



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 07591

20 MAR. 2007

Radicación No. 03104506

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las conferidas por el Código Contencioso Administrativo y el decreto 2153 de 1992 y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el día 24 de octubre de 2006, estando dentro del término legal, la sociedad Holcim (Colombia) S.A. (en adelante Holcim) interpuso recurso de reposición contra la resolución No. 26362 del 11 de octubre de 2006, mediante la cual esta Superintendencia declaró el incumplimiento de unas garantías.

SEGUNDO: Que el recurso se fundamenta, en síntesis, en los siguientes argumentos:

2.1. Naturaleza y estructura del ofrecimiento de garantías

Con fundamento en un concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio, de abril de 1998 que transcribe¹, señala el recurrente que ***"para que se acepte el ofrecimiento de las garantías, debe asegurarse que la suspensión o modificación de la conducta investigada elimine el elemento que en la apertura de la investigación se consideró como anticompetitivo."*** Y más adelante agrega : ***" En virtud de lo expuesto, el mencionado mecanismo procesal comporta en esencia un compromiso de suspender la conducta analizada y de no incurrir en ella, acompañado de una serie de elementos adicionales, que brinden tranquilidad a la Superintendencia respecto al efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas."***

2.1.1. Estructura de las garantías

Considera Holcim que la estructura de la garantía la componen tres elementos:

- (i) La suficiencia: ***"se traduce en un ofrecimiento o compromiso principal, circunscrito a la efectiva suspensión de la conducta, a su modificación o al compromiso de no volver ha (sic) incurrir en ella, según corresponda."***
- (ii) El colateral: ***"dirigido a la presentación de un mecanismo de seguridad que refuerce el cumplimiento de la obligación principal, y en ese sentido, sea accesorio a su implementación."***

¹ Concepto número 98013991 de abril 29 de 1998.

(iii) El esquema de seguimiento: *“por medio del cual pueda verificarse la manera en que se da efectivo cumplimiento a los compromisos y obligaciones que se adquirieron por parte de los oferentes.”*

a. “La suficiencia que se concreta en una obligación principal”

Señala el recurrente que según pronunciamientos de la SIC² *“la suficiencia es un calificativo de referencia, en virtud del cuál lo que se propone es bastante para lo que se necesita, es decir, que lo suficiente es lo que se caracteriza por su aptitud e idoneidad para cumplir con determinado fin propuesto. Para determinar que una garantía es suficiente la SIC se basa en dos criterios:*

“Criterio general: de acuerdo con este criterio, la conducta garantizada debe asegurar que los fines de las leyes sobre competencia a que hace referencia el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 se hagan efectivos.

“Criterio particular: de acuerdo con el criterio particular, el Superintendente valora si la garantía ofrecida brinda tranquilidad en cuanto a que la obligación principal prometida será cumplida, y que se neutralizarán los efectos nocivos del incumplimiento de lo prometido.”

“(…)

“Toda obligación principal contenida en un ofrecimiento de garantías está exclusivamente referida a la suspensión, modificación o terminación de la conducta que la SIC ha decidido investigar por considerarla presuntamente anticompetitiva.”

Con fundamento en lo anterior, concluye Holcim que *“resulta claro que la obligación principal resulta determinada por la “forma” en que esa suspensión o modificación se debe llevar a cabo, es decir, por la definición de los compromisos u obligaciones que producirán como resultado la modificación, suspensión o terminación de la conducta investigada, y es sobre este punto que recae de manera concreta el análisis de suficiencia que debe realizar la SIC.”*

b. “El Colateral

“Aunque este término “Colateral” no es utilizado por nuestro derecho y su significado ordinario no tiene el sentido que le ha dado la SIC, es evidente que la entidad lo ha utilizado para significar garantía. Lo que sucede es que se podría crear una confusión porque la SIC quiere indicar que es preciso que las obligaciones que se adquieren con el ofrecimiento y aceptación de garantías estén a su vez garantizadas. En efecto, al respecto la SIC dijo en el concepto No.

² Resolución No. 24206 de 2000

98013991 – 119 de 1999 que las garantías no se pueden referir de manera exclusiva al cumplimiento de la ley.”

Con fundamento en lo anterior, sostiene Holcim que el requisito en estudio presenta las siguientes características:

“Se constituye para contrarrestar los daños que pueda ocasionar el que la conducta que se ha asegurado no haya sido efectivamente suspendida o modificada, es decir, el que se concrete un incumplimiento de lo prometido.

“Es una obligación de carácter accesorio.

“Para que se cumpla el factor determinante de suficiencia de la garantía, el monto del “Colateral” deber ser proporcional a los riesgos existentes en el mercado.”

c. “Esquema de seguimiento

“La SIC ha entendido que toda garantía debe contar con un sistema de seguimiento que le permita a la entidad cerciorarse del cumplimiento de las obligaciones prometidas, para que haya certeza de que no se continuará realizando la conducta por la cual se dio inicio a la investigación. Esta obligación surge de la facultad de verificar el adecuado funcionamiento de los mercados. El esquema de seguimiento debe dar seguridad suficiente para permitir una óptima vigilancia.

“En algunos casos, el esquema de seguimiento puede ser complementado con otras obligaciones adicionales a cargo del investigado, a consideración del Superintendente, cuando este lo considere necesario.

Por otra parte, señala Holcim que teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, “debe considerarse que el esquema de seguimiento (en especial en el caso que nos ocupa) puede ser considerado como una instrucción en los términos descritos en el numeral citado.”

Afirma Holcim que “resultaría extraño que al aceptar las garantías el Superintendente modificara o complementara el ofrecimiento principal, ya que los investigados posiblemente no estarían interesados en aceptar compromisos principales más allá de los que han ofrecido. Sin embargo con el esquema de seguimiento no ocurre lo mismo, ya que el propósito de dicho esquema no es otro que el de permitir la verificación del compromiso principal.”

De acuerdo con lo anterior, considera Holcim “que el esquema de seguimiento constituye en realidad una instrucción que el Superintendente le imparte al investigado, ya que se encuentra conformado por criterios que facilitan el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia, específicamente de aquellas que dieron motivo a la apertura de la investigación.

2.1.2. La efectividad de las garantías

Previa la aclaración de que la Superintendencia modificó su posición en relación con las consecuencias del incumplimiento, señala Holcim que *"De conformidad con la anterior doctrina de la SIC, la recta utilización de la póliza otorgada consistiría en emplearla como medio para hacer efectivo el pago de la multa que se le llegara a imponer por la violación de la ley, en el evento de que ello resultara demostrado dentro de la investigación."*

"En este caso, lo lógico sería que en la parte resolutive de la resolución en la cual se sancionara a los investigados por la violación de la ley, se declarara el siniestro de la póliza con el fin de hacer efectivo el pago de la multa que se hubiera impuesto."

"Este criterio es el que tuvo en cuenta la SIC al crear el mecanismo del "Colateral" y por esa razón siempre se ha vinculado el valor de la póliza al valor de la sanción que eventualmente podría aplicar la entidad."

"De conformidad con la doctrina actual de la SIC, la póliza garantiza el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado en virtud del ofrecimiento y aceptación de las garantías. Al respecto debe considerarse que la aceptación de garantías contiene una serie de instrucciones que imparte la Entidad al investigado y las cuales éste se encuentra obligado a cumplir, como en el caso del esquema de seguimiento en muchas resoluciones de aceptación de garantías pero muy especialmente en la que nos ocupa."

"(...)"

"En el evento de que la SIC, después de adelantar un procedimiento con respeto por el debido proceso y el derecho de defensa llegara a la conclusión de que se han incumplido las garantías, podría imponer las sanciones correspondientes a esa infracción y asegurar el pago de esas multas con las pólizas otorgadas."

2.1.3. "Eventos en los cuales no es posible activar el "Colateral" por el mero incumplimiento del esquema de seguimiento"

Considera Holcim que la póliza que se constituye una vez aceptadas las garantías, no ampara el incumplimiento del esquema de seguimiento. En efecto, si se analizan los criterios general y particular antes mencionados, se puede *"afirmar que el esquema de seguimiento no hace parte de un ofrecimiento principal y que no comporta en si mismo la suspensión o terminación de la conducta investigada. Se trata simplemente de un instrumento de verificación del compromiso principal."* El incumplimiento del esquema de seguimiento no afecta los fines establecidos en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, *"como si lo haría efectivamente el incumplimiento de la obligación principal."*

Concluye Holcim que *"el llamado "Colateral" no ampara el riesgo del incumplimiento en el esquema de seguimiento, en la medida en que se*

contraiga a instrucciones impartidas por la SIC, respecto de las cuales en caso de incumplimiento, la entidad podría imponer las correspondientes sanciones, previas explicaciones por la "inobservancia de las instrucciones impartidas por la Superintendencia."

2.2. "Aplicación de los conceptos de obligación principal, "Colateral" y esquema de seguimiento a la Resolución 34805 de 2005."

2.2.1. "La obligación garantizada por Holcim en la Resolución 34805 de 2005"

Sostiene Holcim que **"el compromiso principal"** que debe asumir el investigado al realizar un ofrecimiento de garantías debe referirse a la suspensión o modificación de la conducta investigada, o bien a la obligación de no volver a incurrir en ella, según sea el caso; y el análisis que debe realizar tanto quien ofrece la garantía como el Superintendente, consiste en verificar si lo que se ofrece asegura que, de cumplirse, el mercado se verá librado de la distorsión que presuntamente produce la conducta que se imputa en la resolución de apertura.

"(...)"

2.2.2. "Los compromisos ofrecidos por Holcim y aceptados por la SIC en la Resolución 34805 de 2005"

El recurrente transcribe los compromisos contenidos en la resolución número 34805 de 2005 y concluye que "Como puede observarse, los compromisos presentados por Holcim por medio del escrito radicado bajo el número 03104506 – 10093 del 10 de noviembre de 2005, fueron los mismos que la SIC aceptó en la Resolución 34805 de 2005..."

2.2.3. "La estructuración del "Colateral" en la Resolución número 34805 de 2005."

Señala el recurrente que el elemento "Colateral" "sirve para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, como se demuestra en seguida:

"a) La Resolución reitera que la **obligación principal** es la descrita en el numeral 3.2. del mismo considerando", es decir, abstenerse de realizar las conductas presuntamente anticompetitivas objeto de investigación.

b) En este literal Holcim transcribe lo establecido por esta Entidad en la resolución No. 34805 de 2005, en relación con el parámetro general .

c) Al igual que en el literal anterior, Holcim transcribe el parámetro particular.

d) Afirma Holcim que "La SIC indicó que habría idoneidad respecto del cumplimiento del parámetro particular, en la medida que las empresas (...), al igual que sus representantes legales constituyeran una póliza de seguros o garantía bancaria.

"e) Las pólizas garantizaban que en caso de incumplirse el compromiso principal, es decir que en el caso de que se comprobará (sic) que no se suspendieron o modificaran las conductas descritas en la resolución de apertura, se podría hacer efectiva la garantía."

"f) Resulta de la mayor importancia indicar que de conformidad con lo dispuesto por la Resolución 34805 de 2004, el "Colateral", es decir, la póliza de seguros, no comprendía el esquema de seguimiento."

2.2.4. "El esquema de seguimiento de la Resolución 34805 de 2005."

a. "La finalidad del esquema de seguimiento de la Resolución 34805 de 2005"

"[E]l esquema de seguimiento es un mecanismo de verificación que le permite a la SIC comprobar el cumplimiento de los compromisos asumidos por la empresa investigada y asegurarse de que no se encuentran incurriendo en las conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación.

"El numeral 3.4. de la Resolución 34805 de 2005, señala las finalidades que persigue la SIC al imponer el esquema de seguimiento para el presente caso:

"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 las mismas conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación."

b. "El esquema de seguimiento contenido en la Resolución 34805 de 2005 fue impuesto de manera oficiosa por la SIC"

Afirma Holcim que las sociedades investigadas no propusieron en la solicitud de ofrecimiento de garantías, "las instrucciones que la SIC estructuró en la Resolución."

En efecto, en el memorial conjunto de ofrecimiento de garantías y en el oficio confidencial presentado por Holcim, "resulta claro que la empresa que represento no estructuró un esquema de seguimiento. Simplemente se comprometió a mantener la información relacionada con los criterios tenidos en cuenta para fijar el precio del cemento Portland Gris Tipo I, la relativa al canal de distribución y la correspondiente a costos, a disposición de la SIC. Fue la Superintendencia la que desarrolló un esquema de seguimiento para verificar el cumplimiento de esta obligación."

c. "Esquema de seguimiento impuesto por la SIC en la Resolución 34805 de 2005."

Señala Holcim que el esquema de seguimiento se consagró con el fin de verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las investigadas, *"así como para determinar que efectivamente dichas sociedades no estaban incurriendo en las conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación por medio de la Resolución No. 358 del 19 de enero de 2005."*

d. "El numeral 3.4.1. del esquema de seguimiento"

Afirma Holcim que *"En vista de que por medio de la Resolución 26362 de 2006 la SIC solamente cuestiona el cumplimiento del numeral 3.4.1. (antes transcrito) del esquema de seguimiento impuesto, a continuación se analiza el contenido del mismo en detalle.*

"El cumplimiento del numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento implica lo siguiente:

*"**Holcim** debe mantener a disposición de la SIC la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos. Es decir, que debe mantener a disposición del Despacho la información inicial sobre los criterios que fue presentada dentro los diez (10) días siguientes a la radicación del escrito de presentación de garantías".*

*"Si se presentan cambios en el futuro sobre la información de los criterios inicialmente aportados, **Holcim** debe mantenerla actualizada y lista a disposición de la SIC.*

*"Si se presentan aumentos o disminuciones de los precios de los productos **Holcim** debe soportarlos con la documentación necesaria.*

*"En el caso de cualquier variación en los precios, la Presidencia u órgano competente al interior de **Holcim** para fijar el precio, debe hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión de disminuir o aumentar el precio.*

*"Pues bien, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, no cabe duda que **Holcim** cumplió con todas y cada una de las obligaciones contenidas en el punto 3.4.1 del esquema de seguimiento.*

*"De otra parte, resulta importante resaltar que las instrucciones impartidas por la SIC de manera oficiosa en el numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento, **no incluyen** lo siguiente:*

*"La Resolución **no le exige** al órgano competente para la fijación de los precios en Holcim, la obligación de elaborar una constancia escrita en la fecha exacta de aumento o disminución del precio de los productos, como ahora lo pretende la*

SIC, pues como se observa en la providencia, solamente se le ordenó dejar constancia escrita.

*“La Resolución **no le exige** a **Holcim** llevar a cabo un estudio económico que soporte la forma en la que se modificaron los precios, lo cual le impediría a la Gerencia Comercial de **Holcim** reaccionar de manera rápida frente a los movimientos y coyunturas del mercado. Solamente se le ordena mantener a disposición de la SIC los criterios tenidos en cuenta para llevar a cabo la fijación de los precios y soportar por escrito, con los documentos necesarios, las variaciones de precios.*

*“La Resolución **no le exige** a **Holcim** que las constancias escritas de los criterios tenidos en cuenta para la variación de los precios se realicen en el momento mismo de realizar cada modificación de precios, solamente debe mantenerlos a disposición de la SIC.”*

2.3. “Cumplimiento de los compromisos principales y las obligaciones secundarias aceptados mediante la Resolución 34805 de 2005”

Señala Holcim que *“en este aparte del recurso se hará referencia exclusiva a cumplimiento de la obligación principal que consiste en abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros y a las obligaciones secundarias que forman parte de este compromiso principal, que son los únicos puntos que la SIC discute en el mencionado acto.”*

2.3.1. “Cumplimiento de la obligación de fijar los precios de los productos comercializados en el país de manera unilateral y autónoma

Sostiene Holcim que *“En el trámite de revisión de garantías y en especial en lo referente al cumplimiento del esquema de seguimiento, no existe prueba de que las empresas hayan incurrido en las conductas que dieron lugar a la apertura de la investigación.*

*“La situación descrita anteriormente se encuentra plenamente comprobada, pues la SIC no hizo efectivas las garantías ofrecidas por **CPR** (hoy Argos), lo cual significa que los precios fijados por esta compañía fueron fijados de manera unilateral durante el periodo investigado, dentro del cual no se presentó un comportamiento concertado entre **Holcim** y **CPR** para fijar precios en los departamentos de Boyacá y Casanare.*

*“Por lo tanto, la obligación secundaria asumida por **Holcim** de fijar los precios de sus productos en los departamentos de Boyacá y Casanare, en forma unilateral y autónoma, de conformidad con los criterios que previamente se establecieron en el memorial de fecha 24 de noviembre de 2005 presentado a la SIC, no fue incumplida.”*

2.3.2. “Cumplimiento de la obligación de informarle a la SIC los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios.”

Holcim hace referencia al memorial de carácter confidencial con el cual informó a la SIC los criterios utilizados para la determinación de los precios y agrega que *“es claro que **Holcim** cumplió con esta obligación accesorio, pues obra en el expediente el memorial citado anteriormente por medio del cual se informó a la SIC los criterios que tendría en cuenta para la determinación unilateral de sus precios en los departamentos de Boyacá y Casanare.”*

2.3.3. “Cumplimiento de la obligación de mantener actualizada y lista a disposición de SIC en todo momento por parte de Holcim la información relacionada con los criterios para fijar los precios de sus productos de manera unilateral que se habían aportado mediante el memorial radicado bajo el número 03104506-10096 del 24 de noviembre de 2005.”

Afirma Holcim que sí se cumplió lo señalado en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías 34805 de 2005, si se tienen en cuenta que :

*“...la SIC nunca solicitó y mucho menos verificó el documento en el que se describían los criterios que **Holcim** utilizaba para fijar los precios de sus productos y que previamente había presentado a la SIC en noviembre 24 de 2005.”*

*“...la SIC nunca solicitó ni mucho menos cuestionó a **Holcim** sobre si los criterios tenidos en cuenta y previamente presentados ante esta Entidad habían variado en el período comprendido entre enero a mayo de 2006.”*

*- Durante la visita administrativa practicada en las instalaciones de **Holcim** el día 24 de mayo de 2006, los funcionarios de la SIC solicitaron “el documento de la presidencia u órgano competente donde consten los criterios Microeconómicos y Macroeconómicos tenidos en cuenta en cada uno de los incrementos y disminuciones de precios”. Obsérvese que el documento requerido por los funcionarios en la visita es diverso a la documentación que en todo caso debía tener **Holcim** para cumplir con los deberes a que hace referencia la Resolución.”*

“Holcim siempre mantuvo a disposición de la SIC el listado de los criterios para fijar el precio que previamente radicó ante la SIC, los cuales hasta la fecha no han variado, como se demuestra en los documentos denominados “APLICACIÓN DE CRITERIOS UTILIZADOS PARA LA DETERMINACIÓN O MODIFICACIONES DEL PRECIO BASE DEL CEMENTO PÓRTLAND GRIS TIPO I” que fueron aportados al expediente.”

2.4. “Análisis de la Resolución número 26362 de 2006.”

2.4.1. “Incongruencia entre la Resolución de Apertura de la investigación, el oficio de solicitud de explicaciones y la Resolución acusada.”

Afirma el recurrente que esta Superintendencia no respetó el debido proceso, pues *“como se puede apreciar en el oficio radicado bajo el número 03 – 104506 – 00154 - 0003 de fecha 6 de julio de 2006, por medio del cual se solicitó a Holcim presentar explicaciones y aportar pruebas, la SIC jamás señaló que dicha entidad estuviese investigando a la (sic) Holcim por el supuesto incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim en la Resolución 34805 de 2005.”*; y agrega que la solicitud de explicaciones se hizo por el presunto incumplimiento de un punto del esquema de seguimiento, razón por la cual fue a este punto que se contrajeron las explicaciones de su representada.

“La SIC en diversos pronunciamientos precisó que lo que se investigaba era el presunto incumplimiento del numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento, tal y como puede observarse en los siguientes actos.” Los actos a los que se refiere la impugnante son el oficio radicado con el número 03 – 104506 – 00158 – 0003 del 15 de agosto de 2006 y la diligencia de testimonio del señor Jorge Neira.

Finalmente, sostiene la recurrente que *“La actuación de la SIC siempre estuvo destinada a comprobar si Holcim incumplió la instrucción y los procedimientos consagrados en el numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento.*

2.4.2. “Contradicción de los argumentos de la SIC en la Resolución No. 26362 de 2006.

“a. Respecto del considerando tercero de la Resolución acusada

“La SIC indica de manera general que mediante memorial de fecha 10 de noviembre de 2005, Holcim ofreció garantías, pero no precisa que en el mencionado memorial se presentaron los compromisos a los que se obligaba, el colateral que ofreció y que no se comprometió con un esquema de seguimiento.

“De otra parte, la SIC no precisa que mediante memoriales confidenciales radicados los días 24 de noviembre y 9 de diciembre de 2005, se radicaron los criterios que Holcim tiene en cuenta para fijar los precios de sus productos y se complementaron los ítems que componían el costo medio variable de producción del Cemento Pórtland Gris Tipo I de marca Boyacá”.

“b. Respecto del considerando quinto de la Resolución acusada

“La SIC no precisa que de conformidad con el considerando Tercero de la resolución 34805 de 2005, la póliza de seguro que ampara de forma exclusiva un posible incumplimiento de la obligación principal y no un incumplimiento del esquema de seguimiento”.

“c. Respecto del considerando sexto de la Resolución acusada

“La SIC no precisa que la visita administrativa del día 24 de mayo de 2006 se llevó a cabo para verificar el cumplimiento real y efectivo del numeral 3.4.1 del

esquema de seguimiento de la Resolución 34805 y no de los compromisos como lo consagra el considerando sexto de la resolución recurrida. Precisamente la actuación administrativa se inició con el oficio radicado bajo el número 03 – 104506 – 00154 – 0003 de fecha 6 de julio de 2006, por medio del cual la SIC le solicitó a Holcim explicaciones respecto al presunto incumplimiento del numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento de la resolución 34805 de 2005.”

“d. Respecto del considerando séptimo de la Resolución acusada

“La SIC se limita a transcribir los apartes del acta de visita, pero no precisa los siguientes puntos:

*“Que durante la visita la SIC nunca solicitó y mucho menos verificó el documento en el que se describían los criterios que **Holcim** utiliza para fijar los precios de sus productos y que previamente había presentado a la SIC en noviembre 24 de 2005.*

*“Que durante la visita la SIC nunca solicitó ni mucho menos cuestionó a **Holcim** sobre si los criterios tenidos en cuenta y previamente presentados ante esta Entidad habían variado en el período comprendido entre enero a mayo de 2006.”*

“e. Respecto del considerando octavo de la Resolución acusada

*“En este punto la SIC reafirmó que la actuación administrativa tenía como fin principal determinar si **Holcim** había incurrido en el incumplimiento del numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento, impuesto de manera oficiosa por la SIC.”*

“f. Respecto al considerando noveno de la Resolución acusada

*“En este considerando el Despacho realizó un resumen de los argumentos expuestos por **Holcim** en los descargos y precisó cual fue la petición de la empresa respecto de la solicitud de explicaciones. En el numeral 4 de este punto la SIC indicó lo siguiente:*

*“4. Como petición solicita que se declare que **Holcim no ha incumplido el esquema de seguimiento de garantías contenido en el numeral 3.4.1. de la resolución número 34805 de 2005.”***

“g. Respecto del considerando décimo de la Resolución acusada”

Señala el recurrente que la actuación administrativa que se inició tenía como fin establecer si Holcim incumplió las instrucciones del numeral 3.4.1. del esquema de seguimiento de la resolución de aceptación de garantías. El resultado de la actuación en mención debió ser diferente al contenido del acto administrativo que se recurre, tal como se explicó en el numeral 2.4.1. de la presente decisión. (numeral 2.5.1. del recurso).

"Al expedir el auto de pruebas, el Despacho no incorporó al expediente como tales, el acta de visita y los documentos que en esta se adjuntaron."

Sostiene Holcim que contra el auto de pruebas interpuso recurso de reposición con el fin de que fuera adicionado con el informe del auditor, el cual fue rechazado por esta Superintendencia, desconociendo la doctrina que había construido sobre la procedencia del recurso de reposición contra el acto de pruebas.

*"El hecho de tener en cuenta la información del auditor como prueba tan solo en la Resolución número 26362 de 2006, implica una violación del debido proceso de mi representada, ya que si la SIC lo hubiera incorporado en el momento procesal adecuado **Holcim** hubiera tenido la posibilidad de cuestionar o complementar los argumentos del auditor."*

"h. Respecto al punto 10.1 de la Resolución acusada

Señala Holcim que lo establecido por esta Entidad en el numeral 10.1 de la resolución recurrida es erróneo. Siguiendo lo antes señalado, la recurrente considera que el ofrecimiento de garantías está conformada por "tres pilares": "(i) la obligación principal; (ii) El colateral ...; y (iii) el esquema de seguimiento...

*"En el presente caso, la SIC concluyó de manera por cierto errónea, que el incumplimiento de un punto del esquema de seguimiento conllevó la trasgresión de un deber contenido en una obligación secundaria al compromiso principal y que por lo tanto se incumplió la obligación principal. Sin embargo, existen pruebas en el expediente que demuestran que no se incumplió el numeral 3.4.1 del esquema y que se cumplieron los deberes contemplados en las obligaciones secundarias a la principal de abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, repartición de mercados y evitar el acceso de terceros al mercado, razón por la cual la SIC jamás demostró que en los mercados de Boyacá y Casanare no se dio cumplimiento a las obligaciones principales a cargo de **Holcim y CPR.**"*

"i. Respecto del punto 10.2 de la Resolución acusada

Afirma Holcim que esta Entidad en el acto que se recurre "no transcribe de manera literal los compromisos presentados por **Holcim**, los cuales fueron aceptados en la Resolución 34804 de 2005.". Seguidamente la impugnante transcribe en un cuadro los compromisos contenidos en la resolución en mención y los compromisos transcritos en el numeral 10.1.2. del acto administrativo objeto de recurso, luego de lo cual concluye lo siguiente:

*"El cuadro anterior, permite demostrar las diferencias existentes entre la forma en que fueron aceptados los compromisos presentados por **Holcim** en la resolución 34805 de 2005 y la forma como ahora los presenta la SIC en el acto impugnado. Al respecto, puede observarse como los compromisos presentados se enmarcaron en dos obligaciones principales compuestas por obligaciones secundarias vigentes por tres años y no solo en el literal b) transcrito por la SIC, en la resolución 26362*

de 2006, donde se describe aisladamente este compromiso secundario a la obligación principal.”

“(…)”

Asevera Holcim que esta Superintendencia interpretó erróneamente el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías No. 34805 de 2005, lo que condujo a conclusiones equivocadas tales como:

“Que **Holcim** debía elaborar un documento que contenga los criterios para la fijación de los precios de manera previa al momento de realizar cada modificación del precio, razón por la cual alega que se incumplió la obligación contenida en el numeral 3.4.1 y el literal b del numeral 2 de la Resolución 34805 de 2005.

“Que para llevar a cabo la descripción de los criterios en las constancias debe realizarse un estudio que permita verificar a la SIC la forma como incidieron los criterios en la modificación del precio.

“Estas conclusiones equivocadas, en el evento de mantenerse, implicarían la imposición de nuevas instrucciones que no se encontraban descritas en el mencionado punto 3.4.1, lo cual resultaría completamente irregular y violaría los derechos de **Holcim**.”

Según el recurrente, el alcance del numeral 3.4.1. del esquema de seguimiento es el siguiente:

“**Holcim** debe mantener a disposición de la SIC la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos, es decir, debe mantener a disposición del Despacho la información inicial sobre los criterios que fue presentada dentro los diez (10) días siguientes a la radicación del escrito de presentación de garantías”.

“Si en el futuro se presentan cambios relacionados con los criterios inicialmente aportados, **Holcim** debe documentar dichos cambios y mantenerlos actualizados y listos a disposición de la SIC.

“Si se presentaban aumentos o disminuciones de los precios de los productos **Holcim** debe soportarlos con la documentación necesaria.

“En el caso de cualquier variación en los precios, la Presidencia u órgano competente dentro de **Holcim** para fijar el precio, debe hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión de disminuir o aumentar el precio y mantenerlos a disposición de la SIC.

“De otra parte, es importante resaltar que las instrucciones impuestas por la SIC de manera oficiosa en el numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento, **no establecen lo siguiente:**

*"El órgano competente que fija los precios, **NO** tiene la obligación de realizar una constancia escrita en la fecha exacta de aumento o disminución del precio de los productos, pues como se ha dicho, la Resolución solamente la obligó a dejar constancia escrita.*

*"No es obligación de **Holcim** llevar a cabo una análisis económico que soporte la forma como se variaron los precios y como influyeron los criterios, ya que ello impediría a la empresa reaccionar de manera rápida en el mercado. Simplemente se deben mantener a disposición de la SIC los criterios tenidos en cuenta para llevar a cabo la fijación del precio y las modificaciones de los mismos en caso de que sucedan, además de los criterios utilizados para realizar variaciones de los precios con sus respectivos soportes.*

*"No es obligación de **Holcim** que las constancias por escrito de las variaciones de los precios se lleven a cabo en el momento de realizar cada modificación de los precios."*

Considera Holcim que existen pruebas suficientes dentro de la actuación que demuestran que el esquema de seguimiento ha sido cumplido.

Finalmente concluye el impugnante que *"la SIC ha desarrollado una interpretación errada y sesgada sobre la forma de cumplir con la instrucción impuesta de manera oficiosa en el esquema de seguimiento aceptado en la Resolución No. 34805 ya que **Holcim** cumplió en su momento con el punto 3.4.1 del mencionado esquema."*

"J. Respecto al punto 10.3 de la Resolución acusada

"Los documentos denominados aplicación de los criterios utilizados para la determinación o modificación del precio base del cemento Pórtland Gris Tipo I."

Manifiesta el recurrente que la Superintendencia enfatiza en el hecho que los documentos debieron ser elaborados antes o al momento de la variación de precios, situación ésta no prevista en el numeral 3.4.1. de la resolución 34805 de 2005.

Por otra parte la SIC reconoce la existencia de los criterios, pero cuestiona la forma en que Holcim los ha aplicado con el fin de determinar la variación de sus precios, cuando lo único que la garantía exige es que se deje constancia escrita de los mismos y que la misma se mantenga a disposición de la SIC.

*"Estos documentos prueban que efectivamente se tenían a disposición de la SIC los criterios utilizados por **Holcim** para fijar los precios que se encontraban radicados ante la SIC, que dichos criterios no variaron y que se dejó la constancia respectiva sobre aquellos que impulsaron cada variación del precio entre los meses de enero a mayo de 2006."*

“Aplicación del artículo 188 del Código de Procedimiento a los actos administrativos del Consejo Nacional de Estupefacientes”

Señala el recurrente que esta Superintendencia interpretó inadecuadamente el artículo 188 del C.P.C., por cuanto este artículo exige la formalidad de la autenticación respecto de las normas que no tienen alcance nacional, tales como acuerdos u ordenanzas. En el presente caso, al tratarse de actos administrativos (los emanados del CNE) de “carácter nacional destinadas [os] a ser aplicadas [os] en una parte del territorio nacional”, el artículo en mención no tiene aplicación. Lo anterior, lo reafirma con una sentencia del 16 de diciembre de 1996 de la Corte Suprema de justicia.

Y agrega: *“En esta medida el Despacho puede comprobar que los actos administrativos del Consejo Nacional de Estupefacientes números 017 y 018 de 2003 y 004 de 2004, no son normas de orden departamental ni municipal, por ello no se les aplica la formalidad prevista en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil, la cual de todas maneras resultaría absurda en el contexto de la garantía ofrecida.”*

“Informe del Auditor”

*“La SIC no llevó a cabo un examen del documento presentado por los auditores en conjunto con las demás pruebas que obraban en el expediente. Simplemente indicó que el informe no estaba acompañado de los documentos que le permitieran a la SIC determinar que no se habían realizado acuerdos y que los precios habían sido modificados de manera unilateral por **Holcim**.*

*“No obstante lo anterior, es preciso señalar que la SIC tenga en cuenta que el informe presentado por los auditores se puede evidenciar que los criterios tenidos en cuenta por **Holcim** estaban a disposición de cualquier autoridad, inclusive fueron utilizados por los auditores para realizar su informe, ya que existían las constancias escritas.”*

“Testimonio del señor Jorge Neira

“La SIC hace referencia a algunos apartes de la declaración del doctor Jorge Neira, y realiza una apreciación de la prueba de forma aislada del conjunto de pruebas que obran en el expediente, con lo cual se vulnera el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, por las siguientes razones:

*“Cabe resaltar que durante la práctica de la declaración del doctor Neira, la SIC se limitó exclusivamente a cuestionar las fechas de elaboración de los documentos y a poner de presente las constancias elaboradas durante la visita administrativa en las instalaciones de **HOLCIM**. Esta situación permite establecer que el único propósito que se perseguía durante la práctica de la prueba era determinar el incumplimiento de un aspecto formal del esquema de seguimiento y no de la obligación principal.*

"La SIC se limitó a citar solamente algunas de las preguntas y respuestas dadas por el doctor Neira en su declaración, para acompañarlas a los argumentos sostenidos a lo largo de la resolución 26361 de 2006, lo cual evidencia el interés exclusivo de la SIC en determinar el incumplimiento de la instrucción contenida en el numeral 3.4.1. de la resolución 34804 de 2005.

"No obstante la posición de la SIC, al llevar a cabo dicha valoración se dejaron de lado otras preguntas y respuestas del doctor Neira¹⁴, en las cuales se puede apreciar el cumplimiento de las instrucciones contenidas en el esquema de seguimiento, y de los compromisos adquiridos mediante la Resolución 34804 de 2005.

*"En las respuestas del doctor Neira, queda claro que los criterios que fueron presentados inicialmente a la SIC, eran aplicados por **HOLCIM**. Tan es así que el mencionado funcionario de **Holcim** dejó constancia de los mismos en la visita que fue realizada por la SIC el día 24 de mayo de 2006.*

*"Igualmente, la existencia de dichos criterios permitió a **HOLCIM** llevar a cabo la elaboración de los documentos denominados "sondeos de precios" y "Aplicación de criterios utilizados para la determinación del precio del cemento Portland Gris Tipo 1".*

"K. Respecto al punto 10.3 de la Resolución acusada

Afirma el recurrente que teniendo en cuenta que la actuación que se adelantó tenía como fin determinar el incumplimiento de la instrucción contemplada en el numeral 3.4.1 de la resolución No. 34805 de 2005, "no es posible que la Resolución No 26362 de 2006 declare el incumplimiento de los compromisos y haga efectivas las pólizas; ya que en el evento de que se considerara incumplida la instrucción, lo cual no sucedió, la SIC ha debido imponer multas por inobservancia de instrucciones."

"2.5. "Proporcionalidad de la sanción

Se afirma en el recurso que "La proporcionalidad se formuló como una regla del derecho penal, como consecuencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 9, en donde se señala que las penas deben ser "estrictas y evidentemente necesarias".

"El artículo 36 del C.C.A. dando aplicación a ese derecho, al establecer:

"Artículo 36. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirve de causa." (Negrilla y subrayado fuera de texto)

"Ese requisito de la proporcionalidad entre la decisión que se toma y el hecho que le sirve de causa se constituye en un mecanismo para controlar los excesos de la

administración al momento de tomar decisiones en las que la ley le da al funcionario un cierto margen de discrecionalidad.

"Por su parte, la jurisprudencia ha reconocido que la proporcionalidad de las sanciones es uno de los principios aplicables al derecho administrativo..." Como prueba de lo anterior, el recurrente transcribe apartes de diferentes sentencias de la Corte Constitucional.

Continua Holcim señalando que *"Si bien la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992 no señalan criterios específicos que deba tener en cuenta el Superintendente para determinar la cuantía de las multas ni mucho menos para determinar si la póliza que garantiza el cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de una Resolución que acepta un ofrecimiento de garantías debe ser exigida en su totalidad o en parte de ella, la SIC, dando aplicación a el principio de proporcionalidad ha rebajado la cuantía de las multas que ha impuesto."* Lo anterior, lo reafirma transcribiendo apartes de resoluciones de esta Entidad.

Asevera Holcim que existen normas de los códigos civil y comercial que permiten la aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

"En efecto, en relación con la cláusula penal, artículo 1596 del Código Civil establece que si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, el deudor tendrá derecho para que se le rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal.

"Igualmente, el artículo 1601 del Código Civil establece que en el caso de cláusulas penales establecidas para el caso de incumplimiento de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, el juez podrá moderarlas de acuerdo con su prudencia, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

"Por su parte, y específicamente para el caso del contrato de seguro, el artículo 1088 del Código de Comercio claramente señala que los seguros de daños, dentro de los cuales se encuentran los seguros de responsabilidad, serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para el asegurado una fuente de enriquecimiento.

"Dicho principio es reiterado en el artículo 1089 del mismo Código cuando se señala que la indemnización no excederá en ningún caso el monto efectivo del perjuicio sufrido por el asegurado o el beneficiario."

Finalmente, considera Holcim que, *"aún en el evento de aceptar que **Holcim** incumplió algún compromiso adquirido en la resolución 34805 de 2005", al momento de hacer exigible la póliza por el total del valor asegurado, "la entidad no tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y dosimetría de las sanciones por cuanto: (i) el incumplimiento endilgado no es el de una obligación principal sino de una carga accesoria; (ii) el incumplimiento imputado no corresponde a la totalidad de los compromisos; (iii) la entidad no tuvo en cuenta el periodo de*

1
△

tiempo durante el cual se habría incurrido en el supuesto incumplimiento con relación al tiempo en que se comprometió a mantener el esquema de seguimiento; (iv) la entidad no consideró que las variaciones se habrían producido solamente en 1 departamento de los 2 que fueron objeto de la investigación que se terminó con la Resolución 34805 de 2005, y (v) la entidad no tuvo en cuenta que la empresa ha adoptado un formato que le permite dejar por escrito de forma aún más clara y oportuna los criterios que se utilizan para modificar los precios de sus productos.”

2.5.1. “La obligación incumplida no es una obligación principal sino una carga accesoria”

Transcribe Holcim en el recurso lo señalado en el numeral 3.3. de la resolución 34805 de 2005 en relación con la “garantía” y la obligación que se garantiza. Continúa sosteniendo que la resolución en mención contiene un esquema de seguimiento, *“el cual, según lo señala la propia Resolución, es un complemento para permitir corroborar y asegurar que no se está incurriendo en las conductas que dieron mérito a la apertura de la investigación. En consecuencia, es claro que el esquema de seguimiento no es una obligación principal sino accesoria para vigilar el cumplimiento de aquella.”*

Considera la recurrente que de conformidad con la resolución que se recurre Holcim incumplió los compromisos establecidos en el numeral 3.4.1.

*“Es decir, para la misma SIC es claro que **HOLCIM** no incumplió la obligación principal prevista en el numeral 3.2. de la Resolución 34805 de 2005, sino una de las obligaciones o cargas accesorias, previstas en el numeral 3.4.1., de dicha Resolución, consistente en dejar por escrito los criterios tenidos en cuenta para realizar las variaciones de precios.*

*“El propio Superintendente ha señalado en las declaraciones que ha dado a los medios de comunicación que la póliza no se hizo efectiva por el hecho de que **HOLCIM** haya realizado un acuerdo de precios con CPR (hoy **ARGOS**). Si ello no fuera así, lo lógico habría sido hacer efectiva la póliza otorgada por esa cementera.*

“Por lo tanto, en virtud del principio de proporcionalidad y de lo previsto en los artículos 1596 y 1601 del Código Civil, y 1088 y 1089 del Código de Comercio, resulta exagerado hacer exigible la póliza por la totalidad de la cuantía asegurada.”

2.5.2. “El incumplimiento imputado no corresponde a la totalidad de las obligaciones”

Las obligaciones contenidas en la resolución de aceptación garantías no se limitan a dejar por escrito los criterios que se tuvieran en cuenta para cada variación de precios, razón por la cual *“en virtud del principio de proporcionalidad y de lo previsto en los artículos 1596 y 1601 de Código Civil y en los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio, resulta exagerado hacer exigible la póliza por la*

totalidad de la cuantía asegurada," cuando el incumplimiento se contrae a la mencionada obligación.

2.5.3. "De existir incumplimiento, que no lo hubo, el mismo habría sido por un periodo de tiempo mínimo.

*"De acuerdo con el numeral 2.1. de la Resolución 34805 de 2005, las obligaciones a las que se comprometió **HOLCIM** estarán vigentes 3 años contados a partir de la fecha en que quedó en firme la Resolución 34805 de 2005.*

*"Los casos en los que la SIC señala que **HOLCIM** incumplió la obligación de dejar por escrito los criterios tenidos en cuenta para realizar las variaciones de precios, se refieren a modificaciones realizadas los días 17 de enero, 23 de marzo y 12 de mayo de 2006, esto es, en tres meses de los 36 en que consiste el compromiso.*

"Así las cosas, la decisión de la SIC de hacer exigible la garantía por el total del valor asegurado, resulta absolutamente desproporcionada."

2.5.4. "Las variaciones no fueron en todo el país"

Señala Holcim que "La investigación que fue cerrada mediante Resolución 34805 de 2005 se refería a los departamentos de Boyacá y Casanare.

"Como consta en los documentos que fueron aportados con el memorial de explicaciones de fecha 25 de julio de 2006, de las variaciones de precios ocurridas los días 17 de enero, 23 de marzo y 12 de mayo de 2006, solamente la ocurrida el 17 de enero tuvo aplicación en los departamentos que eran objeto de la investigación, y la misma fue una baja de precios.

*"En efecto, el 17 de enero de 2006 **HOLCIM** bajó los precios base en todas las regiones. Por su parte, las variaciones del 23 de marzo y 12 de mayo de 2006 no se aplicaron al departamento de Boyacá.*

"En consecuencia, los supuestos incumplimientos ni siquiera se refieren a la totalidad de Departamentos que eran parte de la investigación que fue cerrada mediante el mecanismo de ofrecimiento de garantías.

"Pero peor aún, en el caso en el que la variación se aplicó a ambos Departamentos, la misma fue una baja de precios, conducta claramente competitiva."

2.5.6. "Holcim ha adoptado un formato para facilitar la verificación del cumplimiento de las garantías"

*"... con el escrito de explicaciones del 25 de julio de 2006 se adjuntaron los documentos que soportan las decisiones adoptadas por **HOLCIM** y la SIC pudo apreciar que la empresa ha diseñado un formato en el que se deja constancia*

escrita del criterio que el funcionario responsable de tomar las decisiones utiliza para modificar los precios.

“La adopción de ese formato muestra claramente que la empresa busca adecuar su comportamiento a la interpretación que la SIC dio a lo previsto en el numeral 3.4.1., de la Resolución 34805 de 2005 con el fin de facilitarle a la administración la verificación del cumplimiento del esquema de seguimiento.

“Lo anterior muestra que se han tomado los correctivos necesarios para que no vuelva a presentarse inconvenientes sobre el cumplimiento de las garantías, criterio que la SIC ha tenido en cuenta para efectos de rebajar la cuantía de las sanciones que ha impuesto.

“Todo lo anterior demuestra que en el evento de que la SIC persista en considerar que **HOLCIM** incumplió los compromisos adquiridos en virtud de la Resolución 34805 de 2005, lo cual no es cierto, dicha entidad debe en todo caso rebajar la cuantía por la cual hizo exigible la póliza otorgada como quiera que: (i) **HOLCIM** no celebró un acuerdo de precios; (ii) la obligación supuestamente incumplida no es principal sino una carga accesoria; (iii) el supuesto incumplimiento no se refiere a la totalidad de los compromisos adquiridos; (iv) el supuesto incumplimiento no afectó el funcionamiento competitivo del mercado; (v) el supuesto incumplimiento no se refirió a todo el periodo objeto de garantía; (vi) el supuesto incumplimiento no se refirió a la totalidad de departamentos objeto de la investigación que fue cerrada con la Resolución 34805 de 2005, y; (vii) **HOLCIM** ha tomado los correctivos necesarios para que no vuelva a presentarse inconvenientes sobre el cumplimiento de las garantías.

“Es decir, el incumplimiento por el cual la SIC sanciona a **HOLCIM** no tiene la gravedad, ni afecta de tal manera el mercado como para imponer la máxima sanción posible. Además, es claro que el hecho de que **HOLCIM** tenía que dejar por escrito el criterio que había utilizado para modificar los precios **en el momento mismo** en el que se hacía la modificación no aparece de manera expresa en la Resolución 34805 de 2005, razón por la cual la SIC debe tener en cuenta que la empresa no actuó de mala fe.

“La falta de proporcionalidad entre el valor por el que se hizo exigible la póliza y la gravedad de la sanción se hace evidente en las declaraciones que el mismo Superintendente ha dado a los medios. En efecto, en entrevista en la W Radio de fecha 20 de octubre de 2006, el Superintendente manifestó lo siguiente:

“(…)

“Es decir, el mismo Superintendente reconoce que la cuantía máxima era aplicable para el caso de que se llegara a comprobar que había un acuerdo de precios y pese a que reconoce que no existió un acuerdo de precios, aplica la cuantía máxima.”

Finalmente, Holcim solicita lo siguiente:

"PETICIÓN PRINCIPAL.- Que se revoque en su integridad la Resolución No 26362 del 11 de octubre de 2006 y en su lugar proceda a declarar que **Holcim** ha cumplido con los compromisos contenidos en las garantías aprobadas mediante Resolución No. 34805 del 23 de diciembre de 2005 y que en consecuencia no ha ocurrido un siniestro que afecte la póliza otorgada por **Holcim** como "Colateral".

"PETICIÓN SUBSIDIARIA.- En caso de que el Despacho decida no acceder a la petición principal, de manera subsidiaria solicito que en aplicación del principio de proporcionalidad, se modifique el artículo tercero (3°) de la Resolución No 26362 del 11 de octubre de 2006, en el sentido de reducir el monto por el cual se ordenó hacer efectiva la póliza otorgada por **Holcim**."

TERCERO: Que dentro el término para presentar recurso, Holcim presentó solicitud de recusación contra el Superintendente de Industria y Comercio, la cual fue resuelta por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo en el sentido de que no había impedimento alguno por parte de este funcionario para continuar conociendo de la presente actuación.

La solicitud de recusación en mención también fue presentada ante el Procurador General de la Nación, quién se declaró incompetente para conocer de la misma.

CUARTO: Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, en la presente decisión se abordarán todas las cuestiones que fueron planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

4.1. Solicitud de pruebas

Señala el artículo 56 del código contencioso administrativo que "Los recursos de reposición y de apelación siempre deberán resolverse de plano, a no ser que al interponer este último se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio."

En relación con la práctica de pruebas en el recurso de reposición, el Honorable Consejo de Estado, en sentencia del 11 de marzo de 1999, ha señalado:

"La doctrina considera que si bien es cierto para resolver el recurso de reposición la ley no previó periodo probatorio alguno, ello no significa que no puedan tenerse en cuenta las pruebas que el recurrente presente y adjunte con el escrito de sustentación, ya que tomar una decisión de plano no significa que en su motivación esté ausente la valoración de las pruebas. Además, nada obsta que el funcionario competente para decidirlo, para garantizar la transparencia de su actuación, la imparcialidad y el derecho de defensa, decrete de oficio las pruebas que se le han solicitado en el recurso de reposición, o las que considere pertinentes, en especial aquellos documentos relacionados con la misma actuación o con otras que tengan el mismo efecto y que, por lo tanto, deberán formar parte del mismo expediente..."

De acuerdo con lo anterior, este Despacho se abstendrá de dar trámite a la solicitud de pruebas efectuada por la recurrente. No obstante, tendrá en cuenta la siguiente:

El archivo magnético – disco compacto – que contiene la entrevista rendida por el Superintendente de Industria y Comercio ante la Radio W el día 20 de octubre de 2006, el cual fue aportado por Holcim.

4.2. Naturaleza y estructura del ofrecimiento de garantías

Se hace necesario entrar a analizar si el esquema de seguimiento hace parte integral de las obligaciones adquiridas por la investigada a título de garantías o si, por el contrario, solo deben entenderse como garantías aquellas que se consignaron en el numeral 2.1. "Compromisos" de la resolución de aceptación de garantías.

Veamos. Se inicia una investigación cuyo objetivo es establecer si las conductas del encartado constituyen prácticas restrictivas de la competencia. Durante la etapa de la investigación, con fundamento en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, el investigado puede solicitar la terminación del proceso brindando garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. El Superintendente, por su parte, amparado en la facultad que le otorga el numeral 12 del artículo 4 del citado decreto, termina el proceso si y solo si existen garantías suficientes de que cesarán las conductas que dieron origen a la investigación. En otros términos, las disposiciones en comento permiten la terminación anticipada de una investigación a partir de la convicción de la Administración de que el investigado cesará la conducta.

Dentro de este contexto, es necesario igualmente recordar que el artículo 333 de la Constitución Política consagra la libre competencia económica como un derecho colectivo³ que debe ser tutelado por razones jurídicas⁴ y económicas, en tanto que no solo está encaminado a proteger los intereses de quienes interactúan en el mercado sino el orden económico. En efecto, habiendo sido adoptado por el Estado como esquema de funcionamiento económico un sistema de libertad económica, por oposición, entre otros, a un modelo proteccionista, se impone como obligación ineludible la de amparar y preservar incólume la libre y leal competencia en el mercado, que es sustrato esencial de la libertad económica⁵. De otra parte, es preciso señalar que el propio artículo 333 Superior señala la obligación para el Estado de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica. En desarrollo de este precepto, se le asignó a la Superintendencia de Industria y Comercio -mediante el decreto 2153 de 1992⁶- la facultad de preservar

³ Art. 88 C.P. y ley 472 de 1998 art. 4

⁴ "...es un derecho de todos que supone responsabilidades" Art 333 C.P.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001

⁶ Expedido con fundamento en el artículo 20 transitorio de la C.P.

la competitividad en el mercado y es así como su artículo 2 numeral 1 que alude a las FUNCIONES de esta Superintendencia, señala:

1. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales (...) para alcanzar, en particular las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.*"

En ese orden de ideas, ni en estricto derecho ni atendiendo los fines de la norma, puede sostenerse que la garantía de que trata el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 puede consistir en la simple afirmación del investigado de que a futuro cumplirá la ley, pues eso sería tanto como equiparar la obligación (el cumplimiento de la ley) con la garantía (que es el compromiso a partir del cual se asegura el cumplimiento de la obligación).

El acto administrativo de aceptación de garantías señala, en el acápite 3.3:

"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...."

Resulta inaceptable, entonces, que el recurrente pretenda señalar como únicas obligaciones adquiridas por la investigada para efectos de obtener la terminación del proceso, aquellas referidas al cumplimiento de la ley, como son:

- 1) *"Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros"*⁷. En el entendido de que estas conductas están contenidas dentro del enunciado del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 como acuerdos contrarios a la libre competencia, debe concluirse que esta obligación de la investigada corresponde al deber general de cumplir la ley y, consecuentemente, no es ese el compromiso a partir del cual se clausuró la investigación.
- 2) *"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"*. Igual predicamento que respecto del compromiso señalado en el párrafo anterior.
- 3) *"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. Idéntica situación que los casos anteriores.*

⁷ Resolución 34804. Acápite 2.1. Compromisos

Para efectos de terminar la investigación en contra de Holcim se tuvieron en cuenta los siguientes compromisos, los cuales corresponden a los contenidos en la solicitud de ofrecimiento de garantías presentada por esta sociedad:

"b. A informarle a la SIC los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la SIC 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 SIC en cada una de las empresas investigadas.

"c. A mantener a disposición de la SIC 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."

"(...)

"Para el efecto, los INVESTIGADOS 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 las 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 SIC por medio de un memorial confidencial que se presenta 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 SIC en cada una de las empresas investigadas.

"Adicionalmente, la información sobre gastos de transporte, también se mantendrá a disposición de la SIC."

Los compromisos transcritos 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 a partir de los cuales esta Entidad podría *"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"*. Dichos mecanismos, que son los enlistados en el acápite 3.4. "Esquema de seguimiento" de la resolución de aceptación de garantías, son obligaciones de hacer a cargo de Holcim, cuyo cumplimiento, al igual que el de los demás compromisos, le brinda a la autoridad de competencia la certeza de que el mercado está libre de los presuntos yerros que dieron origen al inicio de la investigación.

Debe entonces concluirse que esas obligaciones a cargo de Holcim, las reseñadas en el citado capítulo 3.4, hacen parte de "la garantía" a la que se refiere el artículo 52 del decreto 2153 de 1992. La existencia de una póliza de seguro de cumplimiento - que es otro tipo de garantía en tanto que propende por la retribución económica derivada del incumplimiento de los compromisos - hace igualmente parte de las seguridades del Superintendente cuando tomó la decisión de terminar anticipadamente el proceso por prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, contrario a lo sostenido por el recurrente, 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.

Y es precisamente esa la razón por la cual el artículo primero de la resolución de aceptación de garantías⁸ señaló:

"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. (negritas y subrayado fuera de texto)

"(...)"

Conviene precisar que si bien algunas de las obligaciones consignadas en la resolución que pone fin al proceso no estaban reseñadas en el documento de ofrecimiento de garantías, su inclusión en el acto administrativo las hace igualmente obligatorias, en la medida en que - como se anotó en precedencia- se constituyeron también en soporte de la terminación del proceso. Sin ellas, es improbable que el Superintendente hubiese considerado que de manera suficiente estaba garantizada la eliminación o suspensión de las conductas que dieron origen a la investigación.

⁸ Resolución N. 34805 de 2005

Por último, debe señalar este Despacho que resulta equívoca la afirmación según la cual el esquema de seguimiento es una instrucción. En efecto, mientras que las instrucciones a las que se refiere el artículo 2 numeral 2 del decreto 2153 de 1992, son directrices que permiten a la autoridad de competencia verificar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas⁹, las obligaciones que, como en este caso, 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.

Así, el incumplimiento de las instrucciones – a las que se refiere el artículo 2 numeral 2 del decreto citado- acarrea las sanciones previstas por la violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas¹⁰ mientras que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento, al igual que el de los demás compromisos asumidos por las investigadas, conlleva la efectividad de la póliza de seguro de cumplimiento. Tal hecho resulta irrefutable, si se examina el artículo primero de la parte resolutive de la resolución 34805 de 2005 antes transcrito, en concordancia con el objeto del contrato de seguro que aparece en la póliza, que a la letra señala:

"Garantizar el cumplimiento por parte de Holcim (Colombia) S.A. de las garantías aceptadas por el asegurado mediante la resolución 34805 de 2005."

4.3. La efectividad de la garantía

Como se ha expuesto ampliamente, la investigación adelantada contra Holcim y otros terminó de manera anticipada como consecuencia de obligaciones contraídas por los investigados, a partir de las cuales el Superintendente tuvo la convicción de que las conductas presuntamente anticompetitivas que dieron origen a la apertura del proceso, quedaban eliminadas. Fue así como, al analizar si existían garantías suficientes para la clausura de la investigación, el Superintendente tuvo en cuenta (i) las obligaciones contenidas en el ofrecimiento de garantías, (ii) las contenidas en el esquema de seguimiento y (iii) la póliza de

⁹ En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. *"El aparte resaltado en negrilla por la Sala [numeral 2, artículo 2 del decreto 2153 de 1992 en relación con las instrucciones], no está haciendo referencia a una facultad genérica de la Superintendencia de impartir instrucciones, sino específica, que guarda relación directa con la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. No se trata de cualquier instrucción que le corresponda impartir en relación con todos los asuntos asignados a su competencia, sino de aquellas necesarias para hacer posible la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con esta materia."*

¹⁰ Decreto 2153 de 1992, artículo 4 numerales 15 y 16. Al respecto se puede consultar Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

seguro que, por separado, debían constituir cada una de las personas involucradas.

En tal sentido, la póliza de seguros es la garantía de las garantías; esa la razón por la cual, en los pronunciamientos de esta Superintendencia, ella ha quedado reseñada como garantía "colateral" y se expide para amparar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las investigadas a título de garantía, para terminar la investigación, de manera tal que el incumplimiento de cualquiera de ellas, hace exigible la póliza. Sostener lo contrario, como lo hace el recurrente, sería estimular que los investigados incumplieran las obligaciones señaladas en el esquema de seguimiento sin ninguna consecuencia económica o sancionatoria en su contra, pues como también se manifestó en precedencia, tales obligaciones distan de ser instrucciones.

Así las cosas, habiéndose establecido que Holcim incumplió el compromiso contenido en el esquema de seguimiento – numeral 3.4.1. de la resolución No. 34805 de 2005 -, lo procedente legalmente era declarar el incumplimiento de las garantías y, como consecuencia, hacer efectiva la póliza de seguros.

4.4. Cumplimiento del esquema de seguimiento contenido en el numeral 4.4.1.

Sostiene Holcim que sí cumplió con la obligación contenida en el esquema de seguimiento bajo el número 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías número 34805 de 2005.

Al respecto el numeral en mención señala lo siguiente:

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

Para la comprensión de la anterior obligación a cargo de la recurrente, debe tenerse en cuenta que una de las conductas por las cuales se investigaba a Holcim era la de un supuesto acuerdo de precios con las otras investigadas, razón por la cual resultaba necesario incluir un compromiso que debería cumplir esta sociedad que permitiera establecer que cada variación de precio iba ser producto de una decisión unilateral derivada exclusivamente de las reglas de mercado.

En este orden, para efectos de tener elementos de juicio que la variación de precio se hiciera unilateralmente, se exigió que la constancia por escrito que contenga los criterios deba ser elaborada de manera previa a la modificación de precio y no en otro momento.

Revisada las actas que contienen los criterios que tuvo en cuenta Holcim en cada variación de precio, esta Superintendencia concluye que su elaboración se realizó en fecha posterior a las modificaciones, es decir, la recurrente no cumplió con este requisito.

Ahora bien, de la lectura del numeral objeto de análisis también se concluye que cada modificación de precio debe estar soportada con la documentación necesaria que acredite el por qué de esta decisión. Es decir, no basta con señalar en cada acta los criterios que justifiquen cada modificación del precio, sino que se requiere de las pruebas que permitan a esta Entidad evaluar los motivos que dieron origen a la variación de precios y de esta manera poder establecer si la misma – la modificación de precio – se adoptó unilateralmente.

Contrario a lo sostenido por el recurrente, esta Entidad no exige un “estudio económico” en cada variación de precio ni tampoco impide que Holcim reaccione “de manera rápida frente a los movimientos y coyunturas del mercado”. De lo que se trata es de elaborar un acta para cada variación del precio en la que se señalen los específicos criterios que se tuvieron en cuenta y mantener, en adición, los documentos soportes de dichos criterios, con el fin de que la SIC evalúe en cualquier momento si la modificación fue adoptada unilateralmente.

Nótese que los precios pueden ser variados las veces que el recurrente tenga a bien, aspecto éste respecto del cual la Superintendencia se mantiene al margen. Tampoco pretende esta entidad verificar si las decisiones son acertadas o no lo son. Lo que sí se exige es la congruencia entre los soportes y los criterios tenidos en cuenta para las variaciones. A manera de ejemplo, si se arguye que hay inflación y por ende los precios variaron, deberá dejarse el soporte que acredite la ocurrencia de la inflación, o si se sostiene que el precio aumentó por el incremento del precio de la materia prima, deberá dejarse el soporte del aumento de precio de la materia prima.

Revisados los documentos con los que Holcim aduce que soporta cada variación de precio, se observa que no prueban la existencia de las razones – criterios - que dice haber tenido en cuenta Holcim para modificar el precio, como puede observarse a continuación:

(i) Variación de precio de enero 17 de 2006

Es evidente la contradicción que existe en las dos constancias que dejó Holcim en relación con esta variación de precio. Por un lado, se señala como criterio¹¹ “la confusión generada en el mercado a raíz de las declaraciones de funcionarios del alto gobierno, con respecto a cual debería ser el precio de venta del cemento.”, y

¹¹ Documento denominado “Criterios utilizados para la determinación del precio”, aportado en la visita realizada el 24 de mayo de 2006 en la sede de Holcim.

por otro, se menciona como criterio "Los márgenes de rentabilidad: Presupuesto 2006".

Lo anterior tiene como consecuencia que esta Superintendencia no tenga certeza de cuál fue el criterio que tuvo en cuenta Holcim para la variación de precio y, por tal razón, se encuentre en imposibilidad de analizar si la modificación de precio se adoptó unilateralmente.

(ii) Variación de precio de marzo 23 de 2006

Señala Holcim como criterios los siguientes:

a) La oferta y demanda de los productos: Dificultades en el suministro por restricción en la distribución del producto.

Para acreditar la existencia de este criterio, Holcim aportó en copia simple los actos administrativos del Consejo Nacional de Estupefacientes números 017 y 018 de 2003 y 018 de 2004, los cuales tienen vigencia exclusivamente en los departamentos del Huila, Casanare y Meta. Por no cumplir con las exigencias del artículo 188 del C.P.C., los documentos aportados como prueba no fueron tenidos en cuenta, argumento que es refutado por Holcim al considerar que la citada disposición solo es aplicable cuando se trate de ordenanzas departamentales o acuerdos municipales.

Sobre el particular, resalta este Despacho que el mencionado artículo es claro al señalar que las disposiciones jurídicas –cualesquiera que ellas sean– que no tengan carácter nacional, se aportarán al proceso en copia auténtica, por lo cual la afirmación del recurrente en cuanto a su aplicación restrictiva no se compadece con lo antes anotado.

Ahora bien, aún si dichos actos fueran tenidos como prueba, tampoco tendrían la aptitud de probar los hechos que sirven de soporte al criterio adoptado, en tanto que ellos hacen referencia al control especial y transporte del cemento gris y otros productos.

Vale la pena resaltar la errada posición de Holcim cuando señala que "*en ninguna parte de los compromisos principales o del esquema de seguimiento se establece que los documentos de soporte para la adopción de las decisiones debe obrar en copia auténtica*", por cuanto hay que diferenciar dos situaciones: (i) una relativa a los documentos que deben permanecer a disposición de esta Entidad (en la sede de la investigada) cada vez que se modifiquen los precios y (ii) otra relacionada con los documentos que se aportan dentro de una investigación por el presunto incumplimiento de las garantías. En el primer evento, no se requiere de formalidad alguna, esto es, a manera de ejemplo, los documentos pueden obrar en fotocopia simple. En el segundo caso, como se trata de una investigación, aquellos documentos que por ley requieran de una solemnidad o requisito especial para

efectos de tener valor probatorio, no pueden ser aportados sin el lleno de tales requisitos.

b) Las señales y expectativas del mercado del cemento: Tranking de precio

Respecto de esta afirmación Holcim no explica o aporta elementos juicio que permitan a esta Superintendencia determinar la incidencia relativa o porcentual que tuvo el sondeo de precios en la variación presentada en marzo 23 de 2006.

(iii) Variación de precio del 12 de mayo de 2006

Se señala como criterio el siguiente:

“Trancking de precios en las zonas”

Si bien en la actuación obra el sondeo de precios realizado por Holcim en diferentes ciudades de país, del mismo no se puede establecer cómo influyó para que la recurrente modificara el precio en esta fecha. A igual conclusión se llega si se analiza el sondeo en mención con las demás pruebas obrantes en el expediente.

Señala la impugnante que “Se decide incrementar los precios en las regiones de Casanare,(....), siguiendo las tendencias del mercado, ocasionadas principalmente por la disminución de la oferta que han producido las restricciones por el estado (sic) a la distribución del producto.” Respecto de esta manifestación, Holcim no aporta pruebas que permitan evaluar cuáles eran las tendencias del mercado para esa época, de qué manera disminuyó la oferta y cuáles fueron las restricciones que impuso el Estado a la distribución del cemento portlánd gris tipo I. Situaciones éstas, que de estar probadas, contribuirán al análisis que debe realizar esta Superintendencia para determinar si la variación en el precio se debió a una decisión unilateral de la recurrente.

En relación con el informe de auditoría presentado por la firma Ernst & Youg audit. Ltda. y el testimonio del señor Jorge Neira, apreciados en conjunto con las demás pruebas que obran en la presente actuación, tal como lo indica el artículo 187 del C.P.C., se concluye que Holcim no cumplió con lo dispuesto en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías, pues si bien de dicho análisis se acredita que la recurrente modificó sus precios y tuvo en cuenta unos criterios, no se demuestran los hechos que dieron lugar a los criterios que tuvo en cuenta la impugnante por cada modificación de precio.

De acuerdo con lo anterior, esta Superintendencia concluye que se encuentra probado que Holcim no cumplió con lo dispuesto en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías número 34805 de 2005.

4.5. “Análisis de la resolución número 26362 de 2006”

4.5.1. "Incongruencia entre la resolución de apertura de la investigación, el oficio de solicitud de explicaciones y la resolución acusada."

La alegada falta de congruencia entre la solicitud de explicaciones y el acto administrativo que se recurre, que radica en que el esquema de seguimiento no hace parte de los compromisos principales ofrecidos por Holcim, lo que impide que se declare el incumplimiento de dichos compromisos, es descartada por esta Superintendencia, con fundamento en las precisiones expuestas en el numeral 4.2. de este acto administrativo, a partir de las cuales se hace claridad de las obligaciones que conforman las garantías.

Así pues, encontrándose probado dentro del expediente que Holcim incumplió algunas de las obligaciones contraídas, específicamente las contenidas en el numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías, es de concluirse que resultaba procedente declarar su incumplimiento.

4.6. "Contradicción de los argumentos de la SIC en la Resolución No. 26362 de 2006."

Establecido como ha quedado en el presente acto administrativo que las obligaciones que aparecen reseñadas en el esquema de seguimiento son también obligaciones mediante las cuales se garantiza la eliminación de las presuntas conductas anticompetitivas, los cargos que hace el recurrente contra los considerandos tercero, quinto, sexto, octavo, noveno, 10.1. y 10.3. de la resolución impugnada, contenidos en los literales a, b, c, e, f, h, j y k del acápite 2.5.2 del escrito contentivo del recurso, quedan desvirtuados.

4.6.1. "Respecto del considerando séptimo de la Resolución acusada"

Pareciera derivarse de los argumentos expuestos en este punto por el recurrente, que cuando la SIC requiere la información sobre los criterios tenidos en cuenta para la modificación de precios, se refiere al documento que de manera general señaló todos los criterios que para tales efectos se tienen en cuenta por parte de la investigada. Tal apreciación pone de presente que el recurrente confunde la información general sobre los criterios con la información puntual sobre los criterios específicos que en cada ocasión fueron tenidos en cuenta, aspecto éste último que es el que se echó de menos en la visita. No resulta ajeno a quien pretenda hacer una tal evaluación, que las empresas no se basan en la totalidad de los posibles criterios para hacer cada una de las modificaciones de precios.

Pero, en adición, qué sentido tendría haber consignado en la resolución de aceptación de garantías, de una parte, la obligación de remitir, dentro de un plazo específico, el documento contentivo de los criterios que se tienen en cuenta en las modificaciones de precios y, de otra, la obligación de consignar en acta los criterios tenidos en cuenta en cada variación, junto con los respectivos soportes?

4

Esa la razón por la cual no resulta pertinente pretender que los funcionarios de la SIC que realizaron la visita el 24 de mayo de 2006 establecieran si los criterios que señaló Holcim en el documento donde consignó la información general de los mismos, habían variado o no. Lo que se pretendía en la visita era obtener la información y los documentos que, en este caso, la investigada estaba en la obligación de mantener.

4.6.2. “Respecto del considerando décimo de la Resolución acusada”

El acta de la visita realizada el 24 de mayo de 2006 en la sede de Holcim y los documentos que se adjuntaron en la misma, no se incluyeron en el acto de pruebas como quiera que ya se habían tenido como pruebas para efectos de realizar la solicitud de explicaciones. Nótese que las mismas fueron valoradas en el acto administrativo que se recurre.

En relación con el rechazo del recurso de reposición interpuesto contra el acto de pruebas, el Despacho insiste en los argumentos tenidos en cuenta para tal decisión.

Finalmente, la afirmación según la cual se violó el debido proceso por haberse tenido como prueba el informe del auditor en la resolución que se recurre y no con anterioridad a ésta, resulta infundada, por cuanto la mencionada prueba documental, que no ofrecía duda en cuanto a su pertinencia, utilidad y conducencia, fue admitida y valorada en el acto administrativo número 26362 de 2006, no obstante que llegó a la actuación con posterioridad al acto de pruebas. Cabe anotar que la obligación de pronunciarse con anterioridad a la decisión final en relación con la admisión de pruebas, se predica de aquellas que se niegan.

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional ha señalado¹²:

“2.6. La decisión de la autoridad en el sentido de no acceder al decreto de una prueba dentro de la actuación administrativa, debe producirse con anterioridad a la adopción de la decisión; dado que ésta sólo debe pronunciarse cuando se haya oído al interesado y obren dentro del proceso las pruebas necesarias para tomar una resolución ajustada al derecho y a la equidad.”

4.6.3. “Respecto del punto 10.2 de la Resolución acusada”

Por haber quedado ampliamente establecido que las obligaciones que se derivan del llamado “esquema de seguimiento” hacen parte de las garantías en virtud de

¹² Sentencia T-1395/00

las cuales se terminó la investigación por presunto acuerdo de precios, este Despacho se limitará a analizar en este punto, lo manifestado por el recurrente en cuanto a la falta de prueba de que *“por la supuesta falta de una constancia escrita las empresas continuaron presuntamente llevando a cabo acuerdos de fijación de precios, repartieron los mercados e impidieron el acceso a terceros en el mercado del cemento”*.

Sobre el particular, baste señalar que nunca esta Superintendencia ha afirmado que dicha sociedad haya incurrido nuevamente en las conductas por las cuales se le investigaba. Una vez más se precisa que unas son las obligaciones garantizadas y otras distintas aquellas que conforman las garantías.

4.7. “Proporcionalidad de la sanción”

Sea lo primero puntualizar que la resolución impugnada declara el incumplimiento de las obligaciones que contrajo Holcim en el curso de la investigación que adelantaba la SIC en su contra y, consecuentemente, hizo efectiva la póliza de seguro, lo cual difiere sustancialmente de la imposición de una multa.

Ahora bien, la proporcionalidad, como principio filosófico que propugna por evitar los excesos de la administración, no se predica respecto de la efectividad de una póliza de seguro de cumplimiento, como pretende el recurrente. Por ello, su argumentación, ampliamente ilustrada en citas jurisprudenciales y doctrinales, resulta irrelevante en el caso bajo examen.

En efecto, aunque el valor asegurado en la póliza afectada hubiese sido equivalente al valor máximo de la multa que la ley señala para las infracciones a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, no puede hablarse de que se impuso dicha sanción, la que específicamente el decreto 2153 de 1992 prevé por incurrir en alguna de las conductas allí proscritas, pues - se reitera- la investigación que se adelantaba por un presunto acuerdo de precios no llegó a su final, gracias al otorgamiento de las garantías que permitió su terminación anticipada. Resulta, entonces, una apreciación equivocada pretender que cuando en un seguro de cumplimiento se preestablece el monto de la suma exigible en caso de incumplimiento - aspecto éste que sólo se predica cuando se trata de un seguro expedido a favor de entidades oficiales -, se produce una mutación de seguro a sanción.

Ahora bien, no desconoce esta entidad que el seguro de cumplimiento es uno de aquéllos que la ley y la doctrina han calificado como un seguro de daños, de cuya esencia es el carácter indemnizatorio. Lo que ocurre en los casos en los cuales el seguro ampara el cumplimiento de obligaciones a cargo del afianzado y a favor de una entidad pública, es que se obvia la obligación de demostrar el monto de los perjuicios causados, en tanto que el valor de la suma a pagar por el acaecimiento del riesgo asegurado, ha sido definido previamente. Y basta con que incumpla alguna de las obligaciones que fueron garantizadas para que se haga efectivo el valor asegurado total y no -como pretende el recurrente- que se afecte la póliza

solo parcialmente, cuando el incumplimiento se contraiga a alguna o algunas de las obligaciones garantizadas.

Con fundamento en lo anterior, este Despacho manifiesta que los argumentos expuestos por el recurrente en los acápites 2.6.2, 2.6.3 y 2.6.4, mediante los cuales pretende demostrar que "de existir incumplimiento", el mismo no estuvo referido a la totalidad de las obligaciones, ni a todo el país y solo abarcó un período de tiempo mínimo, resultan irrelevantes. Así mismo resulta irrelevante, para hacer efectiva la póliza por el valor asegurado, el hecho de que la sociedad afianzada haya adoptado los mecanismos tendientes a evitar en el futuro nuevos incumplimientos.

4.8. "La obligación incumplida no es una obligación principal sino una carga accesoria."

Considera esta Superintendencia que los argumentos expuestos por la recurrente en el presente acápite son infundados pues, como quedó señalado en precedencia, la obligación garantizada era la de suspender o eliminar las conductas que dieron origen a la investigación, mientras que "la garantía" eran todas aquellas obligaciones asumidas por Holcim a partir de las cuales el Superintendente obtuvo certeza sobre la eliminación de los posibles yerros del mercado.

En consecuencia, independientemente de que la obligación incumplida esté enlistada dentro del numeral 3.4 "esquema de seguimiento" de la resolución de aceptación de garantías o en el 2.1. "compromisos", lo cierto es que hacía parte de las obligaciones a cargo de Holcim, mismas que le brindaron la seguridad suficiente al Superintendente para terminar anticipadamente el proceso, razón por la cual su incumplimiento se constituye en el riesgo amparado bajo la póliza de seguro de cumplimiento que se hizo efectiva.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución 26362 de 2006, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Alfonso Miranda Londoño, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.489.933 de Bogotá y tarjeta profesional No. 38.447 del C.S. de la J., en su calidad de apoderado de Holcim, o a quien haga sus veces,

A

entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno por estar agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **20 MAR. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificar:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
C.C. No. 19.489.933 de Bogotá
T.P. No. 38.447 del C.S. de la J.
Apoderado
HOLCIM (COLOMBIA) S.A.
Nit No.
Calle 72 No. 6 – 30 piso 12
Bogotá, D. C.

Rad. 03104506