

PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Acuerdo en disminución de precios / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Terminación de investigación por suficiencia de los compromisos y otorgamiento de garantía / POLIZA DE CUMPLIMIENTO – Efectividad por incumplimiento de compromisos

Del análisis de todas las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio que se pueden observar en los documentos que hacen parte de expediente, así como de la lectura de los actos acusados, la Sala advierte que la Superintendencia trató de probar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim, al no entregar por escrito los criterios tenidos en cuenta al variar los precios de sus productos, documento que según la Superintendencia debería estar fechado con anterioridad al aumento o disminución de los precios y no que haya tratado de probar si realmente Holcim incurrió en prácticas restrictivas de la competencia, esto por cuanto, a juicio de la Sala el hecho de cerrar una investigación debido al ofrecimiento de compromisos garantizados por una póliza, era suficiente para entender que ante el primer incumplimiento de cualquiera de los compromisos asumidos por Holcim, estaba habilitado para hacer efectiva la póliza. El Esquema de Seguimiento debía ser atendido con toda exactitud para determinar el cumplimiento continuo y sostenido de los compromisos por parte de Holcim sin que fuera necesario iniciar una nueva investigación ya que precisamente el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por Holcim dentro de la resolución garantizaría y daría confianza a la administración de que no se estuvieran llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia, sin necesidad de abrir una investigación, ya que de lo contrario no tendría sentido aceptar ofrecimientos y garantías para continuar con la misma investigación... Ante la comprobación del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas por parte de Holcim la Superintendencia podía declarar el riesgo amparado y hacer efectiva la póliza de cumplimiento. En efecto, no se trata de un proceso de carácter sancionatorio sino que corresponde a la garantía otorgada por Holcim para el cumplimiento de sus ofrecimientos lo cual tiene un carácter de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del estado y de la comunidad en lo que respecta a la libre competencia en el mercado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 2 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTICULO 4

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2007 00111-01

Actor: SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la sociedad actora la nulidad de las siguientes resoluciones expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio: 26362 de 11 octubre de 2006, por medio de la cual se declaró

"el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim en Resolución 34805¹ del 23 de diciembre de 2005 y ordenó hacer efectiva una póliza de cumplimiento, y la Resolución 9176 de 29 de marzo de 2007, por la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución anterior.

Como restablecimiento del derecho se declare que Seguros Comerciales Bolívar S.A. no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000-28635190, se condene a la Nación al pago de todos los perjuicios que Seguros Comerciales Bolívar S.A. hubiera podido sufrir por razón o con ocasión de la expedición y/o de la ejecución de los actos acusados y se condene a la Nación a pagar las costas de este proceso.

1.2. Hechos

De acuerdo con el texto de la demanda, se pueden resumir en los siguientes:

Mediante Resolución 15460 de 30 de junio de dos 2004, la Superintendencia de Industria y Comercio abrió investigación contra varias empresas, dentro de las cuales se vinculó a Holcim, así como a sus representantes legales, por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas de la competencia consistentes en acuerdos de precios y acuerdos para impedir el acceso al mercado, con la consecuente violación de las disposiciones legales que regulan la materia, de conformidad con la Ley 155 de 1959 y el Decreto ley 2153 de 1992.

¹ Por la cual se aceptan unos ofrecimientos por parte de las empresas Cementos Paz del Rio S.A. y Holcim (Colombia) S.A. de "1.Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros". 2.- Abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tenga por objeto eliminar uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos.

Más específicamente la investigación fue abierta por denuncias que coinciden en señalar que en un posible acuerdo las empresas Paz del Río y Holcim, habrían disminuido los precios de sus productos correspondientes a las marcas de Cemento Ganacem y Hércules en los departamentos de Boyacá y Casanare dentro del período comprendido entre noviembre y diciembre de 2003, obligando al denunciante (Cementos Oriente) a salir del mercado, para posteriormente retornar los precios de dichas marcas a valores similares a los existentes antes de su incursión dentro de éste.

Con posterioridad al inicio de esa investigación, mediante escrito radicado bajo el número 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005, Holcim solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio la clausura definitiva de la precitada investigación, comprometiéndose a cumplir una serie de obligaciones, para lo cual ofreció garantías, en los términos del Decreto 2153 de 1992.

Tras la evaluación de los ofrecimientos, realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, se profirió la Resolución 34805 del 23 de diciembre de 2005, a través de la cual aceptó el ofrecimiento de las garantías formulado por Holcim y se ordenó la clausura de la investigación.

En la mencionada Resolución se ordenó que se garantizara el cumplimiento de los compromisos ofrecidos con la constitución de una póliza por valor de \$763.000.000, con vigencia de 1 año, prorrogable por 2 años más, a criterio de esa entidad.

La Superintendencia de Industria y Comercio además de las indicaciones ya mencionadas, complementó la Resolución 34805 de 23 de diciembre de 2005, diciendo que en su deber de verificación del correcto funcionamiento de los mercados, no se veía satisfecho en el presente caso, sin un esquema

de seguimiento que permitiera corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación. Por lo anterior, se estableció en dicha resolución que Holcim debería mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, la información correspondiente a: ***-los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, soportar con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios y - los costos variables medios; además debería igualmente contratar una auditoría independiente, quien presentaría a esta superintendencia informes detallados y pormenorizados sobre la manera en que las obligadas irían cumpliendo todos y cada uno de los compromisos .***

Conforme con lo ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio, Holcim constituyó póliza de cumplimiento No. 1000-286351901 expedida por la compañía Seguros Comerciales Bolívar S.A., por valor de \$763.000.000, a través de la cual se amparó el cumplimiento por parte de Holcim de las garantías aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución 34805 de 2005.

Con posterioridad a la actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio realizó visita administrativa a la sede de Holcim el 24 de mayo de 2006, con el fin de verificar el cumplimiento real y efectivo de los compromisos adquiridos por ella en Resolución 34805 de 2005, enfocando su atención en la solicitud de información y recopilación de la documentación relacionada con el punto de esquema de seguimiento de la mencionada resolución, estableciendo que existía un presunto incumplimiento, por lo que la Superintendencia procedió a formular la respectiva solicitud de explicaciones a Holcim en julio de 2006.

La actuación administrativa iniciada para determinar si hubo incumplimiento por parte de Holcim al esquema de seguimiento, fue resuelta sin vincularse en la etapa previa a la decisión, a Seguros Comerciales Bolívar., S.A. garante de dichos compromisos.

Tras evaluar el escrito de explicaciones presentado por Holcim, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que Holcim no demostró el cumplimiento de las garantías aceptadas en la Resolución 34805 de 2005; esto por cuanto no dejó las constancias exigidas en el esquema de seguimiento establecido en dicha resolución respecto de ***“los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, soportar con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios”***.

En desarrollo de la premisa de aparente incumplimiento del esquema de seguimiento, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró en la Resolución demandada 26362 de 2006 el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim, la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000-286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar y ordenó hacer efectiva esa póliza.

La Superintendencia de Industria y Comercio, dentro del trámite de la vía gubernativa, respecto de la Resolución 26362 de 11 de octubre de 2006 pretendió dar cumplimiento a lo dispuesto en las normas sobre notificación de actos administrativos, enviando a Seguros Comerciales Bolívar S.A. una citación para la notificación personal de la mencionada Resolución, la cual fue recibida por esa aseguradora solo el 14 de noviembre de 2006, cuando ya había sido desfijado el edicto correspondiente y el tiempo para ejercer el derecho de defensa finalizaba de manera inminente, sin oportunidad suficiente para obtener copias del expediente administrativo.

Seguros Comerciales Bolívar S.A., sin contar con la información suficiente, interpuso dentro del término legal el correspondiente recurso de reposición contra la Resolución 26362 del 2006, el cual fue resuelto mediante Resolución 9176 del 29 de marzo de 2007, confirmándose en todas sus partes la Resolución recurrida.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La actora invoca como normas vulneradas los artículos 6, 29, 123, 209, 333 y 334 de la Constitución; 2, 28, 34, 35, 44 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 2 y 4 del Decreto 2153 de 1999; y 1054, 1072, 1056, 1077, 1088 y 1089 del Código de Comercio, argumentando:

- Se vulneró el artículo 29 de la Constitución de manera concordante con los artículos 28, 34, 35 y 44 del C.C.A., toda vez que no es admisible que la Superintendencia de Industria y Comercio inicie una actuación administrativa que habría de definirse mediante la determinación de un posible incumplimiento de los compromisos por parte de Holcim, con claros efectos patrimoniales para la aseguradora como garante de aquellos compromisos, sin que se le vincule adecuada y oportunamente, transgrediendo abiertamente lo dispuesto en estos artículos.

-El trámite de notificación de la **Resolución** 26362 del 2006 se dio de manera irregular, violándose con ello el derecho de defensa de la actora, la cual, en un esfuerzo por presentar ante esa entidad los argumentos de hecho y de derecho que le asisten en este caso, se vio en la necesidad de obtener la información correspondiente a través de Holcim, de manera informal y transcurrido más de un mes de la expedición del precitado acto administrativo.

-La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en falsa motivación en los considerandos de los actos acusados al afirmar que Holcim no demostró el cumplimiento de las garantías aceptadas, respecto del “Esquema de Seguimiento” por no dejar a disposición de la Superintendencia las constancias respecto de los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de los productos. La falsedad se configura por cuanto tal exigencia no se consignó en el numeral 3.4.1 de la Resolución 34805 del 2005, ni en el literal b, del numeral 2 de la misma, ya que los criterios para la determinación unilateral de precios inicialmente informados a la Superintendencia de Industria y Comercio no sufrieron modificación alguna que generara la actualización de los mismos.

Hubo extralimitación de la órbita constitucional y legal en el desarrollo de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la exigencia de esa entidad para efectos del cumplimiento del “esquema de seguimiento”, de unas condiciones que no fueron expresamente pactadas como la firma previa del documento de criterios.

Se suma a lo anterior, la conexión que hace la demandada cuando afirma, sin bases, que Holcim incumplió el numeral 3.4.1. del “esquema de seguimiento” y por tanto los “compromisos” contenidos en el literal b) numeral 2 de la Resolución 34805 de 2005, procediendo en consecuencia, la afectación de una póliza de seguro de cumplimiento que cubría el cumplimiento.

-La afirmación según la cual en los seguros de cumplimiento en los cuales aparece como beneficiaría una entidad estatal es obvia la obligación de demostrar el monto de los perjuicios causados, en tanto el valor de la suma a pagar por el acaecimiento del riesgo asegurado, ha sido definido

previamente, debe ser desvirtuada por cuanto no existe fundamento legal incorporado en norma que así lo disponga.

No se pactó ningún preestablecimiento del monto de la suma asegurada exigible en caso de incumplimiento, entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la aseguradora y mucho menos se trató de un seguro cuyo valor asegurado dispone la ley, se trató de una cifra acordada entre la Superintendencia de Industria y Comercio y Holcim que al señalarse en la póliza, se traduce en un límite de responsabilidad, exigible al asegurador una vez cumplido con el presupuesto de que trata el artículo 1077 del C.Co.

La Superintendencia de Industria y Comercio ante un aparente incumplimiento del punto 3.4.1 del “esquema de seguimiento” incorporado en la Resolución 34805 de 2005, extralimitó la obligación contractual consignada en la póliza de cumplimiento, al incluir dentro de dicha obligación el “esquema de seguimiento” que fijó para Holcim en la verificación de sus compromisos, y se limitó arbitrariamente y desproporcionadamente a hacer efectiva la póliza de cumplimiento por el valor asegurado, sin sujeción a las normas que en materia de indemnización le son propias al seguro de cumplimiento.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia de Industria y Comercio, contestó a la demanda, en resumen, con los siguientes argumentos:

-Respecto del argumento de la actora en el sentido de que debió ser

vinculada al inicio de la actuación administrativa, manifiesta que una vez Holcim presentó respuesta a la solicitud de explicaciones, pidió pruebas y aportó los documentos que en su concepto probaban el cumplimiento del numeral 3.4.1 “Esquema de Seguimiento” de la Resolución 34805 de 2005; y al ser Holcim la titular de los documentos e información que se requería para probar lo solicitado, era innecesario que un tercero, la aseguradora, aportara los mismos documentos.

Si bien la demandante es la garante de Holcim en la póliza de seguros, legalmente se encuentra facultada para intervenir en la actuación, una vez se le notifique el acto administrativo que declara el siniestro, y para declarar el siniestro no se requería la intervención de la aseguradora.

La parte actora interpretó de manera equivocada el artículo 28 del C.C.A., pues esta norma en el contrato de seguro de cumplimiento en el que una entidad pública tenga la calidad de beneficiaria, para efectos de declarar el siniestro no es necesario saber la posición de la aseguradora, puesto que lo importante es respetar en la actuación el debido proceso del tomador del contrato de seguro, antes de declarar el siniestro, si hay lugar a ello.

Como quiera que la aseguradora dentro del término legal interpuso recurso de reposición contra la Resolución demandada 26362 de 2006, se descarta la violación al derecho de defensa que alega la recurrente, ya que operó la notificación por conducta concluyente de que trata el artículo 48 del C.C.A.

Las obligaciones que se encuentran reseñadas bajo el acápite esquema de seguimiento, son conductas de acción o de omisión que permiten durante el tiempo de su exigibilidad verificar la efectiva eliminación de las conductas presuntamente anticompetitivas por las cuales se inició la investigación.

La póliza de seguro sí amparaba el cumplimiento de las obligaciones

contenidas en el “esquema de seguimiento”, pues las garantías son todas las obligaciones adquiridas en la Resolución de aceptación de garantías por parte de los investigados, las cuales, para el caso de Holcim, se encontraban distribuidas en los compromisos, en el esquema de seguimiento y en la constitución de la póliza de seguro.

La Superintendencia no interpretó indebidamente el numeral 3.4.1. “Esquema de Seguimiento” de la resolución de aceptación de garantías, pues una lectura sistemática de este numeral permite concluir que Holcim no sólo no cumplió con las constancias que debía dejar antes de variar el precio de su producto, sino que además no soportó debidamente los criterios que tuvo en cuenta en cada modificación de precio que efectuó.

Si bien en el informe de auditoría se señala que Holcim estaba cumpliendo con las obligaciones contenidas en la Resolución 34805 de 2005, en relación con las conductas objeto de investigación, esto no es suficiente para concluir que Holcim estaba cumpliendo con la Resolución en mención, además en el estudio de mercado que realizó Holcim para probar los criterios tenidos en cuenta para variar los precios, no se probaban los supuestos de hecho en que se basaban dichos criterios.

Resulta forzoso concluir que el deber general de cumplir la normatividad vigente en materia de libre mercado, que en el caso en examen consiste en fijar de manera unilateral y no concertada los precios del cemento, se verá garantizado bajo el presupuesto de que cada incremento o disminución del precio esté debidamente soportado en documento que habrá de permanecer a disposición de la Superintendencia, en el cual se especifiquen los criterios tenidos en cuenta en la respectiva modificación, estableciéndose adicionalmente la obligación de dejar constancia escrita por la presidencia o del órgano competente para fijar el precio, sobre los criterios determinantes

de la decisión.

En la visita realizada por la Superintendencia quedó demostrado que la presidencia o el órgano competente para fijar precios en Holcim, no dejó por escrito, en el momento de realizar cada modificación de los precios, los criterios tenidos en cuenta para tales variaciones, por lo que resulta forzoso concluir que esta sociedad incumplió la obligación contenida en el numeral 3.4.1. “Esquema de Seguimiento” y, por ende, el literal b del numeral 2. “Compromisos” de la Resolución 34805 de 2005.

El documento que recoge los criterios tenidos en cuenta para modificar el precio y las constancias exigidas deben corresponder a las fechas en que se produzcan las respectivas modificaciones, pues sólo de esa manera es posible establecer que los precios fueron fijados de manera unilateral, atendiendo estrictamente a las reglas de mercado.

Para declarar el incumplimiento de las garantías no se requería que Holcim hubiera incurrido nuevamente en las mismas conductas anticompetitivas objeto de investigación, sino que hubiera incumplido cualquiera de las contenidas en la Resolución 34805 de 2005. Así las cosas, no se incurrió en extralimitación de funciones o en una ilegalidad en la expedición de las resoluciones acusadas.

Los compromisos que a juicio del Superintendente, no cumplían las exigencias del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en cuanto que no se constituían en garantía suficiente que permitiera terminar la investigación, fueron complementados con una serie de mecanismos (Esquema de Seguimiento), a partir de los cuales esa entidad podría corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se estaba incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la

investigación, por tanto serán obligaciones de hacer a cargo de Holcim.

Contrario a lo sostenido por la actora, el “esquema de seguimiento” contenido en la Resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005, hace parte de las garantías suficientes que permitieron a esta Superintendencia acceder al beneficio de terminación anticipada de la investigación que se adelantaba en contra de Holcim.

A Holcim en la Resolución de aceptación de garantías, se le indicó el valor asegurado y la consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a su cargo; y por su parte, la compañía de seguros sabía de antemano que en caso de declararse el incumplimiento de las obligaciones a cargo de Holcim se haría efectiva la póliza en su totalidad, como quiera que ésta fue un elemento esencial para que se hubieran aceptado las garantías y terminado el proceso.

La declaración de incumplimiento de las garantías aceptadas a Holcim mediante Resolución 34805 de 2005, no obedeció a una facultad discrecional sino a una reglada, y por tanto las resoluciones acusadas se motivaron de acuerdo a la realidad fáctica y jurídica.

II. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 9 de julio de 2009 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, denegó las pretensiones de la demanda considerando en resumen lo siguiente:

- Respecto del cargo de violación del artículo 29 de la Constitución y de los artículos 28, 34, 35 y 44 del C.C.A. el Tribunal consideró:

1.- De manera concreta la actora aseguró que la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el debido proceso, toda vez que inició una actuación para verificar el cumplimiento de compromisos relativos al esquema de seguimiento y terminó concluyendo que existió incumplimiento de compromisos, sin que exista debate jurídico ni pruebas sobre eso.

Sostuvo que no tuvo en cuenta el informe de la firma auditora externa que concluyó que HOLCIM no había realizado acuerdos o conductas anticompetitivas y que los precios habían sido fijados unilateralmente.

Anotó que con referencia al informe que le suministró el auditor externo, la Superintendencia de Industria y Comercio expresó que no estaba acompañado de los documentos necesarios que le permitieran llegar a la misma conclusión, cuando lo procedente habría sido que le solicitara la ampliación de la información.

- Antes de resolver este cargo, el Tribunal toma en cuenta que la obligación a la que se comprometió Holcim en el esquema de seguimiento consistía en mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, debería soportar con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en esos precios, para lo cual la Presidencia u órgano competente para fijar el precio, debía hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.

De las consideraciones de los actos acusados establece el Tribunal que dentro de la actuación administrativa llevada a cabo por la Superintendencia de Industria y Comercio, sí existió debate jurídico y pruebas del incumplimiento, toda vez que al momento de realizarse la visita no se contaba con toda la información solicitada, la cual fue adjuntada con

posteridad.

Como explica la Superintendencia, los compromisos señalados en el esquema de seguimiento, tienen como finalidad asegurarle a la Superintendencia de Industria y Comercio que los precios iban a ser fijados de manera unilateral, de tal forma que al no contarse con los documentos que establecieran los criterios para la modificación del precio, la Superintendencia de Industria y Comercio no podía determinar que en efecto ese precio se tomó de manera unilateral, sin violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas.

En este punto es del caso precisar, que la obligación se entiende cumplida en el momento en que la Superintendencia de Industria y Comercio solicita esos documentos y se aportan en ese instante, ya que de otra forma, esos documentos pueden ser modificados y además no dan fe de que en efecto las decisiones de modificaciones de los precios se tomaron con base en unos criterios determinados con antelación.

En cuanto al informe rendido por la firma auditora, la Superintendencia de Industria y Comercio en su oportunidad le manifestó a Holcim S.A., que si bien esa firma concluía que no había realizado acuerdos o conductas anticompetitivas y que los precios habían sido fijados unilateralmente, el informe no estaba acompañado de los documentos necesarios que le permitieran llegar a la misma conclusión.

De igual forma indicó que ese informe no reemplazaba las constancias que por cada modificación de precios, debió dejar la presidencia u órgano competente para fijar los precios.

Frente a lo anterior, considera el a quo que le asiste razón a la Superintendencia de Industria y Comercio, puesto que el informe de la

auditoría no reemplaza los documentos establecidos en el esquema de seguimiento que debían estar a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio y, por tanto, no se encuentra que hubiera habido vulneración alguna al debido proceso.

2.- Seguros Comerciales Bolívar manifestó que en su calidad de tercero vinculado en la Resolución 26362, ha sido objeto de desconocimiento de su derecho de defensa toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede iniciar una actuación administrativa que habría de definirse mediante la determinación de un posible incumplimiento de los compromisos por parte de HOLCIM, con efectos patrimoniales para la aseguradora como garante de esos compromisos, y se abstenga de vincularla adecuada y oportunamente.

En cumplimiento de la Resolución 34805 de 2005, Holcim obtuvo la póliza de garantía con Seguros Comerciales Bolívar, de tal forma que desde ese momento la compañía aseguradora tuvo conocimiento de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia, razón por la cual no puede alegar que no tenía conocimiento de esa actuación.

Mediante escrito presentado el 16 de noviembre de 2006, la apoderada de Seguros Comerciales Bolívar S.A. presentó recurso de reposición en contra de la Resolución 26362 de octubre 11 de 2006, por medio de la cual resolvió declarar el incumplimiento de las garantías aceptadas mediante la Resolución 34805 de 2005, visible a folios 317 a 335 del cuaderno de antecedentes. Como se advierte, la compañía aseguradora demandante tuvo conocimiento y fue vinculada a la actuación administrativa en el momento en que suscribió la póliza de seguro de cumplimiento, sin embargo, una vez fue declarado el incumplimiento, se le notificó este acto con la finalidad de que pudiera presentar los recursos para ejercer su

derecho de defensa.

3.- El actor argumentó que además de lo anterior, se realizó una notificación irregular de la Resolución 26362 de 2006 frente a la aseguradora, por cuanto no fue notificada personalmente a Seguros Bolívar, lo cual se expuso en el escrito de reposición.

Mencionó que la Superintendencia de Industria y Comercio le envió una citación para la notificación personal, la cual sólo fue recibida hasta el 14 de noviembre de 2006, cuando ya había sido desfijado el edicto correspondiente y el tiempo para ejercer el derecho de defensa finalizaba de manera inminente sin oportunidad para obtener copias del expediente.

Frente a este punto el Tribunal señaló que sí bien la Resolución 26362 de 2006 se notificó por edicto, el cual se desfijó el 25 de octubre de 2006, por medio de escrito radicado el 16 de noviembre de 2006, visible a folios 317 a 335 del cuaderno de antecedentes, la apoderada de Seguros Comerciales Bolívar interpuso recurso de reposición en contra de esa Resolución, el cual fue resuelto por medio de la Resolución 09176 de marzo 29 de 2007 confirmando la Resolución recurrida.

Indica igualmente el a quo que si bien la Resolución 26362 de 2006 no se notificó de manera personal, la compañía aseguradora tuvo conocimiento de su expedición y pudo ejercer su derecho de defensa al interponer el recurso de reposición, razón por la cual no hubo violación al debido proceso.

Respecto del cargo de violación a los artículos 2 y 84 del C.C.A. y de los artículos 2 y 4 del Decreto 2153 de 1999 el a-quo consideró:

El actor explicó que la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en

falsa motivación en los considerandos de la Resolución 26362 de 2006 confirmada por la Resolución 9176 de 2007, al afirmar que HOLCIM no demostró el cumplimiento de las garantías aceptadas, respecto de las constancias que debió dejar, por cuanto en el momento de realizar cada modificación de precios, no se dejaron por escrito los criterios que se tuvieron en cuenta para esas variaciones, supuestamente porque esos criterios debían ser preparados de manera previa a la modificación del precio.

Precisó que la falsedad se configura por cuanto esa exigencia no se consignó en el numeral 3.4.1 de la Resolución 34805 de 2005, ni en el literal b) del numeral 2 de esa misma norma.

Recordó que a lo que se comprometió la empresa fue a informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendría en cuenta para la determinación unilateral de precios, la cual se mantendría en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, y la actualización demanda una previa modificación de los criterios inicialmente establecidos e informados, lo que no se relaciona con una modificación futura de precios que puede ocurrir ante circunstancias cambiantes que impactan en un sentido o en otro los criterios ya establecidos.

Enfatizó que los criterios para la determinación unilateral de precios inicialmente informados a la Superintendencia de Industria y Comercio no sufrieron modificación alguna que generara la actualización de los mismos, sino que, por el contrario, los criterios que permanecieron se tuvieron a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Resaltó que hubo extralimitación en la órbita constitucional y legal aplicable

para el desarrollo de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el hecho de la exigencia por parte de esa entidad, para efectos del cumplimiento del esquema de seguimiento, de unas condiciones que no fueron expresamente pactadas.

Del contenido de la Resolución No. 34805 de diciembre 23 de 2005 establece el Tribunal que no se encuentra configurada la falsa motivación en los actos acusados ya que la obligación exigida por la Superintendencia sí estaba consagrada en la Resolución por medio de la cual se aceptó la garantía, y por tanto no es cierta la afirmación consistente en que esa entidad pretendía el cumplimiento de una obligación no pactada, razón por la cual no hubo falsa motivación en los actos demandados.

De esta manera, Holcim debía poner a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios, y soportarlos con la documentación necesaria, para lo cual el órgano competente debía dejar por escrito los criterios determinantes de la decisión, situación que no ocurrió en la visita realizada.

Así mismo, es del caso precisar que en ningún momento la Superintendencia de Industria y Comercio derivó del incumplimiento de esta obligación, el incumplimiento de los compromisos presentados por la empresa, puesto que tanto esos compromisos como las obligaciones del esquema de seguimiento formaban parte de la garantía aceptada, y el incumplimiento de cualquiera de ellos estaba cobijado por la póliza de cumplimiento.

-El cuarto cargo respecto de la violación de los artículos 1054, 1072, 1056, 1077, 1088 y 1089 del Código de Comercio, en fallo de primera

instancia se analizan dos cargos propuestos por el actor:

Acotó que el riesgo asegurado en la póliza se refiere exclusivamente al evento de incumplimiento de los compromisos adquiridos por HOLCIM, cristalizados en conductas que se propusieron a la Superintendencia de Industria y Comercio y que se consignaron dentro del acápite de compromisos de la Resolución 34805 de 2005.

Son esas garantías ofrecidas por HOLCIM y aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio como compromisos, a las que se refiere el objeto de la póliza cuando señala "garantizar el cumplimiento por parte de HOLCIM de las garantías aceptadas por el asegurado mediante la Resolución 34805 de 2005".

Para resolver este cargo el Tribunal tuvo en cuenta que en la Resolución 34805 de 2005, por medio de la cual se aceptaron unos ofrecimientos de garantías, la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta que las empresas investigadas entre ellas HOLCIM, presentaron un documento en el cual realizaron un ofrecimiento compuesto por los siguientes compromisos:

- *Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros.*
- *Abstenerse de realizar conductas con la intención de impedir el acceso de competidores al mercado de cemento y a sus canales de comercialización.*
- *Abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando esa conducta tuviera por objeto eliminar uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos.*

Para lo anterior se comprometieron de manera independiente a:

- *Establecer los precios de sus productos en forma unilateral y autónoma de conformidad con los criterios que previamente establezca.*
- *Informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendría en cuenta para la determinación unilateral de precios. En el futuro la información se mantendría en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas.*
- *Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio información actualizada respecto de la red de distribución de cemento Portland Gris TIPO I, incluyendo los municipios o zonas del territorio nacional en los cuales se encuentran esos distribuidores.*

Al estudiar este ofrecimiento la Superintendencia de Industria y Comercio entendió que era idóneo, pero en la medida en que las empresas investigadas constituyeran cada una, por separado, póliza de seguros o garantía bancaria por valor de \$763.000.000 con vigencia de un año, prorrogable por dos años más, y que los representantes legales de esas empresas constituyeran cada uno póliza de seguros o garantía bancaria por valor de \$114.450.000, que equivalen al 100% de la sanción máxima que la Superintendencia de Industria y Comercio le puede imponer a esas empresas y a los representantes legales por infracción a las normas sobre promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Además de lo anterior, la Superintendencia consideró que su deber de verificación no se vería satisfecho sin un esquema de seguimiento que permitiera corroborar el cumplimiento de lo prometido, y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación, para lo cual dispuso que las obligadas **debían:**

“Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos, y por ende, deberían soportar con la documentación necesaria, cualquier

disminución o aumento en esos precios, para lo cual la Presidencia u órgano competente para fijar el precio, debía hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.

“Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados.

“Dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esa Resolución, cada empresa debía contratar un auditor independiente, quien presentaría a la Superintendencia informes detallados y pormenorizados sobre la manera en que las investigadas venían dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos.”

De acuerdo con lo anterior, para el a quo es claro que la garantía a la que se comprometió Holcim estaba integrada por los compromisos descritos en la parte considerativa de la Resolución, el esquema de seguimiento y la póliza de cumplimiento o garantía bancaria.

Ahora bien, la póliza que cada empresa debía constituir debía garantizar el cumplimiento de los compromisos que trata la Resolución.

Concluye que si la garantía está compuesta tanto por los compromisos que presentaron las investigadas como por el esquema de seguimiento, ambos mencionados en la Resolución, la póliza de cumplimiento garantizaba ambas obligaciones.

Entonces si los compromisos presentados por las investigadas pretendían garantizar que no se incurriría nuevamente en prácticas comerciales restrictivas, y por su parte las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento buscaban corroborar el cumplimiento de lo inicialmente prometido, la póliza debía amparar todas las obligaciones puesto que todas tienen una finalidad común.

Además de lo anterior, al observarse la póliza, visible a folios 60 a 64 del cuaderno principal, se encuentra que el objeto de la póliza es garantizar el cumplimiento por parte de Holcim (Colombia) S.A. de las garantías aceptadas por el asegurado mediante la Resolución 34805 de 2005, y como dentro de la garantía aceptada están los compromisos y el esquema de seguimiento, es claro que amparaba el incumplimiento de cualquier obligación contenida en este último.

En consecuencia, dado que las obligaciones establecidas en el esquema de seguimiento sí estaban amparadas en la póliza, sí había lugar a declarar el siniestro y por tanto no le asiste razón a la parte actora.

- Argumentó la actora que no es cierto que en los seguros de cumplimiento en los cuales aparece como beneficiario una entidad estatal se obvia la obligación de demostrar el monto de los perjuicios causados, en tanto la suma a pagar por el acaecimiento del riesgo asegurado ha sido definido previamente, por cuanto no existe fundamento legal incorporado en norma alguna que así lo disponga, y por tanto se requiere una estipulación contractual en este sentido, lo cual no ocurrió en este caso.

Precisó que el valor a indemnizar, derivado de un supuesto incumplimiento de compromisos adquiridos y garantizados a través de la póliza, serían equivalentes a la suma que se determine y soporte como cuantía de daños ocasionados con ocasión de la transgresión legal que implicaría, situación que no se demostró por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En este punto el a quo tuvo en cuenta que el seguro de cumplimiento tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanen de las leyes o de los contratos.

Es un seguro de daños de carácter patrimonial, ya que pretende el

restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro).

El tomador del seguro, es la persona llamada a tomar el seguro para garantizar el cumplimiento del contrato o de la norma, de tal forma que el riesgo asegurado es el incumplimiento de sus obligaciones.

En este caso en la póliza se establece que el bien /coberturas son las disposiciones legales, el valor asegurado es de \$763.000.000 y la prima es de \$6.104.000.

El amparo básico consiste en lo siguiente:

"Seguros Comerciales Bolívar S.A., ampara a la entidad asegurada por el riesgo de incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro, de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (leyes, decretos, reglamentos, etc.) señalados en la carátula de la presente póliza, imputable a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal".

Ahora bien en la Resolución 34805 de 2005, por medio de la cual se aceptan los ofrecimientos de las garantías, la Superintendencia dispuso que el valor de las pólizas debían ser de \$763.000.000 y de \$114.450.000, toda vez que equivalían al 100% de la sanción máxima que esa entidad podía imponer a las empresas investigadas y a los representantes legales, respectivamente, por infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Bajo este entendido, advierte el Tribunal que al incumplirse alguno de los compromisos aceptados en esa Resolución, la Superintendencia tenía la facultad de cobrar todo el valor del valor la póliza, por cuanto no se estipuló lo contrario, ni se hizo excepción alguna.

A su vez, debe tenerse en cuenta que el valor de la póliza no fue determinado de manera arbitraria, puesto que correspondía a la sanción que se hubiera impuesto por infracción a las normas sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas, y por tanto al ordenar todo su cobro no actuó en contra de la ley.

Además ante el incumplimiento de una norma de este tipo se producen unos efectos en el mercado que hacen que el valor del daño causado sea incalculable, razón por la cual hay lugar a cobrar todo el valor de la póliza.

No se observa vulneración alguna del artículo 36 del C.C.A., puesto que la Superintendencia de Industria y Comercio al encontrar el incumplimiento de alguno de los compromisos adquiridos por parte de Holcim, podía cobrar en su totalidad el valor de la póliza, puesto que este correspondía al valor máximo de la multa que se hubiera impuesto al encontrarse infracciones a las normas sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas, y por tanto no hubo desproporción alguna.

III. APELACIÓN

La Compañía de Seguros Bolívar, por intermedio de apoderado presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

El Tribunal debió reconocer literalmente la manifestación de idoneidad y suficiencia de los COMPROMISOS ofrecidos, absteniéndose de dar un reconocimiento legalmente injustificado a la afirmación que de manera acomodada realizó la Superintendencia de Industria y Comercio en la contestación de la demanda, a partir de la cual esa entidad pretendió redefinir a su favor las reglas del juego, con posterioridad a la expedición de

la Resolución 34805 de 2005 y durante el trámite de expedición de los actos administrativos demandados, afirmando que las obligaciones de Holcim que se incorporaron en el punto relativo al “Esquema de Seguimiento” se entendían complementarias de los “Compromisos” asumidos por esa empresa, constituyendo un compromiso más y por tanto cubiertos por la garantía de seguros.

Las obligaciones establecidas en cabeza de Holcim para la facilitación de un adecuado seguimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio respecto del cumplimiento de dichos “Compromisos” se estableció en numeral aparte de los considerandos de la Resolución de aceptación de garantías bajo la denominación de “Esquema de Seguimiento”; todo esto de manera integral para la toma de decisión de suspensión de la investigación que en ese momento adelantaba la Superintendencia de Industria y Comercio.

Se comprende la utilidad de la falsa motivación de una supuesta insuficiencia de garantías, de cara a la intención de la Superintendencia de Industria y Comercio de incorporar en su beneficio el “Esquema de Seguimiento” dentro del marco de los “Compromisos” establecidos en la Resolución 34805 de 2005. Sin embargo, ello constituye una falsa motivación en la expedición de los actos.

La Superintendencia de Industria y Comercio resolvió a través del párrafo segundo del artículo PRIMERO de la parte Resolutiva de la Resolución 34805 de 2005 que *“...Holcim (Colombia) S.A constituirán póliza de seguros o garantía bancaria a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, **que garantice el cumplimiento de los COMPROMISOS de que trata la presente Resolución,** por valor de setecientos sesenta y tres millones*

(\$763'000.000), con vigencia de un (1) año, prorrogable por otros dos (2) años más a criterio de esta Entidad".

El esquema de seguimiento incluye no solo la obligación de *“3.4.1. Mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.”* de la cual no se dispone la exigencia legal a partir de la cual se pudiera pretender que la documentación sustentatoria de alguna modificación de precios debería siempre elaborarse de manera previa a dicha modificación, sino también la obligación de *“3.4.3. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente Resolución, cada una de las obligadas deberá contratar un auditor independiente, quien presentará a esta Superintendencia informes detallados y pormenorizados sobre la manera en que las obligadas vienen dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos en el considerando segundo del presente acto....”*

Si el informe de auditoría hubiese evidenciado un incumplimiento de todos o algunos de los “Compromisos” ofrecidos por Holcim, incorporados en la Resolución 34805 bajo el considerando SEGUNDO, la Superintendencia de Industria y Comercio, habida cuenta de que lo ofrecido no habría sido efectivamente cumplido declararía el correspondiente incumplimiento de “Compromisos” para proceder a hacer efectiva la póliza de seguro 1000-286351901.

De esta forma y con referencia al cabal cumplimiento de los “Compromisos” por parte de Holcim, la firma auditora ERNST & YOUNG verificó la conformidad en este tema, según lo expresado en informe del 31 de julio de 2006 que en forma oportuna fue remitido a la Superintendencia de Industria y Comercio y radicado en esa entidad bajo el número 03-104506-00160-0005 del 18 de agosto de 2006 y que reposa en este expediente dentro del conjunto de antecedentes remitidos por la Superintendencia de Industria y Comercio al Tribunal, a cuyo tenor se señaló:

"Nuestra revisión se efectuó de acuerdo con procedimientos que se consultaron con la compañía, con el fin de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la manera en que la misma ha venido dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos en el considerando segundo de la Resolución... 34805 del 23 de diciembre de 2005..."

...A. Compromiso de no incurrir en conductas anticompetitivas

(...)

...Con base en los procedimientos desarrollados no evidenciamos que la Compañía haya realizado o se encuentre realizando acuerdos o conductas anti competitivas.

B. Determinación unilateral de precios

(...)

...De acuerdo con las tablas de precios evidenciadas en el sistema integrado de información no se identificaron cambios en los precios que no hayan sido documentados teniendo en cuenta los criterios mencionados anteriormente.

C. información sobre La red de distribuidores

(...)

...No se evidenciaron situaciones que pongan de manifiesto el incumplimiento de este compromiso.

D. Compromiso de abstenerse de disminuir el precio del cemento por debajo de los costos variables

(...)

...No se evidenciaron situaciones que pongan de manifiesto el incumplimiento de este compromiso.

E. Constitución de Garantías

(...)

*Observamos la constitución de las pólizas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio **garantizando el cumplimiento de los compromisos adquiridos.,,***

...No se evidenciaron situaciones que pongan de manifiesto el incumplimiento de la constitución de garantías.”

La Superintendencia de Industria y Comercio desecha la importancia de este informe, respecto del comportamiento legal que debe observar Holcim en materia de reglas de competencia, objeto de garantía mediante póliza de seguros, por cuanto al momento de proferir los actos demandados, lo único que busca es sancionar a Holcim por no contar en el momento de la visita realizada, con una documentación requerida según su libre e inadecuada interpretación del numeral 3.4.1. de la Resolución 34805.

El Tribunal, validando esta conducta arbitraria, considera que el documento que sustenta la modificación de precios debería haberse firmado previamente a dicha modificación y que, por tanto, habiéndose dado a Holcim la oportunidad de rendir explicaciones sobre este punto, verificando que la documentación había sido elaborada después de la modificación, procedía la conclusión de incumplimiento del “Esquema de Seguimiento” y

con ello la declaratoria de incumplimiento de “Compromisos”, respetando supuestamente de esta forma el derecho de defensa de Holcim.

Esto es una arbitraria aplicación de la ley, soportada en la eliminación de pruebas conducentes a la verificación del objeto tutelable en el ordenamiento legal y, así mismo, en la interpretación acomodada e improcedente de la norma del numeral 3.4.1. y literal b) del numeral 2 de la Resolución 34805 de 2005, violándose con tal conducta la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Como corolario de todo lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio RESUELVE en la parte final de la Resolución 34805 de 2005: *"ARTICULO PRIMERO: Aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente Resolución, así como el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento o garantía bancaria que se detallan. "...En consecuencia, Holcim (Colombia) S.A...constituirán póliza de seguros o garantía bancaria a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, **que garantice el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente Resolución...**"* Este resaltado, remite necesariamente al considerando SEGUNDO de la referida Resolución, determinando de manera precisa y puntual la cobertura de la póliza de cumplimiento No. 1000-286351901.

Los “Compromisos” contenidos en el considerando SEGUNDO numeral 2.1. de la Resolución 34805 de 2005 ordena la constitución de una póliza de seguros que garantice su cumplimiento, como se dispuso literalmente en el párrafo segundo del artículo PRIMERO de la parte resolutive de este acto administrativo, en tanto y en cuanto, como literalmente manifiesta esa

entidad en la parte considerativa del mismo, se debe garantizar que lo ofrecido sea efectivamente cumplido.

En este orden de ideas, cuando en el párrafo primero del artículo primero de la parte resolutive de la Resolución 34805 se dispone la aceptación de garantías para la suspensión de la investigación, ello debe entenderse tomando en consideración el texto integral de la precitada Resolución como lo ordenan las normas sobre interpretación legal consignadas en el código civil, admitiendo que las garantías aceptadas comprendían: “Los Compromisos” ofrecidos por Holcim y aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio; la póliza que garantiza el cumplimiento de estos compromisos; y el esquema de seguimiento fijado para la verificación del cumplimiento de dichos compromisos cuya estricta observancia correspondía a Holcim sin que éste fuese objeto de cobertura a través de póliza de seguro alguna, como se evidencia de la lectura integral de la tantas veces citada Resolución 34805.

El no cumplimiento de los “Compromisos” ofrecidos por Holcim y aceptados por la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos de los considerandos segundo y tercero de la Resolución 34805 de 2005, habría dado origen a la afectación de la póliza de seguros que garantiza su debido cumplimiento, previa solicitud de explicaciones en este sentido, lo cual nunca ocurrió como se evidencia del contenido del expediente y del informe de la firma auditora externa.

De esta forma, cuando el Tribunal decide hacer extensiva la cobertura de la póliza a conductas diferentes a las que se relacionan puntualmente como “Compromisos” en la Resolución 34805 de 2005, sobre la base de que *“...si los compromisos presentados por las investigadas pretendían garantizar*

*que no se incurriría nuevamente en prácticas comerciales restrictivas, y por su parte las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento buscaban corroborar el cumplimiento de lo inicialmente prometido, la póliza **debía** amparar todas las obligaciones puesto que todas tienen una finalidad común",* está desvirtuando el fundamento legal del contrato de seguros, dado el alcance de la voluntad del Estado que literalmente se consignó en el precitado acto administrativo y con base en el cual el asegurador, con fundamento en las normas legales que así le permiten, realizó la correspondiente evaluación del riesgo a asumir para proceder a expedir la póliza de seguros y liquidar la correspondiente prima o precio por esta cobertura.

No debe olvidar el Tribunal que al momento de interpretarse la ley, en este caso la Resolución 34805 de 2005 y con ella el alcance de la cobertura de la póliza de seguro número 1000-286351901, además de partir de la literalidad del documento integralmente evaluado, debe respetarse su contextualidad.

La falsa motivación si existió al momento de expedir los actos demandados y se origina en el hecho de motivar los mismos en una supuesta exigencia que no establece el numeral 3.4.1., según la cual, dicha documentación sustentadora de la modificación de precios debería siempre elaborarse previamente a la respectiva modificación.

Lo anterior por cuanto, como bien lo transcribe el mismo Tribunal en su sentencia, a folio 305 del expediente, al referirse al acta de visita administrativa realizada a Holcim el 24 de mayo de 2006:

"...durante esa diligencia la persona encargada para fijar los precios realizó y entregó un documento con los criterios utilizados para la determinación del precio".

A partir de dicho documento y del informe de auditoría externa, la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo oportunidad de verificar el cumplimiento de COMPROMISOS adquiridos por Holcim y no como afirma el Tribunal que: *"Como explica la Superintendencia, el objeto de los compromisos señalados en el esquema de seguimiento, tienen como finalidad asegurarle a la Superintendencia de Industria y Comercio que los precios iban a ser fijados de manera unilateral, de tal forma que al no contarse con los documentos que establecieran los criterios para la modificación del precio, la Superintendencia de Industria y Comercio no podía determinar que en efecto ese precio se tomó de manera unilateral, sin violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas".*

Existiendo en el expediente una amplia demostración sobre la diferencia conceptual y funcional de las expresiones "Compromisos" y "Esquema de Seguimiento", en los términos literales de la Resolución 34805 de 2006, es jurídicamente improcedente confundir en un acto administrativo como el que se demanda (Resolución 26362), la declaratoria de incumplimiento de los "Compromisos" cuando lo que en realidad se ha pretendido declarar es el incumplimiento del "Esquema de Seguimiento".

Es contrario a derecho el fallo de Tribunal cuando señala que: *"....advierte la Sala que al incumplirse alguno de los compromisos aceptados en esa Resolución, la Superintendencia tenía la facultad de cobrar todo el valor de la póliza, por cuanto no se estipuló lo contrario, ni se hizo excepción alguna",* por cuanto ha quedado suficientemente claro la improcedencia de

una expresión genérica para la palabra "Compromisos" que pretenda incorporar en los mismos el "Esquema de Seguimiento".

Se suma a lo anterior el que los seguros de cumplimiento tienen legalmente un carácter indemnizatorio y no como asume el Tribunal, que tal regla aplica solo si se ha pactado en el contrato de seguro una excepción derivada de la supuesta procedencia del pago total del valor asegurado.

Continúa en su sustento ilegal el Tribunal al afirmar que:

"A su vez, debe tenerse en cuenta que el valor de la póliza no fue determinado de manera arbitraria, puesto que correspondía a la sanción que se hubiera impuesto por infracción a las normas sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas, y por tanto al ordenar todo su cobro no actuó en contra de la ley..."

... Además, ante el incumplimiento de una norma de este tipo se producen unos efectos en el mercado que hacen que el valor del daño causado sea incalculable, razón por la cual hay lugar a cobrar todo el valor de la póliza"

Es antijurídico afirmar en el presente caso, ampliamente analizado en su alcance normativo, que "... ante el incumplimiento de una norma de este tipo se producen unos efectos en el mercado que hacen que el valor del daño causado sea incalculable, razón por la cual hay lugar a cobrar todo el valor de la póliza", puesto que dicha afirmación seguramente podría predicarse en el evento de un incumplimiento de COMPROMISOS que dieran lugar al incumplimiento de las normas sobre competencia y prácticas comerciales restrictivas, mas no del hecho de haber obtenido un documento sustentatorio de la modificación de precios del producto,

firmado en el momento de la entrega del mismo a la Superintendencia de Industria y Comercio y no previamente a dicha modificación.

En el supuesto de encontrarse amparado el ESQUEMA DE SEGUIMIENTO, lo cual no es cierto, ¿Cuál es el fundamento legal para afirmar que el no sujetarse estrictamente a lo establecido en ese punto, en materia de actuaciones administrativas de seguimiento de las garantías ofrecidas, existiendo en todo caso un total cumplimiento por parte de Holcim de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, se producen unos efectos en el mercado que hacen que el valor del daño causado sea incalculable, razón por la cual hay lugar a cobrar todo el valor de la póliza?

En el evento de que se hubiesen incumplido los “Compromisos” por parte de Holcim, no se exime a la Superintendencia de Industria y Comercio de la obligación de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, por el hecho de que como afirma esa entidad, se constituya un seguro a favor de una entidad pública, pues aceptar esto sería tanto como desconocer los innumerables fallos que se han proferido en materia de seguros de cumplimiento que garantizan a favor del estado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración de contratos.

Hoy ya se creó la figura del seguro de valor admitido para este tipo de actuaciones, sin que sea dable tratar de aplicar retroactivamente el referido concepto al presente caso, dada la estructuración sustancialmente diferente de la Resolución 34805 de 2005 que sirvió de base a la expedición de la póliza de seguros que la Superintendencia de Industria y Comercio pretende afectar ilegalmente, por lo que pide declarar la violación de las normas citadas en la demanda, en particular de los artículos 1077,

1088, 1089 del Código de Comercio, y demás normas concordantes que se señalan en la demanda.

En esta declaratoria de violación debe incluirse así mismo el artículo 36 del C.C.A., en razón a que de haberse configurado un siniestro por incumplimiento de “Compromisos”, debiéndose cumplir con el imperativo legal de que trata el artículo 1077, 1088 y 1089 del C.Co, respecto del cual el Tribunal ha eximido a la Superintendencia de Industria y Comercio sin fundamentación jurídica alguna, esa entidad ha debido proceder conforme lo ordena el principio de proporcionalidad inherente al proceso de imposición de una multa por violación de disposiciones legales sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas (cuyo límite legal fue tomado como monto máximo de responsabilidad de la compañía de seguros al momento de expedirse la póliza No.1000-286351901), determinando de esta forma el valor real del interés asegurado al momento del siniestro, equivalente al monto de los supuestos perjuicios irrogados por Holcim con ocasión del supuesto incumplimiento de COMPROMISOS.

Esta tasación habría constituido el fundamento adecuado de una reclamación bajo la póliza de cumplimiento No. 1000-286351901, de haberse efectivamente incumplido alguno o todos los COMPROMISOS ofrecidos y asumidos por Holcim, cuyo cumplimiento se encuentra plenamente demostrado en textos anexos como pruebas al expediente.

Desconoce el Tribunal la ostensible violación de los artículos 6, 123, 209, 333 y 334 de la C.P., concordantes con el artículo 2 numerales 1,2 y 11 y artículo 4 numeral 10,12 y 15 del DL. 2153 de 1992 y artículo 2 del C.C.A., por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, validando una

conducta configurativa de extralimitación de funciones constitucional y legalmente asignadas en materia de libre competencia a esa entidad, como ha quedado ampliamente demostrado a través del libelo de la demanda.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de 24 de julio de 2012 se corrió traslado a las partes y al señor Procurador Delegado ante esta Corporación por 10 días para alegar de conclusión, tiempo en el cual se pronunció la demandante reiterando lo manifestado en el recurso de apelación y la Superintendencia de Industria y Comercio manifestando en resumen lo siguiente:

Como lo pudo constatar el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en efecto, la Resolución 34805 de 2005, sí contemplaba en el numeral 3.4.1, la obligación de soportar con la documentación necesaria, *"cualquier disminución o aumento en dichos precios"*, no siendo entonces cierto lo alegado por la demandante, asunto que desvirtúa sin lugar a dudas la supuesta falsa motivación de los actos demandados.

Al respecto, el Tribunal, luego de analizar los antecedentes de los actos administrativos demandados, pudo determinar que la póliza que cada empresa debía constituir, *"debía garantizar el cumplimiento de los compromisos que trata la Resolución"*, es decir, tanto los compromisos adquiridos por medio de las garantías ofrecidas como las contempladas en el esquema de seguimiento, máxime cuando las mismas hacen parte integral de la Resolución 34805 de 2005.

Como se ha venido reiterando a lo largo del presente proceso, es falsa la acotación de la demandante, puesto que es contrario al ordenamiento

jurídico pretender darle aplicación al principio de proporcionalidad a una situación en donde este no tiene cabida.

Ya se ha expuesto que la facultad discrecional de la Entidad, se predica de la aceptación de garantías, mas no de la declaratoria de incumplimiento de las mismas. Así mismo se ha señalado que la declaración de incumplimiento de lo descrito en la Resolución 34805 de 2005 obedeció a las facultades que conforme a la Ley, tiene la Entidad demandada.

V.CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar las argumentaciones expuestas por la parte actora en el recurso de apelación, y de conformidad el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae dicho recurso, pues los mismos, en el caso de apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

Manifiesta el recurrente que el Tribunal no debió reconocer la manifestación hecha por la Superintendencia de Industria y Comercio para incorporar en su beneficio el “Esquema de Seguimiento” dentro del marco de “Compromisos” establecidos en la Resolución 34805 de 2005 ya que ello constituye falsa motivación en la expedición de los actos demandados, por cuanto los “Compromisos” ofrecidos por Holcim y aceptados por la Superintendencia, están establecidos en el segundo considerando de la parte motiva de la Resolución 34805 y en ítem aparte se encuentra el “Esquema de Seguimiento” que permitiría corroborar el cumplimiento de lo prometido.

Indica igualmente en el recurso de apelación, que dentro de las obligaciones que hacen parte del sistema de seguimiento, no solo se encontraba la de mantener a disposición de la Superintendencia la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos, sino que también la obligación de contratar un auditor independiente quien presentaría informes detallados y pormenorizados, sobre la manera en que Holcim venía dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos en el considerando segundo de la Resolución 34805; informe de auditoría que fue realizado por ERNST & YOUNG, y que verificó el cumplimiento de los compromisos.

Señala que la Superintendencia desechó la importancia de este informe de auditoría esencial respecto del comportamiento legal que debe observar Holcim en materia de reglas de la competencia, objeto de garantía de la póliza de seguros. Sin embargo la superintendencia sanciona a Holcim por no contar en el momento de la visita realizada, con la documentación requerida según su libre e inadecuada interpretación del “Esquema de Seguimiento”

Alega que es con referencia a los “Compromisos” que la Resolución 34805 de 2005 ordena la constitución de una póliza de seguros que garantice su cumplimiento como se dispuso literalmente en el párrafo segundo del artículo primero de la parte resolutive de ese acto administrativo.

Manifiesta que la falsa motivación si existió al momento de expedir los actos demandados y se origina en el hecho de motivar los mismos en una supuesta exigencia que no se establece en el “Esquema de Seguimiento”, según la cual, la información y documentación sustentadora de la modificación de precios debería siempre elaborarse previamente a la

respectiva modificación. En efecto, en el acta de visita administrativa realizada a Holcim el 24 de mayo de 2006, la persona encargada de fijar los precios en dicha empresa, realizó y entregó un documento con los criterios utilizados para la determinación del precio, como bien lo establece el Tribunal; luego, a partir de dicho documento y del informe de auditoría, la Superintendencia tuvo la oportunidad de verificar el cumplimiento de los “Compromisos” adquiridos por Holcim y no como lo afirma el Tribunal *“que al no contarse con los documentos que establecieran los criterios para la modificación del precio, la Superintendencia de Industria y Comercio no podía determinar que en efecto ese precio se tomó de manera unilateral, sin violación a las normas sobre prácticas restrictivas.”*

Respecto de lo considerado por el Tribunal, manifiesta la recurrente que en el supuesto de entenderse amparado el “Esquema de Seguimiento”, no existe fundamento legal para afirmar que el no sujetarse estrictamente a lo establecido en ese punto y existiendo en todo caso un total cumplimiento por parte de Holcim de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, **“se producen unos efectos en el mercado que hacen que el valor del daño causado sea incalculable, razón por la cual hay lugar a cobrar todo el valor de la póliza”.**

Indica que en el evento de que se hubiesen incumplido los “Compromisos” por parte de Holcim, no se exime a la Superintendencia de Industria y Comercio de la obligación de demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, por el hecho de que como afirma esa entidad, se trate un seguro a favor de una entidad pública, pues aceptar esto sería tanto como desconocer los innumerables fallos que se han proferido en materia de seguros de cumplimiento que garantizan a favor del estado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la celebración de contratos.

Señala que la Superintendencia de Industria y Comercio ha debido proceder conforme lo ordena el principio de proporcionalidad inherente al proceso de imposición de una multa por violación de disposiciones legales sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, determinando de esta forma el valor real del interés asegurado al momento del siniestro, equivalente al monto de los supuestos perjuicios irrogados por Holcim con ocasión del supuesto incumplimiento de “Compromisos”.

Problema Jurídico

El análisis que hará la Sala consiste en determinar si, le era dado a la Superintendencia de Industria y Comercio declarar el incumplimiento y hacer efectiva una póliza de acuerdo con los compromisos adquiridos por HOCILM y las obligaciones impuestas en la Resolución 34804 de 2005, tanto en la parte de “Compromisos”, como en la de “Esquema de Seguimiento”.

Caso concreto

La Superintendencia de Industria y Comercio, con base en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 clausuró la investigación iniciada contra diferentes empresas proveedoras de cemento, entre ellas la sociedad Holcim, debido al ofrecimiento de compromisos, en torno a suspensión o modificación de la conducta de prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Una vez realizada la evaluación de dicho ofrecimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, en aceptación, se profirió la Resolución 34805 de 23 de diciembre de 2005, otorgándose por parte de Holcim una póliza de cumplimiento expedida por la sociedad demandante Seguros Bolívar.

Posteriormente la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una visita a las instalaciones de Holcim el 24 de mayo de 2006 para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por Holcim, dejando constancia en el acta de que no se encontraron disponibles para la Superintendencia la constancia de los criterios escritos utilizados para tomar las decisiones de incrementos y disminuciones del precio de venta, obligación contenida en el “Esquema de Seguimiento” previsto en la Resolución 34805 de 23 de diciembre de 2005. Sin embargo, durante dicha diligencia la persona encargada de fijar los precios en Holcim, realizó y entregó un documento con los criterios utilizados para la determinación del precio y dado que, para la Superintendencia dicho documento no tenía fecha de elaboración, no satisfacía las condiciones establecidas en la Resolución 34805 ya que Holcim debió dejar constancia por cada modificación de precios que efectuó durante los meses de enero, marzo y mayo de 2006; solicitó por oficio de 6 de julio de 2006 al Presidente de Holcim, presentara las explicaciones y aportara pruebas que permitieran evaluar el cumplimiento del Esquema de Seguimiento de la resolución de aceptación de garantías.

Mediante auto de 15 de agosto de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo como pruebas algunos documentos aportados por Holcim; decretó el testimonio del Director Comercial de Holcim y rechazó el documento de 16 de junio de 2006, relacionado con la aplicación de los criterios utilizados para determinación y modificación del precio base del cemento Portland Gris Tipo I con vigencia 16, 20 y 23 de junio de 2006, por impertinente, cuando los hechos de la actuación cuestionada sólo comprendían los meses de enero a mayo de 2006. Luego de practicada la prueba testimonial, la Superintendencia profirió la Resolución 26362 de 11 de octubre de 2006 declarando el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim y, en consecuencia, declarando la ocurrencia del

riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento por valor de \$763.000.000.

La Resolución 34805.

La Resolución 34805 de 23 de diciembre de 2005, es el acto administrativo por el cual la Superintendencia, luego de iniciada la investigación contra Holcim, aceptó el ofrecimiento de garantías realizado por ella, por lo que resulta de gran importancia analizar su contenido y estructura a fin resolver el problema planteado.

En la primera parte de la mencionada resolución se observan los antecedentes de la investigación iniciada por presuntas prácticas restrictivas de la competencia y el ofrecimiento de compromisos realizado por la empresa HOLCIM para la clausura anticipada de dicha investigación así:

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN 34805 DE 2005

23 DE DICIEMBRE DE 2005

POR EL CUAL SE ACEPTAN UNOS OFRECIMIENTOS DE GARANTIAS

“...

CONSIDERANDO

PRIMERO: *Que mediante Resolución No. 15460 del 30 de junio de 2004, esta Entidad abrió investigación en contra de las empresas: “CEMENTOS PAZ DEL RIOS.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., así como en contra de sus representantes legales, luego de encontrar elementos en torno a la probable violación de las siguientes normas:*

1.1. Por parte de las empresas

1.1.1 Acuerdo de precios. Los denunciantes conciben en señalar que

las empresas paz del Río y Holcim, habrían disminuido los precios de sus productos correspondientes a las marcas de cemento Ganacem y Hércules, en los departamentos de Boyacá y Casanare, dentro del período comprendido entre noviembre y diciembre de 2003.

En el mismo sentido, las facturas obtenidas de los distribuidores requeridos, dejan entrever que las marcas de cemento gris Hércules y Ganacem, registraron precios constantes desde septiembre de 2003 hasta noviembre de ese mismo año, mes en el cual ambas marcas registraron disminuciones de precio, en porcentajes cercanos al 30%, con pocos días de diferencia.

1.1.2 Acuerdo para impedir el acceso al mercado. De acuerdo con lo manifestado por Cementos de Oriente, las empresas Paz del Río y Holcim, a través de acuerdo antes mencionado, estarían impidiéndole su acceso “al mercado y a los canales de comercialización del cemento gris en los departamentos de Boyacá y Casanare, durante el período de noviembre- diciembre de 2003”.

Según lo manifestado por el representante legal de Cementos del Oriente, la reducción de precios de las marcas Ganacem y Hércules, lo obligaron a salir del mercado para posteriormente retornar los precios de dichas marcas a valores similares a los existentes antes de su incursión dentro de éste.

“... ”

SEGUNDO

Que mediante escrito radicado bajo el número 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005, los apoderados de las empresas CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A. Y HOLCIM (COLOMBIA) S.A. y de sus correspondientes representantes legales, en forma conjunta solicitaron la clausura definitiva a la investigación, para lo cual formularon ofrecimiento de garantías, adquiriendo los siguientes:

2.1 Compromisos.

De manera general, el ofrecimiento presentado por las empresas CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A. (en

adelante las obligadas), así como de sus representantes legales, está compuesto por siguientes compromisos:

“(…)

Las empresas que representamos **se comprometen de manera específica** a lo siguiente:

"1.1. Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros.

Así mismo, abstenerse de realizar conductas con la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización.

Para el efecto, cada una de las empresas investigadas se compromete en forma independiente a lo siguiente:

a. A establecer los precios de sus productos en forma unilateral y autónoma, de conformidad con los criterios que previamente establezca.

b. A informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas.

En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas.

c. A mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio información actualizada respecto de la red de distribución

de cemento Pórtland Gris TIPO I, incluyendo los municipios o zonas del territorio nacional en los cuales se encuentran tales distribuidores.

1.2. Abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tenga por objeto eliminar uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos.

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

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

Combustible y energía

Materias primas

Empaques (no aplica para el cemento a granel)

Desgaste de piezas

Transporte dentro de la planta

La información inicial sobre los ítems que se incluyen dentro de los costos variables medios de producción y la forma en que cada una de las empresas los calcula, será comunicada a la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas.

En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas. Adicionalmente, la información

sobre gastos de transporte, también se mantendrá a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio.

1.3. Las obligaciones contenidas en este punto a cargo de Holcim estarán vigentes durante tres (3) años contados a partir de la fecha en que quede en firme la decisión que apruebe las garantías, sin perjuicio de la obligación permanente sobre el cumplimiento de la ley, y de la posibilidad y obligación que en todo tiempo mantiene la Superintendencia de Industria y Comercio, de ejercer las facultades que le otorga la ley".

2.2 Colateral

Las empresas investigadas se comprometen a constituir dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, "Una póliza de seguros o garantía bancaria que cubrirá el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por medio de este memorial, así como en el ofrecimiento de garantías propuesto a la SIC dentro del expediente identificado con la radicación No. 04115964. (...)

La mencionada resolución en la evaluación que realiza la Superintendencia de Industria y Comercio para la aceptación de ofrecimientos, señaló:

3.2. Obligación que se garantiza

"...

"En el caso concreto, las obligadas se comprometen a suspender las conductas que constituyen el sustento de la investigación, garantizando que se abstendrán de realizar acuerdos consistentes en la fijación directa o indirecta de precios, y de conductas que tengan la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización."

Enseguida se refiere a la Garantía, manifestando que:

3.3 Garantía

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

"Dado que la aceptación de garantías y la consecuente clausura de investigación han quedado supeditadas al juicio del Superintendente, resulta imperativo definir los parámetros bajo los cuales ha de establecerse la suficiencia en el ofrecimiento formulado. Para tal propósito, esta Entidad considera que la suficiencia deber predicarse respecto a un parámetro general y a uno particular.

"Respecto al parámetro particular, habrá insuficiencia en cuánto pueda concluirse que la implementación de los compromisos propuestos incentiva los fines deja aplicación de las normas sobre competencia, contemplados-, eh' el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992. Analizado el ofrecimiento sometido al estudio de este Despacho se advierte que este parámetro se cumple, toda vez que es posible considerar que las obligadas concurrirán al mercado no en forma conjunta sino independiente, permitiendo que los consumidores tengan libre escogencia respecto de sus productos, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades.

En relación al parámetro particular, habrá suficiencia cuando quiera que exista un elemento que brinde tranquilidad a esta Entidad, respecto a que los compromisos asumidos serán materializados en hechos concretos y que en caso de incumplirse, podrá la Superintendencia hacer efectiva la correspondiente garantía.

*Bajo este parámetro se entenderá que el elemento es idóneo, en la medida en que las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., constituyan cada una, por separado, póliza de seguros o garantía bancada por valor de setecientos sesenta y tres millones de pesos m/cte (\$763.000.000), con vigencia de un (1) año, prorrogable por dos (2) años más a criterio de esta Entidad... **que***

equivalen, en su orden, al 100% de la sanción máxima que esta Entidad puede imponer a las empresas y a los representantes legales, por la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

“De esta manera, este Despacho considera que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de las sociedades investigadas y sus representante legales, quedaría suficientemente respaldado con las respectivas pólizas o garantías bancarías, lo que le otorga a esta entidad un grado razonable de confianza en cuanto a que lo ofrecido será efectivamente cumplido”

En el numeral 3.4. de la Resolución 34805 de 2005 se establece el Esquema de Garantías considerando:

*“Como complemento a las indicaciones que hemos dado, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende, que su deber de verificación del correcto, funcionamiento de los mercados, previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, no se verá satisfecho en el presente caso, sin **un esquema de seguimiento que permita corroborar el cumplimiento de lo prometido y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en la mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación.***

“Para los anteriores efectos, las obligadas deberán:

“3.4.1. Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.

“Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados bajo los números 03104506-10093 del 10 de noviembre de

2005; 03104506-10094 del 18 de noviembre de 2005; 04115964-10197 del 24 de noviembre de 2005; 03104506-10097 del 9 de diciembre de 2005 y 03104506-10098 del 22 de diciembre de 2005.

“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, cada una de las obligadas deberá contratar un auditor independiente, quien presentará a esta Superintendencia informes detallados y pormenorizados sobre la manera en que las obligadas vienen dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos en el considerando segundo del presente acto. Para los anteriores efectos, el auditor deberá presentar los correspondientes informes en forma semestral, con corte a 30 de junio y 31 de diciembre, durante el tiempo que se mantengan las pólizas de cumplimiento o las garantías bancarias.

Lo anterior, claro está, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que la ley le confiere a esta Superintendencia, las cuales podrán ser ejercidas en cualquier momento, sin necesidad de previo aviso.”

Finalmente la Resolución 34805 Resuelve:

“ARTICULO PRIMERO: Aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente resolución, así como el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento o garantía bancaria que se detallan.”

El problema específico que se ventila en el presente proceso consiste en determinar si era posible hacer efectiva una póliza de cumplimiento, por el supuesto incumplimiento de la empresa HOLCIM, de la obligación contenida en el punto 3.4.1 de la resolución anteriormente transcrita: **“Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u**

*órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión”, ya que en visita realizada a la mencionada empresa para **corroborar el cumplimiento de lo prometido**, se estableció que no contaba con dicha información por escrito, y en dicha visita, el funcionario encargado de fijar los precios elaboró el documento solicitado, y según de la Superintendencia de Industria y Comercio, los documentos que recogen los criterios tenidos en cuenta para modificar el precio y las constancias exigidas deben corresponder a las fechas en que se produzcan las respectivas modificaciones, pues solo de esta manera es posible establecer que los precios fueron fijados de manera unilateral, atendiendo estrictamente a las reglas del mercado.*

Marco normativo

De conformidad con el artículo 2º del Decreto 2153 de 1992 vigente para la época, le correspondía a la Superintendencia de Industria y Comercio “*Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas” e “imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia”, y el artículo 4º señaló específicamente las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, entre otras las siguientes:*

“10. Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas establecidas por la Ley 155 de 1959, disposiciones complementarias y en particular aquellas a que se refiere el presente Decreto, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica, independientemente de su forma o naturaleza jurídica con sujeción al artículo 2o, numeral 1o., del presente Decreto.”

“12. Decidir sobre la terminación de investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones a que se refiere el numeral 10 del presente artículo, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.”

“13. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de la conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto.”

“15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto,…”

“16. Impone a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente Decreto, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor del Tesoro Nacional. Así mismo, imponer la sanción señalada en este numeral a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren prácticas contrarias a la libre competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos eventos hasta tanto la Ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos.”

Bajo este marco normativo, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió por Resolución 34805 de 23 de diciembre de 2005, clausurar la investigación abierta contra HOLCIM y su representante legal, debido a la suficiencia no solo de los compromisos ofrecidos por HOLCIM para suspender las conductas que constituyeron el sustento de la investigación, **garantizando que se abstendrían de realizar acuerdos consistentes en la fijación directa e indirecta de precios, y de conductas que tuvieran la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del**

cemento y a sus canales de comercialización, sino también al otorgamiento de la póliza de cumplimiento.

Con relación a la póliza de cumplimiento la Superintendencia indica con exactitud en el numeral 3.3. "Garantía" de la Resolución 34805 de 2005, que dicha garantía "representa una obligación adicional y accesoria a la principal,...aplicado al caso que nos ocupa, debemos señalar que la obligación principal es la que ha quedado descrita en el punto anterior, **y lo que busca es garantizar su efectivo y correcto cumplimiento**", y en el punto anterior "3.2 La obligación que se garantiza" se definió literalmente como "**En el caso concreto, las obligadas se comprometen a suspender las conductas que constituyen el sustento de la investigación, garantizando que se abstendrán de realizar acuerdos consistentes en la fijación directa o indirecta de precios, y de conductas que tengan la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización.**"

En consecuencia se constituyó póliza de seguros o garantía bancaria por valor de \$763.000.000 millones de pesos; a folio 62 del expediente se lee "objeto del contrato/póliza" "GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE HOLCIM (COLOMBIA) S.A. DE LAS GRANTIAS ACEPTADAS POR EL ASEGURADO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN 34805 DE 2005."

Del análisis de la Resolución 34805 de 2005 la Sala advierte que la póliza expedida por Seguros Bolívar S.A. fue otorgada para garantizar el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por Holcim, es decir, los contenidos en el numeral 2.1 del considerando "SEGUNDO", entre ellos "1.1. *Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros. Así mismo,*

abstenerse de realizar conductas con la intención de impedir el acceso de competidores al mercado del cemento y a sus canales de comercialización.”

*Para el efecto, cada una de las empresas investigadas se compromete en forma independiente a lo siguiente: a. A establecer los precios de sus productos en forma unilateral y autónoma, de conformidad con los criterios que previamente establezca. b. **A informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas. En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas.***

(Subraya y resaltado fuera de texto)

La fijación de una obligación principal en el numeral 3.2 no puede entenderse como la única obligación ofrecida y contraída por Holcim, como se puede observar de los ofrecimientos hechos por Holcim, también se encuentra la anteriormente resaltada, es decir, informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios, y mantenerla para ella actualizada y, “mantenerla actualizada” no puede entenderse de otra manera que, ante cada modificación de precios hay criterios para dicha modificación por lo tanto, “mantener actualizada” dicha información y a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio no puede ser de otra manera que por escrito y lógicamente al momento del cambio.

Ante el incumplimiento de tales compromisos ofrecidos por Holcim y estando garantizado su cumplimiento por la póliza de seguro No.1000-286351901 expedida por la Compañía de Seguros Bolívar, con la sola noticia del incumplimiento de los compromisos, correspondía a la administración hacer efectiva la póliza.

Esquema de Seguimiento

De la lectura de la justificación del “Esquema de Seguimiento” contenida en la Resolución 34805 de 2005, se observa que las obligaciones en él contenidas fueron impuestas por la Superintendencia de Industria y comercio para “corroborar el cumplimiento de lo prometido” y fueron aceptadas por Holcim, ya que la Resolución 34805 no fue impugnada, por lo tanto, el incumplimiento de estas obligaciones, impuestas por la Superintendencia, tenía como fin cerciorarse de que no se estuviera incurriendo nuevamente prácticas restrictivas de la competencia.

Para corroborar el cumplimiento de lo prometido, le correspondía a Holcim cumplir tres obligaciones:

“Mantener a disposición de la SIC la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.

“Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados bajo los números 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005; 03104506-10094 del 18 de noviembre de 2005; 04115964-10197

del 24 de noviembre de 2005; 03104506-10097 del 9 de diciembre "de 2005 y 03104506-10098 del 22 de diciembre de 2005.

“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, cada una de las obligadas deberá contratar un auditor independiente, quien presentará a esta Superintendencia informes detallados y pormenorizados sobre la manera en que las obligadas vienen dando cumplimiento a todos y cada uno de los compromisos establecidos en el considerando segundo del presente acto. Para los anteriores efectos, el auditor deberá presentarlos correspondientes informes en forma semestral, con corte a 30 de junio y 31 de diciembre, durante el tiempo que se mantengan las pólizas de cumplimiento o las garantías bancarias.

Es importante establecer que la obligación contenida en el párrafo primero del numeral 3.4.1. del “Esquema de Seguimiento” es prácticamente el mismo ofrecimiento realizado por Holcim, anteriormente analizado.

| | |
|--|--|
| <p>2.1 Compromisos.</p> <p><i>De manera general, el ofrecimiento presentado por las empresas CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A. (en adelante las obligadas), así como de sus representantes legales, está compuesto por siguientes compromisos: “...</i></p> <p><i>b. A informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será</i></p> | <p>Esquema de Seguimiento</p> <p><u>“3.4.1. Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto,</u></p> |
|--|--|

| | |
|---|---|
| <p><i>comunicada a la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas.</i></p> <p><u><i>En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas.</i></u></p> | <p><u><i>la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.</i></u></p> |
|---|---|

No existe independencia entre los compromisos ofrecidos por la actora y el esquema de seguimiento impuesto por la entidad demanda, ambos constituyen un solo cuerpo, y ambos se encuentran entrelazados por el factor cumplimiento.

Del análisis de todas las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio que se pueden observar en los documentos que hacen parte de expediente, así como de la lectura de los actos acusados, la Sala advierte que la Superintendencia trató de probar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim, al no entregar por escrito los criterios tenidos en cuenta al variar los precios de sus productos, documento que según la Superintendencia debería estar fechado con anterioridad al aumento o disminución de los precios y no que haya tratado de probar si realmente Holcim incurrió en prácticas restrictivas de la competencia, esto por cuanto, a juicio de la Sala el hecho de cerrar una investigación debido al ofrecimiento de compromisos garantizados por una póliza, era suficiente para entender que ante el primer incumplimiento de cualquiera de los

compromisos asumidos por Holcim, estaba habilitado para hacer efectiva la póliza.

El Esquema de Seguimiento debía ser atendido con toda exactitud para determinar el cumplimiento continuo y sostenido de los compromisos por parte de Holcim sin que fuera necesario iniciar una nueva investigación ya que precisamente el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por Holcim dentro de la resolución garantizaría y daría confianza a la administración de que no se estuvieran llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia, sin necesidad de abrir una investigación, ya que de lo contrario no tendría sentido aceptar ofrecimientos y garantías para continuar con la misma investigación.

Es así como dentro de las obligaciones establecidas en el “Esquema de Seguimiento” estaban no solo la de tener a disposición de la Superintendencia la información de los criterios tenidos en cuenta para el aumento o disminución de precios, sino también *la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados bajo los números 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005; 03104506-10094 del 18 de noviembre de 2005; 04115964-10197 del 24 de noviembre de 2005; 03104506-10097 del 9 de diciembre de 2005 y 03104506-10098 del 22 de diciembre de 2005, y el informe de auditoría externa que en este caso fue realizada por la empresa ERNST & YOUNG.*

Ante la comprobación del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas por parte de Holcim la Superintendencia podía declarar el riesgo amparado y hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

En efecto, no se trata de un proceso de carácter sancionatorio sino que corresponde a la garantía otorgada por Holcim para el cumplimiento de sus ofrecimientos lo cual tiene un carácter de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del estado y de la comunidad en lo que respecta a la libre competencia en el mercado.

Finalmente es importante, resaltar que la resolución es muy clara al precisar las obligaciones que se garantizan *“ARTICULO PRIMERO: Aceptar como garantía de suspensión de la conducta investigada los compromisos descritos en la parte considerativa de la presente resolución, así como el esquema de seguimiento...”*. De conformidad con el ofrecimiento de Holcim de tomar una póliza de cumplimiento, la SIC impone el valor de la póliza y además declara *“De esta manera, este Despacho considera que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de las sociedades investigadas y sus representante legales, quedaría suficientemente respaldado con las respectivas pólizas o garantías bancarías, **lo que le otorga a esta entidad un grado razonable de confianza en cuanto a que lo ofrecido será efectivamente cumplido”***.

Se concluye entonces que las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento hacen parte de la obligación garantizada por la póliza expedida por Seguros Bolívar, y por lo tanto, la Superintendencia podía hacer efectiva la póliza por el incumplimiento de la obligación de Holcim de informar por escrito los criterios para determinar el aumento o disminución de precios de sus productos.

Por todo lo anterior, se impone confirmar la sentencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

Primero: CONFÍRMASE la sentencia de 9 de julio de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZALEZ**
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA