriormente, la SIC expidió la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008, en la que declaró que la actora y su representante legal infringieron el régimen legal de libre competencia e impuso sanciones pecuniarias a los mismos, al igual que a Cemex y Argos, y exoneró a Andino de toda responsabilidad.

Que, inconforme con la sanción, la parte actora presentó recurso de reposición, resuelto el 8 de enero de 2010, mediante la Resolución No. 0091, que, confirmó en todas sus partes la decisión recurrida.

1.3. La parte actora dijo que los actos demandados violaron lo dispuesto en los artículos 6, 13, 29, 38, 83, 121, 122 y 209 de la CP; artículos 35, 36, 38, 50 y 59 del C.C.A., artículos 248 y 269 del CPC, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998, la Ley 1340 de 2009 en su totalidad y los artículos 4, 24, 45 y 47 del Decreto 2153 de 1992.

Como sustento de las pretensiones de nulidad, la parte demandante explicó el alcance del concepto de la violación en seis cargos por vulneración del debido proceso y de las normas superiores, por falta de competencia, falsa motivación y desviación de poder que a continuación se resumen:

1.3.1. Los actos administrativos fueron expedidos sin competencia temporal y con infracción de las normas en que han debido fundarse

Manifestó que el acaecimiento del fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria es un caso de aquellos en los que se presenta la falta de competencia.

Expuso que el Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, consagra un término de tres años para que la Administración pueda imponer sanciones, en ese sentido el Consejo de Estado en sentencia



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

del 5 de febrero de 2009, afirmó que las entidades administrativas tenían plazo máximo de 3 años para expedir, notificar, resolver los recursos.

Para el caso en estudio, el último acto que se debe tomar, es el hecho final que la SIC, consideró en el auto de apertura de investigación, es decir, el que finiquita el movimiento de precios realizado por Argos, esto es, el de 26 de diciembre de 2005 y como quiera que a la fecha de interposición del recurso no se había agotado la vía gubernativa relativa a la investigación de acuerdo con la normatividad mencionada, la SIC había perdido competencia para sancionar a Holcim.

Expresó que ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, pues la Resolución No. 51694 de 2008 fue notificada a Holcim, el día 30 de diciembre de 2008, es decir, más de tres años después de las conductas que se le imputan.

Describió que la SIC, en la Resolución No.0091 de 2010, citó la jurisprudencia que hace alusión a la prescripción de la facultad sancionatoria en materia disciplinaria, que no es tema de discusión en este proceso.

Explicó que se encuentra probada la caducidad y que, en consecuencia, se debe revocar la sanción por falta de competencia temporal.

1.3.2. Violación del debido proceso y del derecho de audiencia y de defensa e infracción de las normas en que han debido fundarse los actos administrativos

Sostuvo que como lo ha expresado la doctrina, violación al debido proceso es causal de nulidad de orden constitucional que va incluso más allá del derecho de defensa y audiencia, para efectos citó el artículo 29 superior.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Manifestó que en la investigación no se permitió a los apoderados tener copia de la totalidad del expediente para contestar y solicitar pruebas, toda vez que permitió verlos después del informe motivado. Afirmó que el hecho de que la Administración no pusiera en conocimiento de los investigados las pruebas en que fundamenta la decisión o lo haga después de que estos puedan pedir las, es una clara vulneración al debido proceso.

Estimó que como consecuencia del manejo reservado de la información, la SIC descalificó los estudios de Fedesarrollo e impidió obtener los datos que se encontraban en su poder y después desestimó los argumentos técnicos.

Agregó que la SIC no explicó cuál era el hecho por el que se estaba infringiendo el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, ni los acuerdos realizados para repartirse el mercado, ni tampoco las conductas en las que incurrieron los representantes legales de acuerdo al artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto, manifestó que la Resolución No. 51694 de 2008 no podía señalar en forma genérica que se ha violado una norma, sin explicar el porqué de la trasgresión.

Manifestó que el artículo 1º de la Ley 155 de 1959, contiene la prohibición general en materia de libre competencia y que la infracción de dicha disposición supone que los investigados realicen un acuerdo o práctica diferente a una de aquellas descritas por los Artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

Adicionalmente reseñó, que para la fecha en que se profirió la Resolución No. 0091 de 2010, se había expedido la Ley 1340 de 2009, la cual derogó el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el en artículo 25, estableció las causales que dan lugar a las sanciones que pueden imponer la SIC, del que concluyó que no abarcan toda clase de prácticas y procedimientos, sino solamente acuerdos, actos y abusos de posición de dominio.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Advirtió, que no se indicaron los hechos que permitieron suponer la repartición del mercado y la asignación de cuotas de producción, razón por la que no pudieron ejercer el derecho de defensa.

Expresó que en la Resolución No. 2496 de 2006, se refiere a la posible existencia de conductas anticompetitivas, sin embargo, no contiene ningún aparte, donde reseñe los hechos en que habrían consistido los supuestos acuerdos de partición del mercado y de asignación de cuotas de producción.

Seguidamente, destacó que no se indicó, cuáles eran las conductas a partir de las cuales se señalaban que el señor Bernard Gerard Terver-Representante Legal, había infringido el numeral 16 del Artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

1.3.3. Los actos demandados se expidieron con violación de los artículos 12 y 209 de la CP, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el debido proceso.

Describió que el Superintendente, consideró el comportamiento de Holcim como indicativo de un paralelismo consciente, y no el de Andino, que fue el mismo.

1.3.4. Los actos demandados fueron expedidos con infracción del artículo 29 de la CP, por violación del principio *non bis in ídem*.

Adujo que la SIC con la imposición de la sanción cuestionada, le vulneró el principio del *non bis in ídem*, pues las conductas sancionadas habían sido garantizadas, con el fin de brindarle la confianza razonable respecto del cumplimiento de las normas que regulan la competencia.

Que, en consecuencia, resultaba contradictorio aceptar las garantías y luego abrir una nueva investigación por el periodo que va de junio a diciembre de 2005, cuando la misma entidad, el día 23 del mismo mes



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

de diciembre había expuesto que las pólizas brindaban un grado razonable de confianza.

Comentó que, mediante la Resolución No. 15460 de junio de 2004, se abrió investigación formal contra Cementos Paz del Rio y Holcim y que, posteriormente, por medio de la Resolución No. 358 de 19 de enero de 2005, la SIC nuevamente, abrió investigación contra cementos Paz del Rio, Argos S.A, Cementos Caribe, Rioclaro S.A, Colcliker S.A, Cementos Caldas, Toluviejo, Cemex S.A, y Holcim, con el fin de determinar la existencia de conductas violatorias y la presunta realización de un acuerdo de precios.

Por lo anterior argumentó que resultó demandada dos veces por los mismos hechos.

1.3.5. Respecto al supuesto acuerdo de precios, los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación e infracción de las normas en que debieron fundarse.

Adujo que la SIC basó la sanción impuesta en un supuesto acuerdo entre las investigadas, porque había una conducta conscientemente paralela en concordancia con la definición contenida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Sobre el particular, dijo que en el proceso administrativo se comprobó que los hechos investigados no corresponden al concepto de paralelismo que contiene la norma, con lo que se hace evidente la falsa motivación de las decisiones demandadas.

Afirmó que la SIC encontró plenamente probados los siguientes hechos: paralelismo entre los costos de las tres compañías investigadas y la supuesta existencia de elementos circunstanciales. Al respecto aseguró, que los montos de promedio a mayoristas y de lista de Holcim fueron distintos a los de Cemex y Argos.

A través de una tabla de rangos porcentuales del ciclo de junio a diciembre de 2005, dedujo que las diferencias porcentuales, entre los valores de venta de Holcim, respecto de las demás compañías, son



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

significativas a lo largo del tiempo, razón por lo que consideró absurdo afirmar que tuvieron un mismo comportamiento.

Agregó que la SIC no realizó ningún tipo de análisis econométrico para poder concluir que los precios fuesen paralelos, ni se fundamentó en ninguna prueba técnica que le permitiera llegar a ese análisis. Seguidamente, sostuvo que las pruebas no demuestran un comportamiento consciente de las empresas sancionadas.

Sobre a las reuniones del ICPC y la información que maneja dicha entidad, expresó que el Boletín estadístico no es otra cosa que una serie histórica de los despachos nacionales de cemento, del espacio de tiempo comprendido entre 1988 y 2005, información que tiene más de 10 años de antigüedad y que no afecta la competencia. En este orden, coligió que las cementeras no llegaron a ningún convenio sobre la aplicación de normas técnicas. Que simplemente discutieron sobre la posibilidad de plantearle al Gobierno la aplicación dichos estatutos.

En cuanto a los correos electrónicos en los que Holcim remite a Cemex, los resultados de la gestión de 2004 y un informe de desarrollo sostenible, reveló que se trata de un documento que no contiene ningún tipo de información confidencial, ni estrategia de negocios, que puede ser conocida por los competidores de Holcim, así como cualquier persona, sin desmedro alguno del ambiente competitivo en el mercado del cemento.

Acerca del hecho de que Holcim y Argos sean socias en el exterior, afirmó que los temas tratados son únicamente referentes a Panamá y de acuerdo con el Acta de INCEM de 28 de junio de 2005, destacó que en ella se explicó la estructura corporativa de Argos y realizó una explicación introductoria, que no tiene ningún tipo de información confidencial, ni se refiere a los precios del cemento en Colombia, además este documento no tiene firma, lo que le resta todo valor probatorio.

Sostuvo que los correos electrónicos que se encontraron en Argos, hacían referencia a los precios con los cuales esta sociedad le vende



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

el cemento a Cemex y a Holcim y que no hacen relación a los valores sobre cuales venden su propio cemento, por lo que concluyó que la interpretación de la SIC desconoció que las normas sobre la práctica restrictiva de la competencia prohíben la negativa unilateral a contratar.

Ahora en cuanto al documento denominado “*Definición de la estrategia comercial 2006 – 2009*”, señaló que este refleja una estrategia empresarial de Holcim, que demuestra que la empresa actúa de manera independiente en la toma de decisiones.

Del escrito denominado “*Estrategia Argos 2005*”, expresó que este sugiere que la mencionada empresa decidió no continuar en un equilibrio oligopolístico inestable y pasar a un esquema de competencia, mediante la generación de valores de marca y de explotación de la posición estratégica de sus plantas.

Reseñó que la comunicación denominada “*Presentación Panamá*”, de acuerdo al testimonio practicado al doctor Neira, fue elaborado de manera exclusiva por él, y que no lo dio a conocer, ni hace alusión a ningún acuerdo hipotético.

Concluyó, que las afirmaciones y conclusiones que la SIC, establece los actos demandados respecto a los documentos mencionados, resultan violatorias del debido proceso, de la presencia de la buena fe y del derecho de asociación, igualmente infringen los Artículos 248 y 269 del Código de Procedimiento Civil, puesto que le dan valor probatorio a documentos sin firma y consideran probados hechos mediante prueba indiciaria.

En síntesis expresó que la falsa motivación alegada se concretó en que el concepto de paralelismo adoptado por la SIC es distinto al que venía aplicando, además que los hechos de los cuales se deduce la infracción del numeral 1 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no son ciertos o no se encontraban debidamente probados.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

1.3.6. Respecto al supuesto acuerdo de repartición de mercados, los actos administrativos fueron expedidos con falsa motivación e infringiendo las normas en que han debido fundarse.

Sostuvo que no es cierto que, en el periodo investigado, el mercado relevante fuese de carácter nacional porque las sociedades despacharan cemento a la mayor parte de regiones del país y porque Argos despachó mercancía a unas regiones, desde plantas ubicadas en sitios más lejanos. Al respecto, dijo que la SIC no verificó que las cantidades despachadas a zonas lejanas no eran significativas y que además se demostró, que el mercado del cemento es regional.

Resaltó que no es lógico realizar un acuerdo de repartición del comercio, sin obtener la posibilidad de fijar precios monopolísticos, toda vez, que si bien es cierto que Holcim aumentó su participación en Boyacá, los precios a los cuales esta empresa vendió su producto, no fueron altos.

1.3.7. Desviación de poder

Expuso que se configuró en el presente caso porque la Superintendencia buscó la manera de sancionar a Holcim y a su Representante Legal “*como diera lugar*”.

1.3.8. Violación al principio de proporcionalidad e infracción del artículo 36 de C.C.A.

Como último cargo argumentó que, en los actos administrativos demandados, la SIC no realizó un análisis sobre las razones para obtener una sanción.

Explicó que si bien la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 no señalan criterios específicos para determinar la cuantía de la multa, la SIC no tuvo en cuenta en la dosimetría de las sanciones, los argumentos expuestos por la sociedad.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

2. Admisión de la demanda

Mediante auto del 4 de noviembre de 2010 (folios 98 a 107), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A¹, admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor y solicitó a la parte demandada aportar los antecedentes administrativos que originaron a los actos demandados y, adicionalmente, negó la suspensión provisional solicitada con la demanda.

3. Contestación

La **SIC** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, en consideración a los siguientes argumentos:

Expresó que la competencia como autoridad encargada de velar por el cumplimiento del régimen está fundada en los artículos 333 Superior, 2 del Decreto 2153 de 1992, 1 y 3 del Decreto 1687 de 2010 en concordancia con los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2010.

Acerca de la facultad para aceptar garantías y ordenar la clausura de una investigación, adujo que esta encuentra sustento en los artículos 4 y 52 del Decreto 2153 de 1992 y expresó que la facultad del Superintendente de aceptar dichas garantías implica decidir sobre la suficiencia, exige una apreciación discrecional por parte del funcionario y surge para el ente de control la obligación de verificar y efectuar el seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos.

De la legalidad de los actos acusados, manifestó que se ajustaron al ordenamiento jurídico y en lo que respecta al régimen de competencia y prácticas comerciales restrictivas, citó los Artículos 333, 334 de la Constitución, de los que concluyó que el Estado tiene el deber de garantizar, a quienes desarrollen económicas el libre acceso a este, e impedir que se obstruya este derecho.

¹ Posteriormente, el expediente fue enviado a la Sección Primera, Subsección C del mismo Tribunal, para que dictara la sentencia correspondiente.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Citó el Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, sobre el procedimiento a seguir en las investigaciones de prácticas comerciales y concluyó que en la actuación administrativa se respetó el derecho de defensa y del debido proceso de los demandantes y se actuó acorde con los principios de imparcialidad, buena fe y confianza legítima.

De la violación a los Artículos 62, 64 y 65 del CCA expresó que el incumplimiento total o parcial de las garantías aceptadas en los actos administrativos definitivos da lugar a que el ente de control, con el objeto de proteger las prácticas comerciales, pueda exigir el cumplimiento de los compromisos adquiridos.

Sobre la vulneración del principio “*non bis in ídem*”, consideró que los hechos por los cuales se abrió investigación por medio de Resolución No. 2496 de 2006, se refieren a las tendencias similares de los niveles de precio de venta durante el periodo de junio a noviembre de 2005 y una posterior alza, en porcentajes semejantes para diciembre del mismo año. Que, por el contrario, la investigación iniciada por medio de la Resolución No. 358 de 2005 se relacionó con supuestos acuerdos discriminatorios prohibidos por los numerales 2 y 10 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Expresó que es cierto que algunas normas invocadas en las dos investigaciones son coincidentes, pero que, sin embargo, los hechos en que se fundan y los periodos de estas conductas son diferentes, pues la investigación que culminó con la Resolución No. 051694 de 2008 comprende un periodo de junio a diciembre de 2005, mientras que la iniciada con la Resolución No. 358 tuvo como referencia los años 2003 y 2004.

En cuanto a la infracción del debido proceso por indebida valoración probatoria, aclaró que la decisión contenida en la Resolución No. 51964 de 2008 se fundamentó en el acervo probatorio que obraba en el expediente de la investigación y agregó que las pruebas fueron analizadas de manera razonada y en conjunto.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Señaló que los indicios constituyen elementos probatorios reconocidos por el ordenamiento jurídico y que, a partir de ellos, se puede establecer la existencia de una infracción a las normas de competencia.

Acerca de la trasgresión al principio de la buena fe, manifestó que la resolución que aceptó las garantías ofrecidas se generó a partir de otra investigación y no con base en la Resolución No. 51694 de 2008, que en todo caso no podría ser entendido como un impedimento para que la Superintendencia pudiera investigar y sancionar las eventuales conductas restrictivas diferentes a las que fueron objeto de investigación.

En relación a la vulneración del debido proceso y derecho de defensa, precisó que la resolución que ordenó la apertura de la investigación realizó una apreciación preliminar sobre la existencia de las conductas que podrían constituir infracciones. Que, el Delegado otorgó un plazo de 15 días para presentar observaciones al informe motivado, que comenzó a contar desde el día 19 de julio de 2007 y que, en estas condiciones, no es acertado atribuir a la Superintendencia inconvenientes para presentar las respectivas reflexiones.

Sobre el quebranto de los principios de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica, manifestó que no pueden considerarse vulnerados por el hecho de que la Superintendencia ordene abrir una averiguación preliminar, para evaluar el comportamiento del mercado del cemento, y agregó que la aceptación de garantías no es un mecanismo que genere expectativas a los investigados.

Frente al cargo de falsa motivación, discriminó cada uno de los puntos de la siguiente manera:

En cuanto al mercado relevante geográfico, afirmó que durante el año 2005 se observó alta frecuencia de colocación de cemento gris en regiones distantes a la zona en que se encuentran ubicadas cada una de las plantas de cemento. Que se advirtió que las empresas vendieron volúmenes importantes de producción en diferentes zonas,



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

lo que obligó a tomar necesariamente un marco de referencia nacional a la hora de tipificar la práctica restrictiva de competencia reprochada. Aquí esta desvirtuados los argumentos del demandante en los que justifica la adopción del mercado regional.

Agregó que Holcim, es una empresa que pudo, de manera permanente, abastecer el mercado nacional, incluido, el de regiones alejadas de la supuesta área de influencia debido a una mejor estructura de costos totales de producción en relaciones con sus competidores.

Señaló que está acreditada la dificultad que representa para las nuevas empresas acceder a una red de distribución, toda vez, que en Colombia las sociedades cementeras comercializan la mayoría de producción, situación que fue reconocida en el estudio de Fedesarrollo.

De otra parte, sobre la modalidad práctica consciente paralela para la fijación de precios, precisó que toda la información fue tomada de las pruebas que obran en el expediente, de las que se constató que, en el mercado nacional, las empresas investigadas fijaban unos precios base, a partir de los cuales se construían los precios de los diferentes eslabones de la cadena de producción y comercialización, lo que permitió identificar el paralelismo de precios.

Manifestó que contar con precios disímiles, no niega la presencia del paralelismo, pues este no se limita a la identidad en los niveles de las variables, sino la identidad del comportamiento reflejadas en términos de crecimiento de tendencias, lo que configura la conducta reprochada.

Precisó que en ningún momento se ha planteado la hipótesis de que el objeto del acuerdo fuese de la determinación de un precio monopolístico. Que tampoco ha imputado algún cargo relacionado con la repartición geográfica del mercado, por el contrario, manifestó que no le encuentra explicación al hecho de que crecimientos anuales superiores al 40% generen leves cambios en las participaciones del mercado de las empresas cementeras.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Posteriormente, expuso que la situación de contienda entre las empresas, que supone la libre competencia, excluye la realización de ciertas conductas, por lo que no es lógico que en una supuesta guerra de precios, se encuentre evidencia de que las empresas que tienen más del 95% de la participación del mercado, intercambien información reservada, definan estrategias de negocios de manera conjunta, sean socios en el extranjero, como el caso de Argos y Holcim y sus Representantes Legales se reúnan con cierta periodicidad

Del intercambio de información entre Argos, Cemex y Holcim, a través del ICPC, aclaró que en ningún momento se sancionó el ICPC, pero que el hecho de que, a través de dicho instituto, las investigadas intercambiaron información, no implicaba la violación del debido proceso del mismo. Que, además, la valoración del cruce de información se realizó en conjunto con la totalidad de las evidencias.

Con relación al derecho de asociación, señaló que no se ha desconocido, puesto que si bien, pueden enviar a sus gremios la información que consideren pertinente, ésta no debe convertirse, en un vehículo para transmitir los datos propios de la actividad comercial de cada una, ya que se deben observar las normas sobre la libre competencia.

Sobre la calidad de socios de Holcim y Argos, en varias empresas del exterior, resaltó que no se tratan de negocios accidentales, sino que datan de principio de década, como lo admitieron sus representantes y no resulta coherente que estas situaciones se presenten cuando existe una guerra de precios. Manifestó que es consciente del ámbito territorial para ejercer su competencia, pero que no se pueden dejar de valorar la evidencia sobre los negocios y relaciones existentes entre estas en el extranjero.

Respecto al documento denominado “*Presentación Panamá*”, afirmó que resultó una prueba válida y allegada legalmente al proceso, y dijo que este no trata la esfera personal del señor Neira, sino que fue elaborado para presentarlo a ejecutivos de la empresa y en él se describen las participaciones de las empresas investigadas en el



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

mercado de Colombia y un panorama de estrategias desplegadas por las mismas, que coinciden con las conductas investigadas como infracción.

Por último, dijo que frente al documento “*Definición de estrategia comercial 2006- 2009*” de Holcim y Argos, encontró una reiteración en cuanto a las prácticas, encaminadas a mantener el equilibrio y unas participaciones en el periodo materia de investigación.

Por lo anterior solicitó que se denieguen las súplicas de la demanda.

4. Fundamentos de la sentencia recurrida

En sentencia del 10 de diciembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, accedió a las pretensiones de la demanda (fls. 363 a 396), con fundamento en los razonamientos que pueden resumirse así:

Dijo que se configuró la causal de falta de competencia de la SIC para ejercer la potestad sancionatoria, pues al revisar las pruebas obrantes en el plenario, esto es, los antecedentes administrativos que dieron origen a la sanción, se pudo advertir que la Superintendencia conoció de la presunta infracción de las normas de competencia mediante la visita llevada a cabo el día 28 de diciembre de 2005, según acta de Inspección No. 0511304476 (Fl.114 al 119, CD No.1), en la que, tras una averiguación preliminar, encontró elementos suficientes para considerar que las empresas de cementos Argos, Cemex y Holcim habrían incurrido probablemente en conductas contrarias a la libre competencia.

Que, en consonancia con lo anterior, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia abrió investigación en contra de las sociedades mencionadas, mediante Resolución No. 2496 de 7 de febrero de 2006, que concluyó con la expedición de la Resolución No 51694, por medio de la cual se impuso una sanción a las investigadas. Que, posteriormente, con la Resolución No. 091 del 8 de enero de 2010, que resolvió en recurso de reposición, se confirmó la sanción y agoto la vía gubernativa, decisión última que fue notificada por edicto



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

No. 1742, desfijado el día 25 de enero de 2010 y luego comunicada personalmente el día 21 de enero de 2010.

Que, así las cosas, y conforme a la jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, resulta claro para la Sala, que en el presente caso han transcurrido más de los tres (3) años establecidos en el artículo 38 del C.C.A., contabilizados desde el día 28 de enero de 2005 (sic), fecha en que se realizó la visita y la administración tuvo conocimiento, hasta el día 25 de enero de 2010, fecha de notificación del acto que definió la situación jurídica de las investigadas ya que constituyen una sola actuación administrativa.

A continuación, el Tribunal se relevó de emitir un pronunciamiento frente a los demás cargos endilgados por la demandante.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó que la sociedad Holcim., y el señor Bernard Gerard Terver, en su calidad de Representante legal, no estaban obligados a pagar la sanción impuesta en los actos administrativos anulados, y, que, en caso de haberse realizado el pago de la misma, esta debía ser devuelta debidamente indexada, conforme la fórmula que para el efecto ha previsto el Consejo de Estado.

5. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandada fundamentó su inconformidad con la sentencia del Tribunal, mediante escrito del 24 de enero de 2013 (Folios 399 a 424), así:

Señaló que el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009 (Exp. No. 2003-00442-01), con ponencia de la magistrada Susana Buitrago, concluyó que el término para contabilizar la caducidad de la facultad sancionatoria que establece el artículo 38 del CCA inicia desde el último acto sancionable desplegado y queda interrumpido con la expedición y notificación del acto administrativo que impone la sanción, mas no como lo sostuvo el Tribunal, con la notificación del acto administrativo que resuelve el recurso. Que esa postura ya fue reconsiderada por la jurisprudencia y que, por ende, no era la aplicable al caso.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Dijo que la fecha que debe tenerse en cuenta para contar la caducidad es el 31 de diciembre de 2005 y no el 28 del mismo mes y año, pues el periodo materia de investigación correspondía al comprendido entre junio y diciembre de 2005.

A continuación reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y pidió que se revocara la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se denegaran las pretensiones de la acción incoada por Holcim.

6. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por la Sección Primera de esta Corporación, mediante auto de 27 de junio de 2013 (folio 4, cdno apel).

7. Alegatos de segunda instancia

8.1. De la SIC

En escrito del 14 de agosto de 2013 (folios 8 a 25, cdno apel), la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y pidió que se revocara la decisión de primera instancia.

8.2 De Holcim

En escrito radicado el 22 de agosto de 2013 (fls. 26 a 98 cdno apel), Cemex repitió los argumentos planteados con la demanda y solicitó que se confirmara la sentencia del Tribunal.

8. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal el Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la Superintendencia de Industria y Comercio contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, en los términos del artículo 129 del C.C.A., en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Actos demandados

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008 y de la Resolución N° 0091 del 8 de enero de 2010, en cuanto sancionaron a Holcim y a su representante legal, por la comisión de conductas restrictivas a la libre competencia, en concreto, por la práctica de directivas incidentes en el precio del cemento por los periodos de junio a diciembre de 2005.

3. Problema jurídico

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si, como lo sostiene la SIC, no se configuró la caducidad de la potestad sancionatoria declarada por el Tribunal.

4. Caso concreto

4.1. De la caducidad de la potestad sancionatoria de la SIC.

Sea lo primero señalar que la Constitución Política de 1991, en su artículo 333, estableció, como pilar fundamental de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro del bien común y que “*la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*”.

En ese orden de ideas, la Ley 155 de 1959, modificada por el Decreto 3307 de 1963, define y prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, a establecer monopolios y prácticas de competencia desleal.

Posteriormente, mediante la expedición del Decreto 2153 de 1992, se asignó a la SIC, dentro de sus funciones, la de tramitar las quejas formuladas por los particulares sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, norma que fue derogada por el Decreto 3523 de 2009, y este último, a su vez, modificado por el Decreto 1687 de 2010, manteniendo la función de conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales.

En consonancia con lo expuesto por la parte demandada en el recurso de apelación, lo primero que debe determinar la Sala en esta oportunidad es si caducó la facultad sancionadora de la SIC para investigar la conducta denominada como de práctica restrictiva, que culminó con la expedición de las resoluciones enjuiciadas. Para el efecto, a continuación la Sala reiterará el dicho de la sentencia del 14 de junio de los corrientes, dictada en el expediente No. 2010-00259-01 de Cemex contra la SIC², habida cuenta de que corresponde al estudio de la caducidad del mismo acto administrativo que ahora es materia de debate, pero en relación con Holcim.

Ahora bien, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios atribuido a las sociedades Cemex, Holcim y Argos se produjo y se conservó por las distribuidoras hasta el mes de diciembre de 2005, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos y las tablas visibles en los antecedentes administrativos, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por la demandante, catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y su comisión fue permanente y continuada entre los meses de junio y diciembre de 2005.

Siendo la conducta continuada por parte de los demandantes, para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empezó a correr a partir de la

² Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, Exp. No. 2010-00259-01. M.P. Alberto Yepes Barreiro.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico.

Se observa que para el momento en que se inició la investigación, esto es, para el 7 de febrero de 2007, se encontraba en vigencia el Decreto 2153 de 1992, que en el artículo 52 establecía el procedimiento para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia reglando en su último inciso que “ *en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo*”, lo que significaba, por antonomasia, que la facultad sancionatoria del Estado en esta materia caduca en el término de tres (3) años previsto en el artículo 38 de dicha codificación, que reza:

“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.”

Al revisar los antecedentes administrativos del caso, la Sala advirtió que Holcim y Argos manifestaron que la última alza de precios del cemento se produjo el 26 de diciembre de 2005. Holcim, por su parte, indicó que el hecho final del movimiento de precios de cemento realizado por Argos se dio el de 26 de diciembre de 2005.

En los actos demandados, la SIC estudió y sancionó las gestiones desplegadas por las cementeras entre el 1º de junio y el 31 de diciembre de 2005. Y, por ende, la Sala considera que es el 31 de diciembre la fecha que debe tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción.

Ahora bien, en el expediente anexo No. 1 aparece prueba de la fecha en que se notificó a Holcim de la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008. En efecto, en el folio 4 se advierte que la notificación de la misma se efectuó mediante edicto fijado el 16 de diciembre de 2008 y desfijado el 30 del mismo mes y año, de ahí que fuera notificada en tiempo, habida cuenta de que el 31 de diciembre fue la fecha que, como se expuso, debía tomarse como referencia de la comisión del último acto materia de sanción.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Es por ello que, para la Sala, no tiene vocación de prosperidad el cargo propuesto por la actora y acogido por el Tribunal en la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, como quedó registrado al resumir la sentencia apelada, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en Descongestión, al encontrar probada la censura relacionada con la caducidad, señaló que *“al haber prosperado este cargo, y en aras del principio de economía procesal, esta Corporación no se pronunciará frente a los demás cargos endilgados por la demandante”*³. Al respecto, esta Sala, ya ha concluido en precedencia la imposibilidad de abordar censuras en segunda instancia que no fueron analizadas en primera, por considerarlo violatorio de la garantía de los principios de limitación de la competencia del *ad quem*, de la doble instancia y del debido proceso.⁴

No obstante, en este caso, se considera que como el recurso de apelación presentado por la SIC no sólo se limitó a cuestionar la caducidad, sino también a controvertir los demás argumentos planteados por la demandante, la Sala procederá a efectuar el estudio de fondo de las pretensiones de la demanda, no sin antes precisar que este se hará con el objeto de dar prevalencia al principio de celeridad que debe regir las actuaciones judiciales. Además, teniendo en cuenta que la Sala ya conoce la postura del Tribunal en relación con el asunto de la referencia⁵, considera innecesario devolver el expediente al *a quo* para el estudio de los demás cargos.

4.2. De la competencia desleal. Generalidades.

El artículo 1º de la Ley 155 de 24 de diciembre de 1959, *“Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”*, dispone:

“ARTÍCULO 1º. (Modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963). **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**

³ Folio 394

⁴ Así lo dispuso la Sala en la Sentencia del 7 de junio de 2018, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro. Demandante: La Previsora S.A. contra Contraloría General de la República, Expediente No. 25000232400020090028702.

⁵ Ver caso Cemex contra la Superintendencia de Industria y Comercio. Nota al pie No. 2.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

*general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a **limitar la libre competencia** y a mantener o determinar precios inequitativos....” (Las negrillas fuera de texto)*

Por su parte, el artículo 47, numeral 1º, del Decreto 2153 del 30 de diciembre de 1992, “*Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones*”, prevé:

“ARTÍCULO 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

1. **Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.**”(Las negrillas fuera de texto.)”

Además, es del caso citar el **artículo 45, numeral 1**, del citado Decreto, que guarda relación con la misma materia:

“ARTÍCULO 45. DEFINICIONES. *Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:*

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

En relación con los acuerdos contrarios a la libre competencia y su prueba, es preciso traer a colación la sentencia de 23 de enero de 2003 de esta Sección (Expediente núm. 25000-23-24-000-2000-0665-01 (7909), Actor: Cooperativa Lechera COLANTA LTDA, Consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola), en la cual se dijo:

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

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

“Se establece así que hay violación de la libre competencia cuando se dan acuerdos cuyo objeto o efecto sea la fijación directa o indirecta de precios.”

*La apreciación sistemática de la norma permite establecer que la locución **acuerdos** a que se refiere la norma ha de tomarse en el*



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

sentido que se define en el artículo 45, numeral 1, del mismo decreto en el cual se señalan varias definiciones “Para el cumplimiento de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas previstas en la Ley 155 de 1959”.

Al respecto se dice: “1. **Acuerdo:** Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

De esas varias hipótesis posibles de dicho concepto, los hechos del sub lite se encuadraron en la última, esto es, en la de “práctica conscientemente paralela entre dos o más empresas”.

La Sala observa que la advertida igualdad en los precios en comento permite inferir esa conducta puesto que la simetría que se dio entre ellos en un período tan prolongado no es posible que hubiere sido casual atendiendo la complejidad de las variables que afectan todas las actividades relativas a la leche hasta ponerla en manos del consumidor final.

“(....)”

“Habida cuenta de que el precio de dicho producto está determinado por factores como los costos de producción - que a su vez dependen del precio de los insumos y del nivel de eficiencia de cada empresa así como de las condiciones socioeconómicas del lugar en que se produce-, por las expectativas de utilidad del productor, los costos de distribución, el margen de utilidad del distribuidor, el posicionamiento o acreditación del producto y la calidad del mismo, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto, es poco probable que dos empresas coincidan en todos esos factores...

Ante esas condiciones objetivas de toda actividad económica, más cuando se desarrolla dentro de una libre competencia, esto es, cuando no se realiza en forma monopólica o con sujeción a precios regulados por el Estado, no es admisible, por razones prácticas, que como resultado de tales condiciones o factores dos empresas diferentes lleguen a fijar precios idénticos para un mismo producto, con incrementos o variaciones en los mismos períodos de tiempo y en igual proporción... De modo que tanta coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo que tuvo como efecto la fijación indirecta de precios del producto ya especificado.” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

En el mismo sentido, en sentencia de 30 de noviembre de 2006 (Expediente núm. 25000-23-24-000-2002-00678-01, Actor: Rafael Ortiz Mantilla, Estación de Servicio La Pedregosa, Consejero ponente doctor



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), la Sección Primera se refirió acerca de la prueba de los acuerdos contrarios a la libre competencia:

*“... Como bien lo advierte el a quo y la entidad demandada, tanta coincidencia no puede resultar de la casualidad, menos cuando el precio de dicho producto no está determinado por la ley, ya que está sometido a libre competencia, por lo tanto depende de factores variables como los costos de transporte, de los costos de operación de cada estación y, por ende, del nivel de eficiencia de ellas, así como de las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, entre otros, que bien es sabido varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trata de un mismo producto. En esas condiciones es poco probable que 4 empresas coincidan en todos esos factores. **De modo que esa coincidencia es prueba suficiente de que hubo un acuerdo indirecto que tuvo como efecto la fijación de precios del producto gasolina extra.**” (Se resalta)*

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

Dichas coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, no puede ser resultado de la casualidad o del azar, teniendo en cuenta que un producto, como el cemento en este caso, depende de factores variables, como son: los costos de producción, de transporte, de operación, del nivel de eficiencia, las expectativas de utilidad del empresario, el posicionamiento o acreditación del establecimiento comercial, los cuales varían necesariamente de una empresa a otra, no obstante que se trate de un mismo producto.

4.3. Motivos de inconformidad de Holcim

Una vez descartado el cargo de falta de competencia temporal de la SIC para ejercer la facultad sancionatoria en este caso, la Sala estudiará los cargos propuestos por la demandante, en el siguiente orden: en primer lugar se estudiará (i) la nulidad por expedición irregular de los actos acusados por indebida valoración probatoria, que



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

el demandante denominó violación del debido proceso y de los derechos de audiencia y defensa. A continuación se analizará (ii) la violación a las normas que determinan la comisión de una práctica conscientemente paralela, (iii) la violación del principio del *non bis in ídem* y (iv) la proporcionalidad de la sanción impuesta.

Al respecto, la Sala considera que el cargo por desviación de poder no fue debidamente sustentado, en la medida en que la demandante se limitó a decir que el objetivo de la SIC era imponerle una sanción “*a como diera lugar*” sin expresar el sustento jurídico que originaría la nulidad del acto por esta causal. En consecuencia, la Sala se relevará de su estudio.

También advierte la Sala que la demandante presentó como pretensiones principales: (i) la nulidad total de los actos administrativos que impusieron la sanción, (ii) que se declarara que Holcim y su representante legal no incurrieron en conductas violatorias de prácticas restrictivas de la competencia y (iii) que, a título de restablecimiento del derecho, se declarara que la demandante y su representante legal no estaban obligados al pago de la sanción que les fue impuesta por la SIC. Y, luego, en las pretensiones subsidiarias, la demandante volvió a insistir en que (i) se declarara la nulidad parcial de los actos administrativos acusados, en lo que atañe a Holcim y a su representante legal; (ii) que, en caso de denegarse la nulidad, se declare que la multa impuesta debe ser la mínima (proporcionalidad de la sanción) y (iii) que en caso de haber diferencia entre la multa impuesta y la que se declarara en sentencia, se restituyera la diferencia, debidamente actualizada.

En consonancia con lo anterior, la Sala precisa que, pese a que la conducta investigada originó la sanción de una práctica conjunta de varias cementeras, el estudio del acervo probatorio aportado al expediente se efectuará única y exclusivamente en lo que atañe a Holcim y a su representante legal, razón por la que, de declararse la nulidad de los actos acusados, esta se haría de forma parcial y no total, como lo pidió la demandante en la pretensión primera principal, pues las demás sociedades relacionadas con el asunto materia de estudio presentaron demandas individuales.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

En todo caso, la Sala advierte que la presente sentencia es una reiteración de la posición acogida en la sentencia del 14 de junio de 2018, que, como se dijo en precedencia, resolvió la pretensión de nulidad de la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008, incoada por Cemex, en relación con las mismas prácticas restrictivas de la competencia.

4.3.1. De la expedición irregular por violación al debido proceso

Esta Corporación en amplia jurisprudencia ha considerado que la existencia de un procedimiento previo, encaminado a la expedición de un acto administrativo, es necesario para adoptar las decisiones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter particular y concreto. Es decir, con efectos que recaen sobre intereses o derechos individuales, personales, particulares, de manera directa.

Es por esa razón que, aún en el ámbito de la actuación administrativa, resulta aplicable el principio constitucional del debido proceso (art. 29), que implica que las autoridades deben actuar conforme con las competencias que legalmente le fueron atribuidas, de acuerdo con las leyes preexistentes, y con la plenitud de las formas propias de cada procedimiento, todo esto con el fin de garantizar a los administrados el derecho de audiencia y de defensa, otorgándoles la posibilidad de participar en las actuaciones previas a la expedición de la respectiva decisión, permitiéndoles aportar y controvertir pruebas y hacer las manifestaciones que consideren necesarias.

Según el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso comprende fundamentalmente tres grandes elementos:

- i) El derecho al juez natural o funcionario competente.
- ii) El derecho a ser juzgado según las formas de cada juicio o procedimiento, esto es, conforme con las normas procesales dictadas para impulsar la actuación judicial o administrativa.
- iii) Las garantías de audiencia y defensa, que, desde luego, incluyen el derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa técnica, el derecho a un proceso público y sin dilaciones, el derecho a que



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

produzca una decisión motivada, el derecho a impugnar la decisión y la garantía de *non bis in ídem*.

Consecuente con lo anterior, cuando la ley establece una serie de requisitos para la formación de los actos administrativos, se deben cumplir obligatoriamente, máxime cuando la Administración pretenda tomar una decisión que vaya a afectar derechos de los particulares. De tal manera que el desconocimiento de dichos requisitos conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, la expedición irregular del acto administrativo por vicios de forma, lo que incluye vicios contra el derecho de defensa, que de todas maneras aparece como causal autónoma de nulidad en el artículo 84 del C.C.A.

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia, al tratar el tema de la formalidad del acto administrativo y de la nulidad proveniente de su desconocimiento, han sido del criterio de que no cualquier defecto puede tener la virtualidad de invalidar una decisión de la Administración, puesto que “...*no todas las formas tienen un mismo alcance o valor...*”, y estas van desde las sustanciales hasta las meramente accesorias, siendo únicamente las primeras las que realmente inciden en la validez del acto.

Es claro entonces que al juez le corresponde dilucidar, en cada caso, si el vicio de forma alegado en la demanda es de tal magnitud que afectará la validez del acto acusado.

Descendiendo al caso concreto, la violación del artículo 29 de la CP encuentra sustento, a juicio de la sociedad actora, en la indebida valoración probatoria de los elementos materiales aportados al caso y el alcance otorgado a los indicios⁶, en concreto, de la trascendencia dada a los documentos denominados *Presentación Panamá* y *Estrategia Argos*, que considera nada dicen respecto de la repartición del mercado de cemento y de la fijación de precios.

Al respecto, al Sala advierte que los actos demandados, al estudiar el caso concreto, sí valoraron los antecedentes administrativos, en particular, los indicios sobre la existencia de acuerdos de repartición de

⁶ La Sala efectuará la valoración de los indicios al momento de estudiar el paralelismo consciente, habida cuenta de que los mismos llevaron a la SIC a considerar que sí se configuró la práctica restrictiva y a imponer la sanción.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

mercados y de asignación de cuotas de producción, que incidían en el comportamiento de los precios, la afectación de la oferta y de las ventas del cemento gris a nivel nacional, analizando, entre otros, los elementos materiales probatorios que a continuación se relacionan⁷:

- Acta de visita de inspección realizada a Holcim el 28 de diciembre de 2005.
- Acta de visita del 29 de diciembre de 2005, realizada en las instalaciones de Holcim.
- Acta de visita del 18 de octubre de 2006, realizada en las dependencias de Holcim.
- Listas de precios de cemento nacional y regional por el periodo de junio a diciembre de 2005.
- Listas de descuentos de precios por volumen o financieras.
- Inventarios mensuales de junio a diciembre de 2005.
- Variables usadas para aumentar o disminuir los precios en el lapso investigado.
- Actas de la asamblea general de accionistas.
- Actas de junta directiva.
- Actas de comité nacionales en los que Holcim participó durante el periodo materia de inspección, entre ellas las del ICPC.
- Información obtenida de los computadores y de los correos electrónicos, según las visitas realizadas.
- Encuestas de precios de cemento por los periodos de junio a diciembre de 2005.
- Estudios generales de mercado.
- Lista de distribuidores y clientes, de zonas de producción, de zonas de ventas.
- Costos de transporte debidamente soportados.
- Participación porcentual de Holcim, Argos, Cemex y Andino en el mercado nacional.
- Documento denominado *Presentación Panamá* (fls. 129-132), recaudado en la visita efectuada a Holcim el 18 de octubre de 2006.
- Documento denominado *Estrategia Argos 2005*, encontrados en el computador personal del Vicepresidente Comercial de Argos (fl. 132).

⁷ La información que a continuación se relaciona se encuentra contenida en los dos cuadernos principales, en 4 cuadernos anexos con 1045 folios y en 40 discos compactos que contienen antecedentes administrativos en 10.149 folios adicionales.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Sobre el particular, la SIC efectuó una descripción del comportamiento del cemento gris portland tipo 1, en relación con las empresas Argos Cemex, Holcim y Andino y advirtió la escasez del producto, la afectación de la oferta del cemento y las inclinaciones de los precios y de las ventas, lo que consideró un indicio encaminado a manipular la situación del mercado.

A continuación, en los actos demandados se valoraron los estudios económicos aportados por los demandantes, en concreto, los informes econométricos elaborados por Fedesarrollo, contra lo que dice la demandante respecto de que no fueron tenidos en cuenta. No obstante, los estudios mencionados fueron desechados porque no se había justificado teóricamente la elección de las variables utilizadas para el estudio y, además, porque no se probó la significancia conjunta de los modelos, que permitiera verificar si el modelo escogido era estadísticamente significativo.

A lo anterior se suma que la entidad vigilante observó limitaciones en la información utilizada para elaborar el muestreo, que impidieron tenerla como prueba cierta de la inexistencia de prácticas restrictivas de la libre competencia.

En cuanto a la supuesta falta de valoración de los elementos materiales probatorios, la Sala advierte que los actos demandados analizaron de forma objetiva cada uno de los argumentos planteados por los investigados, a los que se les dio una respuesta.

La demandante adujo también que la SIC, al momento de imputar responsabilidades y sanciones, tuvo en cuenta documentos que en nada prueban el acuerdo de precios castigado, como por ejemplo la *Presentación Panamá* y la *Estrategia Comercial Argos*.

Al respecto, la Sala considera que el documento denominado *Presentación Panamá* fue elaborado por el señor Jorge Neira para una presentación de ejecutivos de Holcim en la ciudad de Panamá y constituyó un indicio lo suficientemente válido para llevar a la conclusión de una práctica conjunta atentatoria contra la libre competencia.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

En efecto, dicho documento fue recaudado en la visita practicada en las instalaciones de la demandante, en el computador del señor Jorge Neira, quien trabajaba para la sociedad. En dicha presentación se hace una exposición de la evolución de la participación del mercado del cemento gris en Colombia y a la adquisición de Andino por parte de Argos y, además, se plantea la forma en que Argos debía entregar a Cemex y Holcim los puntos de participación en Andino. Para la Sala, dicho documento dice mucho de la forma en que Holcim participó en la distribución del mercado del cemento a partir de la venta de Andino y en la fijación de los precios del producto, lo que repercutió en su propio beneficio.

En cuanto al documento de definición de la estrategia comercial de Argos marzo 2005, la Sala observa que este hace alusión a la conformación de un modelo de contexto competitivo, no oligopólico, de estrategias encaminadas a mantener un equilibrio en la industria y una participación equitativa en el mercado, como se observa en las diapositivas que a continuación se insertan:

Conclusiones Analisis de Industria Cemento

- La conducta mitiga la rivalidad de la industria pero bloquea todas las fuentes de crecimiento para Argos. No genera incentivos para los incumbentes para crecer por lo cual deja que nuevos entrantes dinamicen la industria y ellos capturen todo el valor diferencial de las nuevas movidas.
- La configuración regional de la conducta va en contravía a la configuración ideal de oligopolio, es decir, esta en un equilibrio inestable. Argos está perdiendo oportunidades con ese equilibrio que los sostiene a todos a costa de renuncias tácticas de Argos al crecimiento. Sin embargo, Argos es el único jugador que podría ganar en cualquier otra configuración de industria.
- La industria no bloquea los entrantes, los ignora, porque esta atrapada en el paradigma de que este es un negocio de volumen e intensivo en capital
- El competidor del futuro se va a parecer más a Uno A que a Cemex. Es importante entender bien a Uno A o cualquier nuevo entrante y competir.

Page 11 The Breakthrough

Conclusiones de Posición Relativa de Argos

- Argos es el mejor posicionado para un eventual escenario de competencia abierta.
- Argos es el jugador mas costo-efectivo en un radio de sus centros productivos, i.e., el de mejor FCC en los predios del cliente debido a su configuración regional con plantas locales que mitiga el impacto de los costos de transporte.
- Por lo anterior, Argos está llamado a liderar la industria, bajo un modelo de creación de contexto competitivo, no oligopólico, o no bajo los actuales parámetros.
- Algunas de las marcas de Argos tienen latencias regionales que le permiten cobrar primas alrededor de un 5 a 10%

Ahora bien, la Sala reitera que la valoración individual de los elementos indiciarios y de prueba aportados no conducen a la determinación de la comisión de la conducta sancionada. No obstante, de la valoración conjunta de los precios, las estrategias y los documentos hallados en



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

las instalaciones de las investigadas es posible determinar, al menos, la concertación de una estrategia económica, el paralelismo de precios y el beneficio económico que recibió Holcim de dicha concertación.

4.3.2. De la violación a las normas que establecen la comisión de la práctica conscientemente paralela

Como bien se advirtió, las prácticas restrictivas de la competencia se dividen en acuerdos, actos y conductas de abuso de la posición dominante, que pueden ser expresos o tácitos.

Dentro de los acuerdos tácitos, se encuentran las “*prácticas concertadas*” y las “*conscientemente paralelas*” cuya conceptualización fue inicialmente desarrollada por el derecho de la competencia norteamericano. En dicho país, la sección primera de la Ley Sherman⁸ establece que cualquier contrato o conspiración tendiente a generar una restricción en el mercado es ilegal. Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia.

Esta metodología dio origen a la doctrina de las “*prácticas conscientemente paralelas*”, que tiene dos elementos fundamentales: (i) La ocurrencia de una conducta paralela; y (ii) la demostración del elemento consciente.

En principio, se entiende que la práctica conscientemente paralela se configura cuando varias empresas presentan comportamientos económicos coincidentes durante un periodo de tiempo determinado.

⁸ La Sección 1ª de la Ley Sherman dice: “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

Sin embargo, es preciso anotar que la mera ocurrencia de una conducta paralela no es entendida por la doctrina internacional sobre derecho de la competencia ni por la misma SIC, como una conducta violatoria del régimen de Libre Competencia.

De esta manera, para que una práctica paralela sea considerada como un acuerdo anticompetitivo, es necesario demostrar que las compañías investigadas han adoptado dichos comportamientos de manera consciente, es decir, que no han adoptado sus determinaciones de manera unilateral y autónoma, sino en un ambiente de conocimiento y connivencia con sus competidores.

En consonancia con lo anterior, para probar la existencia de casos de paralelismo consciente es necesario demostrar, además del paralelismo, unos factores adicionales que no son otra cosa que indicios de la existencia de un acuerdo entre las compañías investigadas.

Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc.

Al respecto, cabe destacar que en el presente caso, el documento denominado *Presentación Panamá* plantea la forma como Argos debe “*entregar*” a Cemex y Holcim puntos de la participación en Andino. Esa actuación configura un indicio de concertación para distribución del mercado, en la medida en que esos puntos de participación pudieron haberse quedado en manos de Argos, que es el que se encuentra probado como comprador de Andino.

A continuación, el escrito de la estrategia de Argos marzo 2005 plantea la táctica para mantener un escenario de competencia equilibrado entre las sociedades que manejan el mercado en el cemento del país. Ese configura otro indicio en contra de las investigadas.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

A lo anterior se suma el probado intercambio de información en las reuniones del ICPC en las que aparece que Argos, Cemex y Holcim canjeaban información de precios y montos diarios de despachos de cemento a las diferentes regiones.

También se encontraron en las instalaciones de Holcim evidencias de correos electrónicos del ICPC, recibidos mensualmente, en los que se evidencian estadísticas de las ventas de las cementeras, que también fueron encontrados en las instalaciones de Cemex, como se dijo en la sentencia que ahora se reitera.

En consonancia con lo anterior, la Sala considera que sí se configuró el elemento consciente, derivado de la concertación de las sociedades cementeras para mantener el equilibrio del mercado, pues se encontraron en el expediente indicios suficientes, distintos del simple paralelismo de precios, que llevaron a la SIC a imponer a Holcim y a su representante legal una sanción por adelantar prácticas restrictivas de competencia, lo que desvirtúa, por demás, la violación de los principios de la buena fe y de confianza legítima de la demandante.

4.3.3. De la violación del principio del *non bis in ídem*

A juicio de la demandante, la SIC, con la imposición de la sanción cuestionada, le vulneró el principio del *non bis in ídem*, pues las conductas sancionadas habían sido garantizadas, con el fin de brindarle la confianza razonable al Gobierno respecto del cumplimiento de las normas que regulan la competencia. Que, por ende, resultaba contradictorio aceptar las garantías y luego abrir una nueva investigación por el periodo que va de junio a diciembre de 2005, cuando la misma entidad, el día 23 del mismo mes de diciembre de 2005 había expuesto que las pólizas brindaban un grado razonable de confianza.

Al respecto, la Sala advierte que los hechos por los cuales se abrió investigación mediante la Resolución No. 2496 de 2006, se refieren a conductas distintas a las investigadas por medio de la Resolución No. 358 de 2005, pues esta última se relacionó con supuestos acuerdos discriminatorios prohibidos por los numerales 2 y 10 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

En efecto, los hechos en que se fundan las investigaciones y los periodos de las conductas sancionadas son diferentes, pues la investigación que culminó con la Resolución No. 51694 de 2008 comprende al periodo de junio a diciembre de 2005 y la iniciada con la Resolución No. 358 tuvo como referencia los años 2003 y 2004, periodo en el que la SIC registró una importante disminución en los niveles del precio de cemento.

Contra lo dicho por la demandante, revisados los actos administrativos materia de debate, la Sala advirtió que la actuación materia de revisión en esta instancia alude a un paralelismo de precios, reflejado tanto en la relativa estabilidad de las variables económicas, como en el posterior incremento generalizado y súbito de los precios del cemento a partir del mes de diciembre de 2005.

Por lo anterior, la Sala considera que no se vulneró el principio del *non bis in ídem*, habida cuenta de que la actuación garantizada no investigó la realización de presuntos acuerdos de reparto de mercado y de asignación de cuotas de producción o suministro y paralelismo de precios del cemento, como sí ocurrió en este caso.

4.3.4. Proporcionalidad de la sanción

A juicio de la demandante, en los actos administrativos demandados, la SIC no realizó un análisis sobre las razones para imponer la sanción. Alegó que si bien la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 no señalan criterios específicos para determinar la cuantía de la multa, la demandada no tuvo en cuenta los argumentos expuestos por la sociedad al momento de dosificar la sanción que le fue impuesta.

Al respecto, la Sala, al revisar la motivación de la sanción impuesta, advirtió que las conductas reprochadas fueron consideradas de especial gravedad, habida cuenta de que fueron puestas en práctica por parte de las empresas dominantes del mercado del cemento y se manifestaron en todo el territorio nacional por un periodo de tiempo considerable.



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

En efecto, de conformidad con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio puede imponer sanciones pecuniarias hasta por la suma de dos mil SMLMV a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 establece la facultad del mismo Superintendente para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos SMLMV, vigentes al momento de la imposición de la sanción.

En el caso concreto, quedó probado que la sociedad Holcim transgredió, con su comportamiento, lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al ejecutar conductas tendientes a manipular el precio del cemento gris portland tipo 1 y a repartir el mercado de dicho producto.

Al revisar el numeral 15 del artículo 4 ib., la Sala advierte que la norma nada dice de la graduación de la sanción. No obstante, el texto modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que podría aplicarse en aras de dar prevalencia al principio de favorabilidad, permite dicha graduación, en los siguientes casos:

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La persistencia en la conducta infractora.*
- 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 3. La reiteración de la conducta prohibida.*
- 4. La conducta procesal del investigado, y*
- 5. El grado de participación de la persona implicada.*

Revisado el expediente, la Sala advierte que la conducta reprochada a la demandante permaneció en el tiempo, esto es, se prolongó por los meses de junio a diciembre de 2005 e, incluso, incidió en la última



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho – Sentencia de segunda instancia

fijación de precios de ese año, que rigió al inicio de 2006. De ahí que fuera reiterada y tuviera gran incidencia en el mercado. Así mismo, la Sala advirtió la participación directa de Holcim en la manipulación de los precios del cemento gris y, por el contrario, no observó ninguna actuación de la demandante, tendiente a colaborar en el esclarecimiento de los hechos materia de sanción.

Por lo expuesto, la Sala considera que no existen argumentos o circunstancias que permitan aminorar la sanción impuesta y, en consecuencia, atender a las peticiones segunda, tercera y cuarta subsidiarias de la demanda. De ahí que se imponga revocar la decisión de primera instancia para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda incoada por Holcim Colombia S.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia del 10 de diciembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión. En su lugar,

SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda presentada por Holcim Colombia S.A. contra la Superintendencia de Industria y Comercio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente



Radicación Número: 25000-23-24-000-2010-00305-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A. Y OTRO

Demandado: Superintendencia de Industria y Comercio.

Proceso de nulidad y restablecimiento del derecho –Sentencia de segunda instancia

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

