

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA – Marco normativo / RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA – Aplicación / COMPETENCIA DESLEAL - Prohibición general / COMPETENCIA DESLEAL - Prohibiciones especiales / COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Para investigar y sancionar las conductas violatorias de la libertad de competencia / CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA - Cómputo / CADUCIDAD DE LA POTESTAD SANCIONATORIA - Cómputo cuando se trata de actos sancionables de ejecución continuada / FACULTAD SANCIONATORIA - Término de caducidad. Regla general del Código Contencioso Administrativo / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Regla general del Código Contencioso Administrativo

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. Ahora bien, 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 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. [...] Ahora bien, en el expediente administrativo físico no aparece prueba de la fecha en que se notificó a Cemex de la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008. En el vuelto del folio 135 de la mencionada resolución se advierte la notificación de la misma a la apoderada de Cementos Andino y del señor Federico Molina Soto, efectuada los días 5 y 11 de diciembre de 2008. No obstante, en el folio 9764 del CD No. 38 de antecedentes administrativos, la Sala encontró el recurso de reposición presentado por Holcim Colombia S.A. contra la Resolución No. 51694, en el que se advierte claramente que esta fue notificada por 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.

CAUSAL DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO POR EXPEDICIÓN IRREGULAR – No se configura / DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Aplicación / DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS – Alcance / CAUSAL DE NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO - No toda irregularidad constituye causal de invalidez

[La] 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 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.

PRÁCTICA CONCERTADA – Concepto / PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA – Concepto / PRÁCTICA CONSCIENTEMENTE PARALELA – Elementos / ACUERDO CONTRARIO A LA LIBRE COMPETENCIA – Requisitos para que lo constituya una práctica conscientemente paralela

[P]ara 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. [...]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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 333 / LEY 155 DE 1959 / DECRETO 2153 DE 1992 / DECRETO 1687 DE 2010 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00291-01

Actor: CEMEX COLOMBIA S.A

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

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

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Cemex Colombia S.A. –Cemex 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 parcial 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:

“1. Declarar la nulidad del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto se declaró culpable a Cemex Colombia S.A. de incurrir en acuerdos para la fijación de precios y la repartición de cuotas de mercado o suministro.

2. Declarar la nulidad del artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a Cemex Colombia S.A. una sanción pecuniaria por la suma de novecientos veintitrés millones de pesos (\$923.000.000,00).

3. Declarar la nulidad del artículo cuarto de la parte resolutive de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto declara que el señor César Constain Van Reck, en su calidad

de representante legal de la sociedad Cemex Colombia S.A., incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

4. Declarar la nulidad del artículo quinto de la parte resolutive la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto le impone una sanción pecuniaria de ciento treinta y ocho millones de pesos (\$138.000.000,00) al señor César Constain Van Reck, en su calidad de representante legal de la sociedad Cemex Colombia S.A.

5. Declarar la nulidad del artículo primero de la Resolución N° 0091 del 8 de enero de 2010, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto en el mismo se confirma en todas sus partes la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008.

6. Declarada la nulidad de los artículos indicados de los actos demandados, ordenar el restablecimiento del derecho de Cemex Colombia S.A., del señor César Constain Van Reck, en el sentido de exonerarlos de cualquier responsabilidad por la supuesta infracción a las normas de competencia consagradas en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992”.

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 monto 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, Argos y Andino, habían 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.

Adujo 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.

Que, inconforme con la sanción, el 7 de enero de 2009 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, 29, 83 y 209 de la CP; artículos 35 del C.C.A., artículos 174, 175, 187, 248 y 250 del CPC.

Como sustento de las pretensiones de nulidad, la parte demandante explicó el alcance del concepto de la violación en cargos por vulneración al debido proceso, a la buena fe y a las normas superiores, que a continuación se resumen¹:

1.3.1. De la violación al debido proceso

A juicio del demandante, las resoluciones atacadas le transgredieron el debido proceso, en la medida en que las actuaciones administrativas deben regirse por los principios de presunción de inocencia, buena fe e imparcialidad.

Adujo que para que procediera la sanción impuesta a la sociedad y a su representante legal, la SIC debió demostrar la realización del hecho materia de reproche, pero que no lo hizo, vulnerando los principios mencionados.

Dijo que la demandada, antes que probar los supuestos de hecho en los que presuntamente incurrió Cemex, prefirió hacer una *alusión genérica* a los argumentos expuestos por Holcim, y Argos, también investigados, pero no se refirió a los argumentos de defensa planteados por la demandante.

Manifestó que en los actos demandados se evidenció la falta de rigor en el análisis de las pruebas arrimadas a la actuación, así como la

¹ Al respecto, la Sala advierte que mediante escrito radicado el 13 de junio de 2011, la demandante presentó aclaración y corrección a la demanda, en concreto, del concepto de la violación, cuyo resumen fue integrado al que se expone a continuación.

falencia en la individualización de las responsabilidades para cada una de las empresas involucradas en la investigación, pues, en múltiples apartes de la motivación de los actos demandados, la SIC asumió que los argumentos de una empresa investigada podían imputarse a otra.

1.3.2.No se hizo un estudio apropiado del mercado colombiano

La actora consideró que los actos acusados transgredieron lo dispuesto en los artículos 174, 175, 187, 248 y 250 del CPC, por cuanto en lugar de hacer una valoración probatoria individualizada, basaron su razonamiento en cifras y cuadros que no correspondían a la realidad del mercado colombiano.

Manifestó que, por lo anterior, la SIC no hizo un estudio apropiado de los motivos económicos que explicaban el funcionamiento del mercado del cemento, que le fueron puestos de presente por los investigados durante la actuación administrativa, y que estaban respaldados en estadísticas y otros documentos. Que esa omisión le hizo tener por prueba cierta un presunto acuerdo de precios y de reparto del mercado, cuyos indicios no fueron debidamente valorados.

1.3.3.No se demostró el acuerdo de fijación de precios

La parte actora sostuvo que la sanción se fundó en un presunto acuerdo de precios concertado entre las cementeras que controlaban el mercado en ese momento en Colombia.

Explicó que para que se dé una práctica conscientemente paralela, se deben acreditar dos elementos: (i) el paralelismo y (ii) la práctica consciente del mismo. Que, no obstante, la SIC no demostró el acuerdo de fijación de precios pues no hubo un paralelismo en los precios del mercado relevante. Al respecto, precisó:

- a. Los valores analizados por la SIC no constituyen un precio.

Al respecto, adujo que el precio está establecido en el artículo 1849 del CC., como “*el dinero que el comprador da por la cosa vendida*”. En este sentido, es el valor que efectivamente se cancela como contraprestación por la venta de un producto, y no los parámetros o valores inicialmente establecidos para definir un monto final.

Manifestó que en la Resolución No. 51694 de 2008, la SIC determinó que el mercado relevante, desde el punto de vista del producto, es la producción y venta del cemento portland gris tipo 1. Que, adicionalmente, dentro de la misma resolución, la SIC afirmó que *“las empresas participantes en el mercado de cemento en Colombia comercializan el cemento *** en su gran mayoría a través de sus distribuidores mayoristas, quienes a su vez venden el producto a los sub distribuidores, ferreteros o minoristas.”*

Que, de lo anterior, llegó a la conclusión de que el costo que debía tener en cuenta para comprobar si las sociedades investigadas habían incurrido en la conducta establecida en el numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, era el valor efectivamente pagado por los distribuidores mayoristas, a quienes las productoras de cemento le venden el producto.

No obstante, dijo la actora que en la Resolución No. 51694 de 2008, la demandada omitió el examen sobre los precios de venta al consumidor o al distribuidor, y basó el análisis en los valores denominados *precios base de referencia*, del cemento gris portland tipo 1, que describió de la siguiente manera:

“Se ha podido constatar que en el mercado nacional los productores investigados determinan unos precios base a partir de los cuales se construyen los de los diferentes eslabones en la cadena de producción y comercialización. De hecho cada uno de ellos transmite a su fuerza de ventas la base y los parámetros de descuento que a la postre constituyen los componentes del precio al distribuidor mayorista y al minorista.”

Que, por lo anterior, la SIC fundamentó la existencia del paralelismo de precios única y exclusivamente con el comportamiento de los valores denominados base, que no tienen carácter de precio, pues son una guía para determinar el valor final que cancelará el comprador del producto.

Agregó que esos valores no son objeto de las normas sobre la protección de la libre competencia, ya que no se configura el *precio* de acuerdo con la definición establecida en la ley.

- b. Los valores analizados por la SIC no tuvieron incidencia en los precios ofrecidos a los consumidores.

A juicio de Cemex, la demandada no demostró que los valores de referencia establecidos por Cemex hubiesen tenido una incidencia directa en los importes que finalmente fijaron los distribuidores de la compañía para la venta de cemento a los consumidores finales.

- c. Los valores analizados por la SIC no presentaron un comportamiento paralelo.

A juicio de la actora, la SIC no hizo un análisis profundo de la totalidad de los elementos relevantes para la determinación de la existencia de un comportamiento paralelo, lo que vulneró el debido proceso.

A continuación, afirmó que, en los actos acusados, la demandada concluyó que dado que los importes del cemento gris no habían reaccionado a los cambios en los costos de producción ante el aumento de la demanda, el comportamiento de los precios mencionados carecía de una explicación económica racional, distinta de una fijación artificial de los mismos y, dijo que, en todo caso, la SIC desconoció las variables macroeconómicas que incidieron en el comportamiento de los valores de mercado.

1.3.4.No se demostró que los sancionados actuaran con fines colusorios

A juicio de la actora, en el expediente no existían pruebas que demostraran que los sancionados actuaron premeditadamente, con el propósito de fijar los precios del cemento en el mercado nacional. Que, además, tampoco definió si la actora intercambió información estratégica y detallada de la industria del cemento, por medio del Instituto Colombiano de Productores de Cemento, con las empresas Argos y Holcim.

1.3.5.No se probó el acuerdo para la repartición del mercado

Cemex dijo que los actos atacados la sancionaron por haber incurrido presuntamente en un convenio para la repartición del mercado de cemento gris portland tipo 1. Que a esta conclusión se llegó con fundamento en *“una serie de indicios que, analizados en su conjunto, permiten establecer la existencia de un acuerdo de reparto de mercado entre Argos, Cemex y Holcim”*, los que no son suficientes para atribuir responsabilidad alguna.

1.3.6.La SIC se apoyó en argumentos que no estaban consignados en el informe motivado

Indicó que le fue vulnerado el derecho de contradicción, toda vez que, en la Resolución 51694 de 2008, la SIC cambió los argumentos principales esgrimidos en el informe motivado, para sustentar un supuesto acuerdo de montos.

Que, además, la demandada generó nuevos datos de los despachos de cemento portland gris tipo 1 para 29 departamentos del país y no para 15, descritos inicialmente, argumentos que constituyen un cambio esencial y/o sustancial de los expuestos en el informe motivado del que se dio traslado a los investigados y que, en consecuencia, no pudieron ser controvertidos.

1.3.7.Violación del artículo 38 del CCA

La demandante dijo que, a la fecha en que fueron expedidos los actos sancionatorios, había caducado la facultad sancionatoria de la SIC, pues los hechos materia de sanción acaecieron antes del 30 de diciembre de 2005 y la Resolución No. 51694 fue notificado por edicto desfijado el 30 de diciembre de 2008, esto es, por fuera de los tres años que establece el artículo 38 del CCA, aplicable ante la ausencia de norma especial en el Decreto 2153 de 1992.

2. Admisión de la demanda

Mediante auto del 3 de febrero de 2011 (folios 297 a 299), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B², admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor y solicitó a la parte demandada aportar los antecedentes administrativos que originaron los actos demandados.

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:

² Posteriormente, el expediente fue enviado a la Sección Primera, Subsección C del mismo tribunal, para que dictara la sentencia correspondiente.

Luego de hacer un recuento de la normativa que le otorga competencia para velar por el cumplimiento del régimen de competencia y para aceptar garantías y ordenar la clausura de una investigación por prácticas comerciales restrictivas, se refirió a la violación del principio del *non bis in ídem*, que no fue alegado por la parte demandante. A continuación, expuso que los argumentos de Cemex fueron debidamente examinados.

De la violación del debido proceso por la indebida valoración probatoria dijo que la decisión contenida en la Resolución No. 51694 de 2008 se adoptó y se fundamentó en el acervo probatorio que obra en el expediente de la investigación y en el mismo cuerpo de la resolución mencionada, que fue analizado de manera razonada y en conjunto, sin que se requiriera que de manera expresa se efectuara la referencia a cada prueba, pues las mismas debían valorarse, como ya se dijo, conjuntamente.

Respecto de la presunta vulneración del principio de la buena fe, de imparcialidad, de confianza legítima y de seguridad jurídica dijo que esta carecía de fundamentos legales, pues la aceptación del ofrecimiento de garantías de que Argos (sic) a futuro no iba a participar con sus competidores en ningún convenio ni acuerdo de fijación o precios o repartición de mercado produce efectos hacia el futuro y constituye una forma de terminación de investigaciones, lo que no le impedía a la entidad investigar las eventuales conductas diferentes a las que fueron objeto de la investigación que fue clausurada.

En cuanto a los cargos propuestos por la violación al debido proceso y defensa, por la ausencia de motivación de la repartición de mercados, dijo que fue la evidencia sobre el comportamiento de las empresas, reconocida ampliamente por las mismas, la que permitió iniciar la investigación e imputar la presunta infracción al régimen de competencia y, en particular, de los numerales 1, 3 y 4 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Agregó que la parte demandante tuvo la oportunidad de presentar sus observaciones al informe motivado, así como de conocer las pruebas y las razones que impulsaron la investigación adelantada en su contra, por lo que no se configuró la transgresión alegada.

De las razones que llevaron a la SIC a imponer la sanción que ahora se discute, la demandada sostuvo que durante el año 2005 se observó una alta frecuencia de colocación de cemento gris portland tipo 1 en regiones distantes a la zona en la que se encuentra ubicada una de las plantas de cemento y al menos una de las plantas de las empresas investigadas abasteció a departamentos diferentes al de su ubicación, durante un periodo de 9 a 12 meses, lo que indica la interrelación de segmentos de mercado en el territorio nacional, a la hora de establecer el ámbito geográfico del mercado.

Al respecto, aclaró que si bien de manera general la definición del mercado relevante corresponde al concepto citado por el demandante, no existe evidencia en el expediente de investigación que permita inferir cuáles serían las heterogeneidades de mercado que abrieron paso a establecer mercados regionales a lo largo del territorio nacional. Que, además, el hecho de que el precio resulte ser diferente entre regiones no es condición ni suficiente ni necesaria para pensar que debe realizarse un análisis de ellas de forma independiente, con desconocimiento de la naturaleza del mercado nacional definido a partir de las pruebas que obran en el expediente.

Del argumento planteado, encaminado a demostrar que en el territorio nacional no existen barreras para el ingreso de cemento gris portland tipo 1, la SIC dijo que si bien Cemex no tiene altos niveles de capacidad instalada ociosa, el análisis efectuado en la resolución se refirió a la alta capacidad instalada ociosa de la industria evidenciada en la investigación. Que, por tanto, la existencia de un bajo porcentaje en las plantas de Argos no desvirtúa el exceso de capacidad que se presenta en las otras empresas, incluida Andino. En todo caso, dijo que esto no constituyó más que un análisis de las condiciones generales de la industria y no fue un elemento considerado como un indicio de un acuerdo de precios entre los productores, como erróneamente lo señaló Cemex tanto en la respuesta al informe motivado como en la demanda.

En relación con la práctica consciente paralela, dijo la SIC que del análisis conjunto del acervo probatorio, se pudo constatar que en el mercado nacional las empresas investigadas determinan unos precios base, a partir de los cuales se construyen los precios de los diferentes eslabones de la cadena de producción y comercialización y,

precisamente, esta información permitió identificar más claramente el paralelismo de precios. Y que, además, estuvo acreditado que las investigadas transmitían ese precio base y los parámetros de descuentos a su fuerza de ventas y que era a partir de esa información que se definían los precios de toda la red de distribución.

Adujo que al analizar los casos se pudo advertir que existían tendencias y variaciones coordinadas y armónicas, a través del tiempo, de varios agentes económicos, tal como se presentó en el periodo investigado para los precios base del cemento gris portland tipo 1.

Expuso que también se evidenció la definición de estrategias conjuntas, pues al revisar las actas de reuniones de la junta directiva del ICPC³, en las que participan directamente los representantes de Argos, Cemex y Holcim, se advirtió que estas hacían unos manejos conjuntos de aspectos relevantes del mercado del cemento en Colombia. Y, en el acta 117 del 24 de mayo de 2006, el representante legal de Holcim señala claramente como un objetivo la búsqueda de una estrategia común para los agremiados en el ICPC, lo que indica una coordinación, que vinculada a las demás pruebas anotadas en la resolución demandada, constituyen indicios de la falta de actuación independiente de las empresas sancionadas.

Sostuvo que en el ICPC se encontró un documento denominado Presentación Panamá, elaborado para presentarse a ejecutivos de empresas cementeras, en el que se describe la participación de las empresas investigadas en el mercado del cemento en Colombia y un panorama de estrategias desplegadas por las mismas, en el que se incluyó el periodo en investigación. Y que, adicionalmente, se hallaron documentos que definieron la estrategia comercial de Holcim y de Argos para los años 2005 a 2009, encaminadas a mantener un equilibrio y unas participaciones, en los que no se advierte una guerra de precios, sino un acuerdo para fijar los mismos.

Manifestó que, en todo caso, la entidad no ha tergiversado la información aportada a la investigación. Agregó que no es ilegal intercambiar productos entre las empresas cementeras en Colombia y no se hace el reproche por eso, pero que, sin embargo, el intercambio

³ Instituto Colombiano de Productores de Cemento.

no es coherente con los argumentos planteados por la demandante ni con las pruebas que aparecen en el expediente.

4. Actuaciones relevantes previas a la expedición de la decisión de primera instancia

Mediante escrito del 13 de junio de 2011, Cemex presentó aclaración y corrección de la demanda, en lo que tiene que ver con el punto 7 de la misma, correspondiente a los fundamentos de derecho (fls. 384 a 482), admitida en auto del 6 de octubre de 2011 (fls. 437 y 438).

De igual forma, la SIC respondió a dicha aclaración y corrección por escrito radicado el 9 de diciembre de 2011 (fls. 440 a 494).

5. Fundamentos de la sentencia recurrida

En sentencia del 19 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en los razonamientos que pueden resumirse así:

En primer lugar analizó el cargo encaminado a demostrar que la SIC no probó el acuerdo de fijación de precios ni la repartición del mercado y consideró que el proceso sancionatorio no se trata de un juicio de responsabilidad en el que se requiera probar el daño, causalidad u otros elementos, pues la propia ley estatuye que solo basta la infracción de las normas que regulan las prácticas comerciales restrictivas.

Citó las normas que regulan la libre competencia y las que sancionan a quienes adelantan prácticas en contra de esa libertad, y, al contrastarlas con el material probatorio que aparecía en el expediente, advirtió que evidentemente se encontró un paralelismo en los precios de venta de cemento de las sociedades investigadas, que tuvieron la misma tendencia de estabilidad.

Que, al revisar los movimientos presentados en la venta y precio del cemento para el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005, se advierten indicios de la repartición del mercado en el país y año a año se mantuvo un porcentaje de ventas similar para los fabricantes,

esto es, que no varió su participación, circunstancia anormal en un mercado de libre competencia.

Que, adicionalmente, en el documento denominado Presentación Panamá, encontrado en el computador del director comercial de Cemex, Jorge Neira, estaba descrito el comportamiento de las participaciones de mercado de cemento en Colombia, desde 1988 hasta 2005. Que, inicialmente, se presentó un gráfico de evolución año a año y, posteriormente, se efectuó un análisis del reparto entre Cemex, Holcim y Argos de la participación de mercado de Andino. Y si Argos compró a Andino, no tenía por qué repartir su participación entre el resto de los supuestos competidores.

También dijo el Tribunal que en la visita efectuada a Argos, se halló un archivo denominado Estrategia Argos 2005, en el que se efectuó un análisis de la estructura de la industria en Colombia, y, en relación con la rivalidad entre los competidores existentes, manifestó: *“conducta de la industria, no hay competencia”*.

De lo anterior, coligió que existió una situación de equilibrio entre Argos, Cemex y Holcim, que explicó la estabilidad del comportamiento de la participación en el mercado de estas empresas, evidenciado en los últimos años y, particularmente, en el periodo investigado.

Sostuvo que la SIC cumplió con el procedimiento administrativo establecido para el caso y que la actora contó con la posibilidad de solicitar y controvertir pruebas y de interponer recursos. Que no obstante, se encontró probado el acuerdo de fijación de precios y repartición de mercados, razón por la que se impuso la sanción contenida en los actos administrativos demandados.

Que tampoco se vulneró el principio de la buena fe, pues, como quedó demostrado en la investigación efectuada por el Superintendente de Industria y Comercio, quien tenía plena competencia para actuar, en virtud del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, se acreditó el acuerdo efectuado entre las cementeras investigadas.

Finalmente, dijo que no se vulneraron los artículos 174, 175, 248 y 250 del CPC, pues las decisiones acusadas se basaron en pruebas aportadas en legal forma, y los indicios fueron evaluados y respaldados por los análisis que la SIC realizó de las bases de datos

aportadas por el ICPC, respecto de los precios ofrecidos a los mayoristas del cemento y las variables que lo determinaron, evidenciándose el paralelismo consciente.

6. Fundamentos del recurso de apelación

La parte demandante fundamentó su inconformidad con la sentencia del Tribunal, mediante escrito del 13 de enero de 2013 (Folios 578 a 604), así:

Señaló que la sentencia apelada no analizó ninguno de los argumentos propuestos con la demanda. Que, por el contrario, se limitó a copiar las consideraciones de los actos acusados, analizando cargos que ni siquiera fueron propuestos.

Insistió en que la facultad sancionatoria de la SIC había caducado y adujo que la sentencia no valoró ni estudió las pruebas solicitadas y decretadas, lo que constituye una violación del artículo 304 del CPC y del debido proceso de la demandante. Al respecto, advirtió que con la demanda se solicitó tener como pruebas los actos administrativos demandados y los antecedentes administrativos de las mismas, pero que, no obstante, el Tribunal sólo tuvo en cuenta las pruebas usadas por la SIC para sancionarla.

Indicó que la decisión apelada se basó en pruebas y hechos en los que ni Cemex ni su representante legal participaron, como por ejemplo, la *Presentación Panamá* y la *Estrategia Argos 2005*, en las que se supone se pactó la repartición del mercado y la fijación de precios. A continuación dijo que el Tribunal replicó lo dicho por la SIC sin analizar los supuestos de hecho y las pruebas que llevaron a la imposición de la sanción.

Manifestó que el fallo de primera instancia desconoció los principios de legalidad y tipicidad, pues da por probado un acuerdo anticompetitivo por una práctica conscientemente paralela sin demostrar la consciencia. Dijo que pese a que la sentencia, en principio, reconoce que la práctica conscientemente paralela requiere de dos elementos: el paralelismo y la consciencia sobre el mismo. Que, no obstante, los argumentos se centraron únicamente en el paralelismo y nada dijeron de la consciencia, razón por la que, considera, falta uno de los elementos que configura la conducta sancionada.

Expuso que el Tribunal desconoció los principios de la prueba indiciaria, que condicionan la validez de esta a la inexistencia de contraindicios, por lo que, si sobre un hecho objeto de debate se presentan tanto indicios como los mencionados contraindicios, el hecho se tendrá por no probado.

Dijo que, en este caso, la demandante puso de presente la existencia de elementos suficientes para controvertir los indicios expuestos por la SIC, como por ejemplo, las diferencias en el comportamiento de los precios de las empresas investigadas en el periodo materia de indagación, las razones económicas que justifican la similitud de los precios y la pérdida de mercado de Cemex, que no fueron tenidos en cuenta.

Adujo que, contra las cifras relatadas por el Tribunal, en el año 2005 Cemex disminuyó su participación en el mercado, en comparación a la tenida en el 2004, lo que evidencia el pobre análisis efectuado en la sentencia de primera instancia.

Finalmente, dijo que la sentencia no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 95 del CPC, que establece las consecuencias de la no contestación de la demanda, pues, pese a que reconoció que la SIC no respondió a los argumentos expuestos por Cemex, se respaldaron los motivos del acto administrativo demandado, debiendo hacerse lo contrario.

Por lo anterior, pidió que se revocara la decisión de primera instancia y que, en su lugar, se anularan los apartes acusados de los actos demandados.

7. Trámite en segunda instancia

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

8. Alegatos de segunda instancia

8.1. De la SIC

En escrito del 2 de septiembre de 2013 (folios 8 a 20, cdno apel), la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y pidió que se confirmara la decisión de primera instancia.

8.2 De Cemex

En escrito radicado el 3 de septiembre de 2013 (fls. 25 a 40 cdno apel), Cemex repitió los argumentos planteados en el recurso de apelación y solicitó que se revocara la sentencia del Tribunal, para, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda.

9. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal el Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por Cemex Colombia S.A. contra la sentencia dictada el 19 de noviembre 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 los siguientes artículos de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008 y de la Resolución N° 0091 del 8 de enero de 2010:

- 1. Del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto se declaró culpable a Cemex Colombia S.A. de incurrir en acuerdos para la fijación de precios y la repartición de cuotas de mercado o suministro.*

2. *Del artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto impuso a Cemex Colombia S.A. una sanción pecuniaria por la suma de \$923.000.000.*
3. *Del artículo cuarto de la parte resolutive de la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto declaró que el señor César Constain Van Reck, en su calidad de representante legal de la sociedad Cemex Colombia S.A., incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.*
4. *Del artículo quinto de la parte resolutive la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008, proferida por la Superintendencia de industria y Comercio, en cuanto le impone una sanción pecuniaria de ciento treinta y ocho millones de pesos (\$138.000.000,00) al señor César Constain Van Reck, en su calidad de representante legal de la sociedad Cemex Colombia S.A.*
5. *Del artículo primero de la Resolución N° 0091 del 8 de enero de 2010, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto en el mismo se confirma en todas sus partes la Resolución N° 51694 del 4 de diciembre de 2008.*

3. Problema jurídico

Conforme a lo expuesto, corresponde a la Sala establecer si los actos demandados fueron expedidos irregularmente, con desconocimiento de las normas superiores, tanto constitucionales como legales, en las que debían fundarse y con violación al principio de la buena fe.

No obstante, en primer lugar, la Sala se referirá a la caducidad de la potestad sancionatoria alegada tanto en la demanda como en el recurso de apelación y que no fue resuelta por el Tribunal en la sentencia de primera instancia. Y, a continuación, se estudiarán las demás causales de nulidad propuestas.

4. Caso concreto

4.1. De la competencia desleal

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

“ARTÍCULO 1°. (Modificado por el artículo 1° 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 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 la Sección Primera de esta Corporación (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 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 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 las providencias antes señaladas, 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 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, 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.

4.1.1. 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 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, ya mencionado, 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 está última, a su vez, modificada, 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 demandante 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.

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 (fls. 153 a 164 y 247 y 248), 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.

Ahora bien, 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 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 manifiestan que la última alza de precios del cemento se produjo el 26 de diciembre de 2005. Cemex, por su parte, indicó que el intercambio de información no demuestra que el 31 de diciembre de 2005 estuviera vigente algún tipo de acuerdo de repartición del mercado.

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, habida cuenta que la demandante no logró acreditar otra.

Ahora bien, en el expediente administrativo físico no aparece prueba de la fecha en que se notificó a Cemex de la Resolución No. 51694 del 4 de diciembre de 2008. En el vuelto del folio 135 de la mencionada resolución se advierte la notificación de la misma a la apoderada de Cementos Andino y del señor Federico Molina Soto, efectuada los días 5 y 11 de diciembre de 2008.

No obstante, en el folio 9764 del CD No. 38 de antecedentes administrativos, la Sala encontró el recurso de reposición presentado por Holcim Colombia S.A. contra la Resolución No. 51694, en el que se advierte claramente que esta fue notificada por 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.

Es por ello que, para la Sala, no tiene vocación de prosperidad el cargo propuesto por la actora, reiterado en su recurso de apelación.

4.2. Motivos de inconformidad de Cemex

En el caso concreto, pese a que la actora en el escrito de la demanda presentó amplios cargos contra los actos acusados, en el recurso de apelación se limitó a manifestar dos aspectos fundamentales: (i) La expedición irregular de los actos acusados por indebida valoración probatoria, (ii) la violación a las normas que determinan la comisión de una práctica conscientemente paralela y de los principios de legalidad y tipicidad y (iii) los efectos de la no contestación de la demanda por parte de la SIC.

A continuación, la Sala estudiará estos aspectos desde la perspectiva de las causales de nulidad establecidas en el artículo 84 del CCA.

4.2.1. 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 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 dos aspectos fundamentales, a saber: (i) en la valoración probatoria de los antecedentes administrativos del caso y el alcance otorgado a los indicios⁴ y (ii) en la inclusión de Cemex en hechos en los que no tuvo participación, como la *Presentación Panamá* y la *Estrategia Argos*.

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 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 relacionan⁵:

- Acta de visita de inspección realizada a Cemex el 28 de diciembre de 2005, a las 10:00 am.
- Acta de visita del 29 de diciembre de 2005, realizada en las instalaciones de Cemex, a las 10:00 am.
- 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 Cemex 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.

⁴ 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.

⁵ La información que a continuación se relaciona se encuentra contenida en los dos cuadernos principales y en 40 discos compactos que contienen los antecedentes administrativos en 10.149 folios.

- Costos de transporte debidamente soportados.
- Participación porcentual de 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).

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. No obstante, 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.

Cemex cuestionó también el hecho de que la SIC, al momento de imponer la sanción, no elaborara estudios econométricos para explicar el proceso de formación de precios, estudios que, a juicio de la Sala, no eran necesarios para demostrar el acuerdo en la fijación de los mismos, en particular, si en el expediente aparecían otros medios probatorios que permitían respaldar los indicios con los que contaba la entidad para considerar que, en efecto, la demandante incurrió en una práctica comercial restrictiva, pues existían tendencias y variaciones coordinadas y armónicas, a través del tiempo, de varios agentes económicos, que incidieron en el comportamiento del precio del cemento en el mercado.

En cuanto a la supuesta alusión genérica a los argumentos de los investigados y la falta de valoración probatoria individualizada que, considera la demandante, constituyen una falta de rigor en el análisis de la SIC a las pruebas arrimadas al procedimiento, 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. De ahí que la referencia a *los investigados* para nada afecte la legalidad de los actos acusados.

La demandante adujo también que la SIC, al momento de imputar responsabilidades y sanciones, tuvo en cuenta documentos en los que Cemex no tuvo participación, como por ejemplo la *Presentación Panamá* y la *Estrategia Comercial de Argos*.

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

En efecto, dicho documento fue recaudado en la visita practicada a Holcim, 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. Y si bien ese documento no fue elaborado directamente por Cemex, lo cierto es que indica una participación de la sociedad 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 tácitas 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 es consciente de 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 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 Cemex de dicha concertación.

4.2.2. 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 expresas o tácitas.

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 Sherman⁶ establece que cualquier contrato o conspiración

⁶ 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

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. 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.

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.”

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 del cemento en el país. Ese configura otro indicio en contra de las investigadas.

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 datos de precios y montos diarios de despachos de cemento a las diferentes regiones. En efecto, en la investigación abierta por medio de la Resolución No. 318 de 1997 se habían acreditado estos hechos, sin embargo, en aquella oportunidad no se llegó a la imposición de la sanción, toda vez que las partes ofrecieron garantías, las que fueron aceptadas por la SIC y se ordenó el archivo de la investigación.

También se encontraron en las instalaciones de Cemex 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 Holcim.

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 Cemex 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, de tipicidad y de legalidad de la demandante.

Finalmente, en cuanto al argumento encaminado a que se tuvieran por ciertos los hechos de la demanda, fundados en una presunta falta de contestación a la misma, la Sala advierte que si bien la SIC presentó una respuesta genérica, en la que controvierte argumentos planteados por Cemex, Holcim y Argos de manera conjunta, lo cierto es que sí contestó a los argumentos propuestos como concepto de la violación en este caso, razón por la que no es posible acceder a la pretensión de la sociedad actora.

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: CONFÍRMASE la sentencia del 19 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero