



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 08827
29 MAR. 2007

Radicación No. 04 - 115964

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)

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 16 de noviembre de 2006, estando dentro del término legal, la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S.A. (en adelante La Aseguradora) interpuso recurso de reposición contra la resolución No. 26361 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. VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA

"La resolución 26361 de 2006 no fue notificada personalmente a Seguros Comerciales Bolívar S.A., como lo ordena el artículo 44 del C.C.A., violando con ello el derecho de defensa de mi representada, la cual, en una (sic) esfuerzo por presentar ante esa Entidad los argumentos de hecho y de derecho que le asisten en este caso a fin de que los mismos sean tenidos en cuenta, se vio en la necesidad de obtener la información correspondiente a través de la firma HOLCIM, de manera informal y transcurrido mas de un mes de la expedición del precitado acto administrativo."

2.2. INEXISTENCIA DEL SINIESTRO

Sostiene la Aseguradora que "para la determinación del riesgo dentro de una póliza de seguro, el asegurador podrá a su arbitrio, previa evaluación de las condiciones que rodean la conducta a garantizar, asumir el riesgo que se le pretende trasladar (art. 1056 c.co.), plasmando en la correspondiente póliza de seguros el compromiso contractual adquirido."

Lo anterior, según la recurrente, es importante "en razón del error conceptual que respetuosamente se observa en el contenido de la resolución 26361 del 2006 cuando, habiendo sido meridianamente clara la determinación del riesgo asegurado bajo la póliza de cumplimiento No. 1000 - 286352001, mediante la resolución 34804 de 2005, (...), el Despacho a su digno cargo pretender extender el limite de las obligaciones garantizadas a través de esta póliza, declarando la ocurrencia del riesgo asegurado y pretendiendo hacer efectiva la garantía de seguros con ocasión de supuestas situaciones que no son de la orbita del riesgo asegurado del caso."

AMS

A – Conducta objeto de evaluación para su aseguramiento.

Considera la Aseguradora que de acuerdo con los compromisos contenidos en el ofrecimiento de garantías y la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005, "No es legalmente admisible dentro de este contexto una conclusión diferente a la siguiente: Los ofrecimientos aceptados por la SIC y definidos por esa Entidad como COMPROMISOS, que no son otros que las conductas de abstención que coinciden con aquellas que dieron origen a la investigación que por supuesta violación cursaba ante esa Superintendencia, constituye el marco conceptual cuya supervisión permanente debería realizar la SIC, fijando para ello un ESQUEMA DE SEGUIMIENTO.

"Esos elementos, suficientemente diferenciados en el artículo 1 de la parte resolutive de la resolución 34804 de 2005, se integran al elemento de las POLIZAS DE CUMPLIMIENTO O GARANTÍA BANCARIA a que se refiere el mencionado artículo, las cuales se harían efectivas en el evento exclusivo de que a través del ESQUEMA DE SEGUIMIENTO, entre otras vías, se identificara un incumplimiento de los COMPROMISOS asumidos por HOLCIM.

"Evaluado el anterior marco, queda diametralmente definida la base de valoración del riesgo asegurable por parte de Seguros Comerciales Bolívar S.A., para el caso que aquí nos ocupa, cual es, la conducta a cumplirse por parte de HOLCIM." (Negrillas y subrayados fuera de texto)

B - Riesgo asegurado y valor a indemnizar bajo la póliza de cumplimiento No. 1000 – 286352001

Sostiene la Aseguradora que teniendo en cuenta lo antes señalado y lo establecido en la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005, que "la SIC enmarca en la resolución 34804 de 2005, al aceptar el ofrecimiento de garantías propuesto por HOLCIM, las conductas que debían cumplirse por parte de esa empresa y los parámetros de información que debían soportar tales conductas, los cuales estarían siempre a disposición de esa Entidad (COMPROMISOS), marco que fue aceptado por parte de la compañía de seguros sobre la base de que la conducta propuesta por HOLCIM, ya suficientemente referida, constituye el riesgo asegurado bajo la póliza de cumplimiento No. 1000 – 286352001.

"En el evento de incumplirse tales compromisos, situación que a la fecha no se ha demostrado por parte de la SIC, es decir, que HOLCIM incurriera en prácticas restrictivas de la libre competencia como aquellas respecto de las cuales debería abstenerse, o desatendiendo el compromiso sobre conservación actualizada de los criterios que tendría en cuenta para la determinación unilateral de precios y para el cálculo de los costos medios variables de producción, se estaría incumpliendo con los compromisos adquiridos y aceptados por la SIC mediante resolución 34804 de 2005, procediendo en ese momento la SIC hacer efectiva la correspondiente póliza de seguro.

AMB

"(...) El hecho es que el COMPROMISO asumido en este punto se circunscribió a la conservación actualizada de dichos criterios, elemento que a la fecha no se ha desvirtuado por parte de la SIC.

"En estos términos, no logra la SIC, a través de su resolución 26361 de 2006, evidenciar un incumplimiento de COMPROMISOS adquiridos, por lo que al no demostrarse la realización del evento asegurado resulta improcedente legalmente la afirmación que se plasma en la resolución recurrida, según la cual se habría configurado el riesgo asegurado.

Considera la Aseguradora que el valor a indemnizar por el "supuesto incumplimiento" de los compromisos adquiridos por Holcim mediante resolución 34804 de 2005, "sería equivalente a la suma que se determine y soporte como cuantía de daños ocasionados con ocasión de la trasgresión legal que implicaría ese incumplimiento (art. 1077 C.cio), de cara a un interés general que tutela la ley de libre competencia, previa graduación del nivel de la supuesta trasgresión, tomado igualmente como referente la suma asegurada (límite de indemnización art. 1079 C.cio) la cual se fijó sobre la base de que la misma era igual al 100% de la sanción máxima que esa Entidad puede imponer a las empresas por la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas."

Afirma la Aseguradora que al declarar esta Superintendencia el incumplimiento de los compromisos adquiridos y ordenar "de manera general" hacer efectiva la póliza de seguros a favor de esta Entidad por el 100% del valor asegurado, "pasa por alto de forma simple y contundente los requerimientos de índole probatorio y procedimental a que le obligan las normas sobre contratos de seguro y demás disposiciones concordantes, incluyendo el marco mismo de la resolución 34804 de 2005.

"Se requiere de parte de la SIC un esfuerzo mayor en lo que a aplicación de normas se refiere, puesto que repetir casi literalmente la disposición contenida en los artículos segundo y tercero de la parte resolutive del acto recurrido, sin el ejercicio legal que previamente demandaría la afectación de la póliza en lo referente no solo a la demostración efectiva del incumplimiento de COMPROMISOS por parte del afianzado (HOLCIM) sino a la cuantificación del valor a indemnizar y que como su Despacho sabe debería encontrarse inserto y suficientemente demostrado en los considerandos de la resolución 26361 de 2006, constituye un desconocimiento del debido proceso y una decisión Estatal absolutamente arbitraria que debe ser revisada y modificada por esa Entidad."

2.3. EFECTOS REALES DEL INCUMPLIMIENTO DEL ESQUEMA DE SEGUIMIENTO

Señala la Aseguradora que "Como se desprende de lo consignado en punto 3.4.1 de la resolución 34804 de 2005, la instrucción impartida en este sentido buscó

9/10/07

facilitar la función de supervisión y vigilancia que tiene la SIC en materia del correcto funcionamiento de los mercados (Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes), a fin de corroborar el cumplimiento de lo prometido por HOLCIM, asegurado que no se estaría incurriendo nuevamente en las mismas conductas que dieron merito a la apertura de la investigación.

"(...)

"De haberse efectivamente demostrado un incumplimiento en cuanto a este requerimiento puntual que para el seguimiento estableció la SIC, antes de que se hubiera producido un incumplimiento en la obligación principal, **la autoridad podría proceder a imponer sanciones por la inobservancia de las instrucciones**, lo cual le permitiría reservar la efectividad de la póliza para el evento del incumplimiento en la obligación principal.

"Sin embargo esto no fue así, ya que la SIC concluyó contrariamente que un supuesto incumplimiento del numeral 3.4.1 dentro del Esquema de Seguimiento conllevó a la trasgresión de un deber contenido en una obligación secundaria al compromiso principal y que por lo tanto se incumplió la obligación principal, lo que de hecho no ocurrió puesto que existen pruebas en el expediente que demuestran que no se incumplió el referido numeral."

"(...)

"Lejos de declarar el incumplimiento de las garantías ofrecidas por parte de HOLCIM, el efecto único e inmediato de la no observancia del ESQUEMA DE SEGUIMIENTO no podría ser (sic) otro que la imposición de multas por la violación del instructivo contenido en el referido esquema, previa la demostración amplia y suficiente del hecho trasgresor y la graduación de la pena según fuere el impacto de la aludida violación con referencia al esquema legal tutelado."

2.4. INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Afirma la Aseguradora que "En el evento en que la SIC hubiese demostrado que HOLCIM incumplió los COMPROMISOS adquiridos frente a esa Entidad y que como consecuencia de ello se hubiere configurado el riesgo asegurado en la póliza de cumplimiento No. 1000 – 286352001, o que, en defecto de esto último se hubiere logrado demostrar el incumplimiento por parte de HOLCIM del instructivo relacionado con el ESQUEMA DE SEGUIMIENTO que se consignó en el numeral 3.4.1. de la resolución 34804 de 2005, **situaciones que en ningún momento se demuestran a través de la resolución 26361 de 2006**, la SIC tendría que haber tomado como verbo rector de la parte resolutive de dicho acto administrativo (la sanción por el incumplimiento imputado), la disposición contenida en el artículo 36 del C.C.A. (...).

"(...)

2008

Sostiene la Aseguradora que el objetivo fundamental de la presente actuación administrativa "y por ende el de los COMPROMISOS aceptados por la SIC para finalizar la aludida investigación", es el de velar por el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y practicas comerciales restrictivas, procediendo en el evento en que exista violación de estas disposiciones a la imposición de la sanción respectiva, "así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia (...), de forma adecuada a los fines de estas normas y proporcional a los hechos que aparentemente le sirvieron de causa."

Previa transcripción de apartes de una sentencia de la Corte Constitucional, la recurrente sostiene lo siguiente:

"Tal marco jurídico no es materia de observancia por la SIC cuando ante un aparente incumplimiento del punto 3.4.1 del ESQUEMA DE SEGUIMIENTO incorporado en la resolución 34804 de 2005, por parte de HOLCIM:

"- Extralimita el esquema contractual consignado en la póliza de cumplimiento tantas veces citado, al incluir dentro del mismo los parámetros de seguimiento que en materia de movimiento de precios fijó para HOLCIM, argumentando que los mismos forman parte de los COMPROMISOS asumidos por este ultimo.

"- Se abstiene de imponer la sanción correspondiente por el supuesto incumplimiento del instructivo relacionado en el numeral 3.4.1, previa graduación y valoración del posible impacto que ello representa frente a las normas que sobre libre competencia debe tutelar y

"- Se limita arbitraria y desproporcionadamente a hacer efectiva la póliza de cumplimiento por el valor asegurado, cuando esa misma Entidad señaló que esta cifra era el equivalente a la máxima sanción por la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y practicas comerciales restrictivas, aspecto este que no se declara ni demuestra en la resolución recurrida."

2.5. SOLICITUD DE PRUEBAS

Señala la Aseguradora que "se tengan en cuenta como pruebas soporte de los argumentos aquí expuestos, la información contenida en los documentos que reposan en el expediente 04115964, en especial:

"- Compromisos ofrecidos y aceptados a través de la resolución 34804 de 2005

"- Cobertura de la póliza de cumplimiento 1000 - 286352001

"- Argumentos tenidos en cuenta por la SIC al momento de aceptar las garantías ofrecidas, incluyendo su interpretación de lo que son los compromisos adquiridos, El Colateral y El Esquema de Seguimiento

2.6. PETICIÓN

8425

La Aseguradora solicita las siguientes peticiones:

Petición principal.- “Que se revoque en su integridad la Resolución No 26361 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. 34804 del 23 de diciembre de 2005 y que en consecuencia se declare no configurado el riesgo asegurado en la póliza de cumplimiento No. 100 – 286352001, no procediendo por tanto la efectividad de la misma.”

Petición subsidiaria.- En defecto de lo anterior, se proceda a modificar el contenido del artículo 1 de la parte resolutive de la resolución 26361 de 2006, determinando el incumplimiento por parte de HOLCIM del instructivo establecido en el punto 3.4.1 de la resolución 34804 de 2005 como pauta para el desarrollo de la labor de inspección y vigilancia en cabeza de esa Entidad, fundamentando el alcance e impacto de dicha violación, de cara a las normas sobre libre competencia, y aplicando estrictamente el principio de proporcionalidad incorporado en el artículo 36 del C.C.A., en el evento en que esa Entidad encuentre procedente declarar una imposición de multa por ese concepto.

“Como consecuencia de esto ultimo se eliminen los artículos 2 y 3 de la resolución 26361 de 2006.”

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. VIOLACION AL DERECHO DE DEFENSA

Prevé el artículo 48 del citado código contencioso administrativo, que si la notificación no se practica conforme a la ley, no se tendrá por realizada ni producirá efectos legales el acto administrativo que se notifica, “a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos.”

Como quiera que la Aseguradora, dentro del término legal, interpuso recurso de reposición contra la resolución 26361 de 2006, se descarta la violación al derecho de defensa que alega la recurrente.

9845

4.2. INEXISTENCIA DEL SINIESTRO

A. Conducta objeto de evaluación para su aseguramiento

Para efectos de analizar los argumentos expuestos en el presente acápite, se hace necesario revisar la naturaleza de las obligaciones contraídas por la investigada según la resolución 34804 de 2005 y, específicamente :

- (i) Si el compromiso de Holcim de suspender las conductas objeto de investigación constituyen la garantía.
- (ii) Si el esquema de seguimiento hace parte de las garantías suficientes que encontró esta Entidad para terminar la investigación que adelantaba en contra de Holcim y otras personas.

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 colectivo¹ que debe ser tutelado por razones jurídicas² 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 económica³. 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 1992⁴- la facultad de preservar

¹ Art. 88 C.P. y ley 472 de 1998 art. 4

² "...es un derecho de todos que supone responsabilidades" Art 333 C.P.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2001

⁴ Expedido con fundamento en el artículo 20 transitorio de la C.P.

4/15

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 accesoria 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 - suspensión de la conducta supuestamente anticompetitiva -, como son:

- 1) *"Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros"*⁵. 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.*

⁵ Resolución 34804. Acápite 2.1. Compromisos

AMB

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 garantías⁶ 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.

⁶ Resolución N. 34805 de 2005

AMS

Debe entonces concluirse que el Superintendente, al analizar si existían garantías para clausurar la investigación que se adelantaba contra Holcim , 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 seguro que, por separado, debían constituir cada una de las personas involucradas para garantizar la totalidad de las obligaciones contraídas.

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 dejar sin efectos económicos o sancionatorios el incumplimiento de las obligaciones señaladas en el esquema de seguimiento.

En el anterior orden de ideas, forzoso resulta concluir que las afirmaciones de la recurrente en torno a la inexistencia del siniestro parten de un supuesto equivocado, en tanto que se confunde el concepto de "obligación garantizada" y el de "garantía". La obligación garantizada consiste en el compromiso que adquiere la investigada de suspender las presuntas conductas anticompetitivas por las cuales se investiga, mientras que la garantía son todas las obligaciones a cargo del investigado que le dan certeza al Superintendente del cumplimiento de la obligación garantizada. Ahora bien, resulta de especial interés, en aras de la claridad conceptual, poner de presente que la ocurrencia del siniestro no se deriva de la realización de "acuerdos restrictivos de la libre competencia", sino del incumplimiento de las garantías. De establecerse que Holcim habría incurrido en acuerdos anticompetitivos, la consecuencia no hubiera sido en manera alguna hacer efectiva la póliza de seguro, sino la declaratoria de tal hecho, luego de la respectiva investigación, y la imposición de la multa prevista en la ley.

Así, afirmaciones de la recurrente como, entre otras, aquella según la cual : " en el evento de incumplirse tales compromisos... es decir, que Holcim incurriera en prácticas restrictivas de la libre competencia se estaría incumpliendo con los compromisos adquiridos y aceptados por la SIC mediante resolución 34804 de 2005, procediendo en ese momento la SIC hacer efectiva la correspondiente póliza de seguro"⁷, ponen de presente el recurrente error contenido en el escrito de impugnación, respecto de las obligaciones que son objeto de garantía.

No se trata entonces de la pretendida extensión de la cobertura de la póliza, sino del error de la impugnante al que se ha hecho mención.

⁷ Recurso de reposición. Pag 13. En el mismo sentido : "HOLCIM cumplió con las conductas incorporadas en LOS COMPROMISOS ADQUIRIDOS, al abstenerse de realizar acuerdos restrictivos de la competencia". Pagina 15

AMB

B. Riesgo asegurado y valor a indemnizar.

Como se ha expuesto en precedencia, mediante la resolución que se recurre, esta Superintendencia declaró el incumplimiento de las garantías aceptadas y ordenó hacer efectivas la póliza de seguro. En efecto, Holcim incumplió con la obligación de dejar constancia de los criterios tenidos en cuenta en cada modificación de precios por parte de la presidencia u órgano competente para fijar el precio⁸, de manera previa a la variación. Igualmente, incumplió la obligación de dejar los soportes respectivos de los criterios tenidos en cuenta en cada variación de precio, pues los documentos que aportó a la presente actuación no acreditan los hechos en que se basan tales criterios.

De esta manera, contrario a lo sostenido por la recurrente, en la resolución No. 26361 de 2006 se evidencia el incumplimiento de Holcim (Colombia) S.A. de las obligaciones a su cargo, razón por la cual se hizo efectiva la póliza de seguro que amparaba el cumplimiento de dichas obligaciones.

La póliza – se insiste- no amparaba solamente el cumplimiento de la obligación a cargo de Holcim de suspender las conductas presuntamente anticompetitivas, (que sería la obligación principal), sino todas las obligaciones que fueron adquiridas por dicha sociedad para garantizar el cumplimiento de aquella.

Así las cosas, habiéndose establecido que Holcim incumplió el compromiso contenido en el esquema de seguimiento – numeral 3.4.1. de la resolución No. 34804 de 2005 -, lo procedente legalmente era declarar el incumplimiento de las garantías y, como consecuencia, hacer efectiva la póliza de seguros.

4.3. EFECTOS REALES DEL INCUMPLIMIENTO DEL ESQUEMA DE SEGUIMIENTO

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

⁸ Holcim S.A. modificó el precio en enero 17, marzo 23 y 12 de mayo de 2006.

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.”*

AMB

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 34804 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 34804 de 2005.”

4.4. PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

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 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, se produce una mutación de seguro a sanción.

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

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.

4445

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.

De acuerdo con lo anterior, no constituye una violación al debido proceso “y una decisión Estatal absolutamente arbitraria” la decisión de haber ordenado esta Superintendencia hacer efectivo el valor asegurado, pues, como se dijo anteriormente, la ley permite que en los seguros de cumplimiento a favor de las entidades públicas, previamente se defina el valor asegurado que se hará efectivo en caso de incumplirse cualquiera de las obligaciones a cargo del afianzado – investigado -, sin tener que establecer la cuantía del perjuicio sufrido por parte del beneficiario – Superintendencia de Industria y Comercio -.

4.5. SOLICITUD DE PRUEBAS

Señala la Aseguradora que “se tengan en cuenta como pruebas soporte de los argumentos aquí expuestos, la información contenida en los documentos que reposan en el expediente 04115964, en especial:

“- Compromisos ofrecidos y aceptados a través de la resolución 34804 de 2005

“- Cobertura de la póliza de cumplimiento 1000 - 286352001

“- Argumentos tenidos en cuenta por la SIC al momento de aceptar las garantías ofrecidas, incluyendo su interpretación de lo que son los compromisos adquiridos, El Colateral y El Esquema de Seguimiento

“- Artículo 1054, 1056, 1072 y 1079 del Código de Comercio, 36 del C.C.A.; y 2 de la C.P.”

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 56 del código contencioso administrativo en el sentido de 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.*”, este Despacho observa lo siguiente:

En primer término es de aclararle a la señora apoderada que los mandatos legales no son un medio de prueba sino la premisa mayor del análisis jurídico que debe hacer la autoridad administrativa. La citación de la normatividad procede para soportar su posible trasgresión o bien, como fundamento jurídico de las aseveraciones efectuadas, pero en ningún caso pueden ser objeto de solicitud de prueba.

AMMB

De otra parte, sorprende que se solicite tener como prueba la resolución No. 34804 de 2005, cuyo incumplimiento fue precisamente el origen de la investigación que terminó con el acto que ahora se recurre.

En lo que hace a “la cobertura de la póliza de cumplimiento N...” debe también este Despacho aclarar que no es un medio de prueba. Lo que se constituye como prueba, que en este caso ha sido claramente tenido en cuenta, es el documento que contiene las estipulaciones contractuales del contrato de seguro.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la resolución 26361 de 2006, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocer personería a la doctora MARÍA ALEJANDRA ARBOLEDA TORO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.920.698 de Cali, Valle, y tarjeta profesional No. 46269 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de Seguros Comerciales Bolívar S.A. en los términos del poder otorgado.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora MARÍA ALEJANDRA ARBOLEDA TORO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.920.698 de Cali, Valle, y tarjeta profesional No. 46269 del C.S. de la J., en su calidad de apoderada de Seguros Comerciales Bolívar S.A., o a quien haga sus veces, 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 **29 MAR. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio (E)


GIANCARLO MARCENARO JIMENEZ

Notificar:

Doctora

MARIA AJEJANDRA ARBOLEDA TORO

C.C. No. 31.920.698

T.P. No. 46269 del C.S. de la J.

Apoderada

SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR S.A.

Carrera 10 No. 16 - 39

Bogotá, D. C.

Rad. 04115964