

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 81381 DE
2017 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso Cemento Gris Portland Tipo 1

*Acuerdos de fijación directa o indirecta de precios y Acuerdos de
repartición de mercados
(Numerales 1 y 3 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992)*

**Investigados:
Cementos Argos S.A., Cemex Colombia S.A., Holcim Colombia S.A.,
Cementos Tequendama S.A.S. y Cementos San Marcos S.A.S.**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	4
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	5
3.1. EN RELACIÓN CON LA IMPUTACIÓN DEL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 47 DEL DECRETO 2153 DE 1992 (ACUERDO DE FIJACIÓN DE PRECIOS).....	5
3.2. EN RELACIÓN CON LA IMPUTACIÓN DEL NUMERAL 3 DEL ARTÍCULO 47 DEL DECRETO 2153 DE 1992 (ACUERDO DE REPARTICIÓN DE MERCADOS)	6
3.3. EN RELACIÓN CON LA IMPUTACIÓN DEL ARTÍCULO 1 DE LA LEY 156 DE 1959 (PROHIBICIÓN GENERAL)	6
4. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA SOBRE LA EXISTENCIA DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS POR PARTE DE LOS INVESTIGADOS.	7
4.1 ANÁLISIS DE LA SUPERINTENDENCIA SOBRE EL CONTEXTO NACIONAL E INTERNACIONAL DEL MERCADO DEL CEMENTO Y LOS PARTICIPANTES DE DICHO MERCADO.....	7
4.2 EN RELACIÓN CON EL ACUERDO PARA FIJACIÓN DE PRECIOS DEL CEMENTO PORTLAND TIPO 1 ENTRE LOS AÑOS 2010 Y 2012.	7
4.3 EN RELACIÓN CON LA EXISTENCIA DE UN ACUERDO DE REPARTICIÓN DE MERCADOS.....	9
4.4 EN RELACIÓN CON LA INFRACCIÓN A LA PROHIBICIÓN GENERAL.	9
5. DECISIÓN	9
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	10

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 81381 DE 2017 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso Cemento Gris Portland Tipo 1

Acuerdos de fijación directa o indirecta de precios y Acuerdos de repartición de mercados (Numerales 1 y 3 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992), y Prohibición General (Artículo 1 Ley 155 de 1959)

Investigados:

Cementos Argos S.A., Cemex Colombia S.A., Holcim Colombia S.A., Cementos Tequendama S.A.S. y Cementos San Marcos S.A.S.

Por:

Alfonso Miranda Londoño¹

1. Introducción

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) abrió investigación en contra de cinco (5) empresas cementeras, y catorce (14) personas naturales vinculadas con ellas, luego de varias denuncias que apuntaban a que estas empresas habrían incurrido en practicas contrarias a la libre competencia que aparentemente habrían llevado a un alza injustificada de los precios del cemento gris Portland tipo 1 en Colombia. Así, en este caso la SIC analizó si las conductas adelantadas por las investigadas habrían incurrido en practicas tendientes a limitar a la libre competencia, analizando las conductas de estas compañías a la luz de las normas de competencia, en concreto, los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como la prohibición general (artículo 1 de la Ley 155 de 1959).

¹ Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “Non Governmental Agent – NGA” de Colombia, ante el “International Competition Network – ICN” entre el 2012 y el 2016 y del 2019 hasta la fecha. Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

2. Conductas imputadas

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), a través de la Delegatura para la Protección de la Competencia (La Delegatura), abrió investigación en contra de Cementos Argos S.A., Cemex Colombia S.A., Holcim Colombia S.A., Cementos Tequendama S.A.S. y Cementos San Marcos S.A.S. por presuntamente haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2163 de 1992 (acuerdos de fijación de precios y acuerdos de repartición de mercados), las cuales establecen que:

“Artículo 1 – (Modificado Artículo 1º Decreto 3307 de 1993). 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 y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Parágrafo – El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”

“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.

(...)

3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.”

De igual manera abrió investigación contra catorce (14) personas naturales por presuntamente haber tolerado, facilitado, autorizado, ejecutado o colaborado con las conductas anteriormente mencionadas, de acuerdo con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el cual establece que:

“Artículo 4 – Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.”

Lo anterior, debido a que luego de la correspondiente averiguación preliminar se recaudó material probatorio que daba a entender que, aparentemente, las personas jurídicas investigadas habrían incrementado de manera uniforme y coordinada los precios del Cemento gris Portland Tipo 1, así como un comportamiento

conscientemente paralelo que generaba una repartición del mercado del cemento. Finalmente, consideró que se habría vulnerado la cláusula de prohibición general al haber establecido una practica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia, así como incurrir en precios inequitativos.

3. Consideraciones de la Delegatura

Luego del análisis del material probatorio respectivo, la Delegatura presentó el Informe Motivado en el cual recomendó:

- Declarar administrativamente responsables, y en consecuencia sancionar, por haber vulnerado lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 a las siguientes personas jurídicas:
 - Argos S.A.
 - Cemex S.A.
 - Holcim S.A.
- Declarar administrativamente repsonsables por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 a 7 personas naturales vinculadas con las investigadas.
- Archivar la investigación a favor de Cementos Tequendama S.A.S. y Cementos San Marcos S.A.S. y siete (7) personas naturales vinculadas con las investigadas.

A continuación, el análisis de las consideraciones de la Delegatura para llegar a las conclusiones anteriormente presentadas.

3.1. En relación con la imputación del numeral 1 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo de fijación de precios).

La Delegatura concluyó que Argos, Hocim y Cemex abrian incurrido en un acuerdo de fijación de precios del cemento gris Protland tipo 1, bajo la modalidad de paralelismo consciente, en el periodo comprendido entre enero de 2010 y diciembre de 2012. Lo anterior, al presentarse un incremento sistemático en el periodo investigado de entre el 22% y el 23% en las tres empresas.

Alegó la Delegatura que estos incrementos eran indicativos de un acuerdo colusorio y no correspondían al comportamiento normal del mercado en un ambiente competitivo. Para llegar a la anterior conslusión, la Delegatura argumento lo siguiente:

- Los precios promedio ex fábrica de las investigadas no siguieron el comportamiento de sus propios costos, sino que se evidenció una causalidad entre los incrementos de los precios entre si.

- Al aplicar los marcadores de Harrington, los resultados indicaban que los comportamientos eran más propios de un ambiente colusorio que de un ambiente competitivo.
- Las compañías tenían información sensible la una de la otra, o cual solo podía explicarse, según la Delegatura, si existiese un supuesto de intercambio de información entre las compañías.
- La Delegatura presentó evidencias de viajes fuera del país y varios encuentros o comunicaciones entre funcionarios de las tres compañías sancionadas lo cual era una prueba circunstancial que daba más peso al elemento consciente de la conducta.

Por los argumentos anteriormente planteados, la Delegatura recomendó sancionar a Argos, Cemex y Holcim por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de paralelismo consciente al encontrar probados los dos elementos de esta conducta².

3.2. En relación con la imputación del numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo de repartición de mercados)

En relación con esta conducta, la Delegatura encontró que existía un acuerdo de repartición de mercados entre las tres empresas cementeras dado que las participaciones que estas tenían en el mercado se habrían mantenido estables durante el periodo investigado con independencia de la volatilidad del precio. Para lo anterior, la delegatura adelantó un estudio del mercado para analizar las cuotas de mercado de las empresas estudiando su estacionariedad, concluyendo que estas se mantuvieron estables con independencia de los aumentos de la demanda y la baja volatilidad de los precios, concluyendo que esto se debía a un acuerdo de repartición de mercados.

3.3. En relación con la imputación del artículo 1 de la Ley 156 de 1959 (Prohibición General)

En relación con esta conducta, la Delegatura consideró que, al encontrar probada la existencia del acuerdo de fijación de precios y el acuerdo de repartición de mercados, era procedente imputarles la violación de la prohibición general. En todo caso, recomendó archivar lo pertinente a la presunta fijación de precios inequitativos puesto que no se encontró material probatorio que demostrara dicha conducta.

² El paralelismo de precios y el elemento consciente, el cual se refiere a la consciencia que tienen los agentes del mercado de la conducta paralela entre ellos.

4. Consideraciones de la Superintendencia sobre la existencia de las conductas anticompetitivas por parte de los investigados.

4.1 Análisis de la Superintendencia sobre el contexto nacional e internacional del mercado del cemento y los participantes de dicho mercado.

La Superintendencia analizó el contexto histórico del mercado del cemento en Colombia y el mundo para de esa manera desarrollar un marco conceptual e histórico sobre dicho mercado antes de entrar a analizar las conductas investigadas. En este análisis, la autoridad concluyó que el mercado del cemento, tanto en Colombia como en el mundo, es susceptible a conductas colusorias. De igual manera, la SIC presentó los antecedentes de las investigadas las cuales han sido investigadas, y sancionadas, por vulnerar en el pasado las normas de libre competencia.

4.2 En relación con el acuerdo para fijación de precios del Cemento Portland Tipo 1 entre los años 2010 y 2012.

En primer lugar, la SIC procedió a analizar el concepto de acuerdo anticompetitivo, diferenciando el acuerdo 'directo' de las conductas conscientemente paralelas siendo esta última la modalidad por la cual la Delegatura recomendó sancionar a los investigados. En este orden de ideas, es importante establecer lo siguiente frente al entendimiento de la SIC de estas conductas:

- Los acuerdos directos son aquellos donde hay pruebas que indican de manera directa la existencia de un acuerdo como lo pueden ser correos, mensajes de whatsapp, etc.
- Por otro lado, en el paralelismo consciente no existe dicha prueba directa. Así no haya un acuerdo directo, hay un aumento de precios en un mismo tiempo, valor, con incrementos o variaciones en los mismos periodos de tiempo.
- Además del paralelismo, se han considerado los llamados factores plus que conforman el elemento consciente del acuerdo entre los competidores. Lo anterior, dado que el simple paralelismo de precios no se considera en si mismo una conducta anticompetitiva.

En este orden de ideas, consideró la Superintendencia que los precios que debían analizarse eran los precios ex fabrica del cemento gris Portland Tipo 1. Lo anterior, teniendo en cuenta que estos precios no se veían afectados por factores externos como los impuestos o el costo de transporte.

Luego de analizar la evolución de estos precios a lo largo del periodo investigado, la SIC

consideró que efectivamente hubo un paralelismo entre los precios ex fábrica promedio de los investigados dado que, entre otras consideraciones, los precios se comportaron de manera armónica, los promedios ponderados, así como los componentes cíclicos muestran un comportamiento sincronizado indicando un alto grado de asociación entre las investigadas.

Una vez concluida la existencia del paralelismo por parte de la SIC, procedió la autoridad a analizar el elemento consciente y los llamados 'factores plus' puesto que, como se mencionó anteriormente, el solo paralelismo no se considera como anticompetitivo. Así las cosas, se destacan los siguientes factores plus analizados por la SIC:

- **Principio de no meterse en obras comenzadas.** En este punto, la autoridad encontró una serie de cadena de correos en donde ARGOS y HOLCIM se recriminaban mutuamente el incumplimiento de un llamado principio de no entrar a obras que ya tuviese adjudicada otra de las empresas. Para la autoridad, la existencia de dicho principio, así como la recriminación por precios bajos que se encuentra en los correos, son contrarios a las normas de libre competencia y dan cuenta de un posible comportamiento colusorio entre estas dos empresas.
- **Incumplimiento en subir el precio del concreto.** Frente a este particular, la SIC encontró algunas comunicaciones donde distintos distribuidores le comunicaban a HOLCIM que ARGOS y CEMEX no estarían subiendo sus precios y que por tanto el mercado no estaría aceptando el alza de precios que estaba realizando HOLCIM. En este sentido, la SIC consideró que la extrañeza por el incumplimiento de ARGOS y CEMEX, así como el reclamo hecho por el distribuidor dan cuenta de la posible existencia de un acuerdo para incrementar el precio pues, en concepto de la autoridad, no habría otra explicación para este tipo de comunicaciones.
- **Venta de cemento con precio especial.** La SIC encontró que ARGOS habría vendido cemento Portland tipo 3 (*concretero*) a CEMEX a un 'precio especial' siendo este precio inferior al precio de venta a los clientes de ARGOS. En este punto, la SIC encontró que durante el año 2013 ARGOS le vendió cemento concretero a CEMEX casi 20% más barato de lo que lo vendía a otros clientes, incluso su propia concretera. La SIC no encontró una explicación económica razonable para esta transacción a un precio tan bajo y, aunado a las consideraciones generales del mercado analizadas anteriormente, consideró que esto era indicativo de una práctica contraria a la libre competencia.
- **Préstamo gratuito de ladrillo refractario.** En el año 2012 HOLCIM le prestó a título gratuito ladrillo refractario a CEMEX en un momento de crisis de esta última empresa. Frente a este punto, y dado que aparentemente HOLCIM estuvo dispuesto a colaborarle a CEMEX en términos más favorables que los solicitados, la SIC consideró que no existía una explicación económica razonable para que, en un ambiente de competencia, HOLCIM apoyará a CEMEX gratuitamente en

una circunstancia de crisis de esta última. Lo anterior, sumado a las consideraciones históricas del mercado y sus participantes, hizo que la SIC considerara que esto era indicativo de una conducta colusoria.

Teniendo en cuenta lo anterior, la SIC consideró que se encontraba probada la conducta de acuerdo de fijación de precios bajo la configuración del paralelismo consciente. Lo anterior, pues encontró probado no solo el paralelismo de precios entre las empresas investigadas, sino que encontró varios factores plus que acreditaban el elemento consciente de la conducta, configurando de esta manera la infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153.

4.3 En relación con la existencia de un acuerdo de repartición de mercados.

En este punto, la SIC estableció que distinto a lo que estableció la Delegatura en su Informe Motivado, no encontró material probatorio suficiente que permitiera concluir la existencia de este acuerdo. De esta manera, consideró la SIC que el solo hecho de que las participaciones permanecieran establecidas en los distintos municipios no era prueba suficiente para determinar la existencia de una conducta que vulnerara lo establecido en el numeral 3 del artículo 47 del Decreto 2153.

4.4 En relación con la infracción a la Prohibición General.

Frente a la vulneración de la prohibición general, la SIC consideró que el tracking de precios realizado por las compañías, así como la colaboración para la compraventa de materias primas y demás elementos analizados por la Delegatura no tenían la entidad suficiente para considerarse como conductas que infringieran la prohibición general por sí mismos. En todo caso, consideró que aquellos que si eran contrarios a la libre competencia se subsumían en la conducta de acuerdo de precios analizada anteriormente, por lo que no era posible endilgarla también como una vulneración a la prohibición general.

Finalmente, la SIC consideró acertada la interpretación de la Delegatura frente a la presunta conducta de precios inequitativos pues no encontró elementos probatorios suficientes que permitieran concluir que las empresas habrían establecido precios inequitativos infringiendo de esa manera la prohibición general.

5. Decisión

La SIC decidió sancionar a ARGOS, CEMEX Y HOLCIM por incurrir en un acuerdo de fijación de precios del cemento gris Portland tipo 1 bajo la modalidad de Paralelismo consciente.

De igual manera, decidió archivar la investigación a favor de ARGOS, CEMEX y HOLCIM

en lo referente a las conductas de repartición de mercados y de vulneración de la prohibición general.

Por otro lado, archivó la investigación frente a las 3 conductas a favor de Cementos Tequendama y Cementos San Marcos.

6. Análisis y conclusiones del CEDEC

En este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio investigó y sancionó a tres empresas cementeras, CEMEX, ARGOS y HOLCIM, por haber incurrido en un acuerdo de fijación de precios (numeral 1 del Decreto 2153 de 1992) bajo la modalidad de paralelismo consciente. Frente a esta decisión de la SIC, consideramos importante resaltar lo siguiente:

- La SIC reitera que el mero paralelismo de precios no es suficiente para considerar que existe un acuerdo anticompetitivo. Debe probarse y establecerse el elemento consciente de la conducta, para lo cual se utilizan los denominados factores plus para probar el elemento consciente. Lo anterior teniendo en cuenta que, al tratarse de paralelismo consciente, las pruebas que demuestran el acuerdo son indirectas.
- La SIC consideró importante contextualizar el mercado del cemento en Colombia y el mundo. En este sentido, concluyó la SIC que, a la hora de analizar las conductas de los investigados, en especial los llamados factores plus, era importante tener en cuenta que el mercado del cemento en Colombia y el mundo era un mercado muy concentrado y que por sus características era más proclive a conductas colusorias. Lo anterior, teniendo en cuenta, además, que en el pasado CEMEX, HOLCIM y ARGOS habían sido sancionados por conductas anticompetitivas.
- Frente a los factores plus utilizados por la SIC, es importante resaltar que la inmensa mayoría de las situaciones analizadas comprendían a dos de las empresas investigadas, mas no a las tres. No hubo conductas que se usaran dentro de los factores plus en donde se comprometiera y reprochara el comportamiento simultaneo de las tres investigadas en dicha conducta.
- Frente a la vulneración del principio de no meterse en obras ajenas, así como el incumplimiento del incremento del precio del cemento, no solo no se valoró la respuesta de HOLCIM en cumplimiento de su política de compliance considerando que esta era “acartonada”, sino que además es importante señalar que el incumplimiento de dichos acuerdos más que prueba de los acuerdos, pudo considerarse como prueba de que las empresas efectivamente estaban compitiendo entre ellas.

En conclusión, consideramos que es de suma importancia el análisis que desde la

autoridad se hace de la conducta del paralelismo consciente, analizando lo que ha dicho de esta conducta la doctrina y jurisprudencia, así como frente al análisis que se hace tanto del paralelismo como de los factores plus. Sin embargo, consideramos que pudo haberse hecho un análisis más profundo de los denominados factores plus, máxime cuando puede llegar a ser controversial que se utilice como argumento en contra de los investigados el haber sido sancionados previamente.

Proyectado por: Daniel Luque