



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 22712 DE 2002

(23 JUL. 2002)

"Por medio de cual se resuelve un recurso de reposición"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la Superintendencia de Industria y Comercio profirió la resolución número 14158 del 9 de mayo de 2002 mediante la cual se declaró que las sociedades Crump America S.A. Y O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. no contravino la ley 256 de 1996.

SEGUNDO: Que la parte denunciante, a través de su apoderado, interpuso oportunamente recurso de reposición contra la resolución 14158 del 9 de abril de 2002, mediante documento radicado 01023364-70010 del 30 de mayo de 2002.

TERCERO: Que las argumentaciones presentadas por el recurrente son:

"PETICIONES

"Comedidamente le solicito a la señor Superintendente de Industria y Comercio:

"1. Revocar la Resolución No.14158 del 9 de mayo de 2002.

"2. Declarar que el comportamiento de realizado por las sociedades O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A., ha contravenido el artículo 19 de la ley 256 de 1996.

"3. Imponer sanción a las compañías O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A., POR SER CONTRAVENTORAS DEL ARTICULO 19 DE LA LEY 256 DE 1996

"FUNDAMENTOS DEL RECURSO

"1. PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD DEFINICIÓN

"Los pactos de exclusividad, de conformidad con el artículo 19 de la ley 256 de 1996, son aquellas cláusulas que tiene por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios; de tal forma que la deslealtad de una conducta se ubica en 4 puntos y "está limitada a que los pactos de exclusividad persigan cualquiera de las siguientes alternativas:

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

- 'I. Tengan por objeto restringir el acceso de los participantes en el mercado;
- 'II. Tengan por efecto restringir el acceso de los participantes al mercado;
- 'III. Tengan por objeto monopolizar la distribución de productos o servicios; y
- 'IV. Tengan por efecto monopolizar la distribución de productos o servicios"¹

"La Superintendencia se aleja de los supuestos del artículo 19, le da a esta norma una interpretación distinta y la modifica al momento de entrar a aplicarla, manifestando que *'los pactos o cláusulas de exclusividad son aquellos por medio de los cuales se impone a uno de los contratantes obligación de no contratar con los competidores del otro o de desarrollar su actividad dentro de un territorio'*², cuando lo estipulado en el citado artículo 19, es que los pactos desleales de exclusividad son aquellos acuerdos en los que se estipulan cláusulas que tienen por efecto o como efecto restringir el acceso de los participantes al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios.

"La ley no sanciona tales conductas, simplemente por que a través de ellas se le imponga a uno de los extremos del acuerdo la obligación de no contratar con los competidores del otro o de desarrollar su actividad dentro de un territorio; lo que resulta repudiable para el legislador, es el objeto y el efecto de esos acuerdos de exclusividad (restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios), independientemente de la forma que se les dé, sin entrar a analizar si se trata de un acuerdo en el que se determina que una de sus partes o las dos no pueda contratar con un competidor de la otra o que no puede ejercer su actividad dentro de determinado territorio.

"La Superintendencia, limita la aplicación de la norma a estos dos supuestos: i. que una de las partes del acuerdo no pueda contratar con los competidores de la otra o ii. De desarrollar su actividad dentro de un territorio, excluyendo así los demás pactos de exclusividad, los cuales pueden tener formas distintas y descartando situaciones a través de las cuales, sin ser acuerdos de *no contratar con el competidor* o de *ejercer su actividad dentro de determinado territorio*, restringen el acceso de los competidores al mercado o monopolizan la distribución de bienes y servicios,

"Entre O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A. , hay un pacto de exclusividad por medio del cual Crump América S.A., únicamente mantiene la garantía de fábrica para sus vehículos, cuando estos son blindados en O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A.³, si el comprador de vehículos en Crump lo blindo en una compañía distinta a O'Gara Hess, pierde la garantía.

"Dentro de la *alianza estratégica* de O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y crump América S.A., se ha creado una exclusividad, la garantía de fábrica únicamente se mantiene para los vehículos que siendo distribuidos por Crump América S.A. son blindados en O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A.

"A lo anterior se aúna el hecho que dicha exclusividad que se le manifiesta al cliente al momento de la compra **es falsa**, toda vez que cualquier modificación a la estructura del vehículo, conlleva la pérdida de la garantía de fábrica⁴. Sea O'Gara o no la empresa que blinde los vehículos distribuidos por Crump

¹ Jaeckel Jorge. Apuntes Sobre Competencia Desleal. CEDEC II Centro de Estudios de Derecho de la Competencia. Seminarios 8. Pontificia Universidad Javeriana 1998. Página 66.

² Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Páginas 14 y 15.

³ Comunicación de Crump América S.A., fechada 29 de enero de 2001 (folio 33 del expediente).

⁴ "Página 5, informe Motivado de la Investigación. Superintendencia de Industria y Comercio.

'al examinar la póliza de garantía de Vehículos Chrysler comercializados por Crump América S.A. Siendo los términos de la póliza de garantía tan claros como para deducir que la garantía del fabricante del automotor no aplica por fallas causadas por modificaciones o alteraciones al diseño o especificaciones originales al vehículo o sus componentes (y el blindaje corresponde a una modificación de las especificaciones originales del vehículo), no existiendo en la misma referencia alguna a blindadoras

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

América S.A. la garantía de fábrica no se mantendrá ya que el blindaje de un vehículo acarrea la pérdida de la mismas⁵.

"Si bien es cierto que el consumidor no es parte de los pactos de exclusividad, es necesario manifestar que se ubica en medio de ambos extremos, toda vez que es el objeto mismo de la competencia y del pacto de exclusividad, en él se va a concentrar el carácter concurrencial de la conducta, ya que está dirigida a la captación de la clientela *"incluso de aquella que le 'pertenece' a los competidores"*.

"Que en este caso, la exclusividad surja en relación con el cliente, no quiere decir, como la manifiesta la Superintendencia⁶, que la exclusividad se dé sobre él o en él, no es el cliente quien se hace exclusivo. Al mantener la garantía únicamente a los vehículos blindados en O'Gara, la exclusividad se da sobre y en la garantía, esta es la que se hace exclusiva, no el cliente. La situación de las blindadoras competidoras es distinta de la del cliente consumidor del blindajes, quien resulta afectado desde el plano de la protección al consumidor, porque la exclusividad se produce sobre la garantía de fábrica de un bien que él adquiere y por lo tanto es obligado, mediante engaño, a blindar su vehículo en la multinacional O'Gara Hess; el cliente no puede acudir a otra blindadora, por que perderá la garantía de fábrica del vehículo⁷, mientras que las demás blindadoras no podrán ejercer su objeto social, porque antes de que el cliente acuda a ellas, se la ha conducido a O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A.. mediante la exclusividad en la garantía de fábrica.

"Si una de las partes del pacto de exclusividad, en desarrollo del mismo, además proporciona información falsa o incorrecta al consumidor, está vulnerando con una misma conducta dos disposiciones de la Ley de Competencia Desleal. Al establecer la exclusividad impide el acceso de los competidores al mercado o monopoliza la distribución de bienes o servicios, vulnera el artículo 19 de la ley 256 de 1996, que considera desleal pactar cláusulas de exclusividad que tengan dichos efectos u objetos y al suministrar información falsa al consumidor también transgrede el artículo 11 de la misma ley, que *presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas*", porque en desarrollo de tal acuerdo y para lograr su finalidad (atraer la clientela), utiliza información falsa. Es decir, se da un *concurso* de actos de competencia desleal, toda vez que con una sola actuación se infringen varias disposiciones de la Normatividad de Competencia Desleal. Esto sin entrar a considerar la vulneración de normas de protección al consumidor, situación que también se da, pero que no está enmarcada dentro de los actos de competencia desleal, de competencia de la Delegada para la Promoción de la Competencia.

"En el caso concreto, dentro de la *alianza estratégica* de O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A., se ha estipulado una cláusula de exclusividad, por medio de la cual la garantía de fábrica de los vehículos distribuidos por la segunda, solo se mantiene cuando su blindaje se realiza en

respecto de las cuales pudieran cambiarse los términos de garantía... Lo cierto es que la garantía del fabricante es inaplicable al blindaje como tal, como consta en la póliza aludida'.

⁵ "Testimonio del señor Julio Gerardo Rubiano García empleado de Crump América S.A.:

PREGUNTA 20. Ingeniero Rubiano, sírvase manifestarle al Despacho a qué se debe y, teniendo en cuenta que a folios 32 y 33 del expediente reposa comunicación de Crump América en la que se manifiesta 'por alianza estratégica con O'gara Hess & Einsenhardt única blindadora con la cual nuestros vehículos conservan la garantía', que usted en respuesta anterior informara en sentido contrario que O'Gara no es la única compañía con la cual no se afecta la garantía'

RESPUESTA Me remito a respuestas anteriores donde he manifestado que aun cuando el blindar un vehículo ocasiona la pérdida de la garantía, somos conscientes de las necesidades de nuestros usuarios en recurrir a dichas modificaciones.

Por lo anteriormente expuesto, en el Departamento de Servicio y Capacitación, hemos tramitado garantías encontradas en vehículos blindados por diversas compañías de blindaje, donde después de un análisis técnico se ha determinado que el daño sufrido no causado ni por el blindaje, ni por el usuario. En estos casos, las garantías han sido otorgado (Sic.), sin importar la compañía que fuera.

⁶ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Página 15.

⁷ Comunicación de Crump América S.A., fechada 29 de enero de 2001 (folio 33 del expediente)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. ; condición por demás falsa, toda vez que de conformidad con la Póliza de Garantía de Vehículos Chrysler cualquier modificación o alteración al diseño o especificaciones originales al vehículo o sus componentes, independientemente de que la póliza aplique o no, infringiendo con su conducta (*alianza estratégica*) el artículo 19 de la ley 256 de 1996, el artículo 11 de la misma ley y varias disposiciones de protección al consumidor (información falsa y engañosa).

"No obstante lo anterior en la Resolución que se recurre, se hace una apreciación restringida de la conducta de O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A. , la analiza desde la óptica limitada, que se queda en la mera apariencia, desconociendo que detrás de la mencionada *alianza estratégica* hay un pacto desleal de exclusividad (independientemente que sea válido o no), por medio del cual la garantía de fábrica de los vehículos distribuidos por Crump América solo mantiene la garantía cuando son blindados en O'Gara Hess. Es irrelevante entrar a analizar si lo que hay es una vulneración de las normas de protección al consumidor o la validez de tal estipulación, no esta la instancia para hacerlo y ese no es el objeto de la investigación, lo es la existencia de un pacto desleal de exclusividad, que desde el plano de la competencia entre las blindadoras de vehículos se da con claridad ya que con esa alianza estratégica se les impide el acceso al mercado del blindaje de los vehículos distribuidos por Crump América.

"2. PLURALIDAD DE ACTUACIONES CON BASE EN LOS MISMOS HECHOS y DENUNCIA.

"Pese a lo anterior la Superintendencia desvía el asunto a puntos distintos, como lo ha hecho desde el principio de su actuación al mantener separadas las investigaciones por competencia desleal Nos. 01023364 contra O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América ! S.A. y la 01023364 B contra O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Sofasa, pese a que existe una petición de acumulación sin resolver, así como al abrir una tercera investigación, la 01048498 por prácticas comerciales restrictivas contra O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., Crump América S.A. y Sofasa S.A. Además ahora, disimuladamente ante la evidencia, resuelve enviar copia de la actuación a la Delegatura para Protección del Consumidor.

"Como cuarta actuación tenemos la comunicación No.01023364 00000017 del 11 de septiembre de 2001, en la que no se encontró mérito para abrir una investigación por actos de competencia desleal, cuando ya se encontraban en trámite y en plena etapa probatoria, las 01023364 contra O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A. y la 01023364 B contra O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Sofasa.

"Es decir con base en los mismos hechos denunciados por Proteseg Ltda. se han iniciado 4 actuaciones que seguramente, siguiendo el carácter de los argumentos y el ánimo de la Superintendencia demostrado a lo largo de su actividad, concluirá en abstenerse de sancionar a las denunciadas.

"3. ACLARACIÓN DE CONCEPTOS DE LA MISMA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE AÑOS ANTERIORES.

"Por otro lado, la Superintendencia en la Resolución No.14158 del 9 de mayo de 2002, entra a aclarar el concepto de la División Promoción de la Competencia del 27 de noviembre de 1996, manifestando que *"el termino 'consumidor' empleado en el párrafo que se analiza, corresponde a una de las partes del contrato de suministro y no al consumidor final de un producto o servicio"*⁸, cuando en él no se establece tal diferencia y si surge con claridad que el pacto de exclusividad no podrá *"ser óbice para que un consumidor o comprador proveniente de fuera de dicho territorio pueda acudir al distribuidor o concesionario de su elección bien para adquirir sus productos o también para solicitar el servicio de*

⁸ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Página 16.

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

garantía o de mantenimiento del producto adquirido de otro distribuidor o concesionario establecido en otro territorio diferente.⁹ No obstante, arbitrariamente se considera que este concepto "no es pertinente dentro del actual contexto" argumentando que "el concepto se emitió dentro de una investigación seguida por prácticas comerciales restrictivas" Nada más forzado; ante estos argumentos se puede manifestar que tanto el origen de tal concepto como el de la resolución que se recurre, es la misma División de la Promoción de la Competencia, que hoy divide tajante y definitivamente su doctrina entre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, desconociendo que ambas materias son un conjunto que conforma el denominado Derecho de la Competencia y manifestando, además que el concepto sobre el que se sintetiza en gran parte la argumentación de los alegatos proviene de una investigación de prácticas comerciales restrictivas y no de una investigación de competencia desleal, como ocurre en realidad.

"4. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

"Se insiste en la ausencia e indebida valoración de las pruebas obrantes en el expediente, especialmente en lo referente a la comunicación de Crump América S.A., fechada 29 de enero de 2001 (folio 33 del expediente), suscrita por el gerente del concesionario Crump, en la que se afirma: "por alianza estratégica con O'Gara - Hess, **única** blindadora con la que nuestros vehículos conservan la garantía", (negrilla fuera de texto) y al testimonio de Víctor Manuel Daza Quintero 10¹⁰.

"En la Resolución se citan páginas del informe motivado para argumentar que si se valoraron tales pruebas¹¹, pero la verdad es que en las mismas no se hace ni siquiera referencia al testimonio del señor Víctor Manuel Daza Quintero, y la comunicación de Crump América del 29 de enero del 2001, es valorada parcialmente, con base en ella se encuentra probada la existencia de la *alianza estratégica* para determinar las responsabilidades en la afectación de la garantía del vehículo, pero no la exclusividad en la garantía de fábrica para los vehículos distribuidos por Crump únicamente cuando son blindados en O'Gara Hess, cuando lo cierto es que en el mismo documento se lee textualmente, "por alianza estratégica con O'Gara-Hess, **única** blindadora con la que nuestros vehículos conservan la garantía", es claro que la valoración es parcial, incompleta y parcializada.

"5. LAS CONTRADICCIONES DEL INFORME MOTIVADO SE TRASLADAN A LA RESOLUCIÓN 14158 DEL 9 DE MAYO DE 2002.

"Adicionalmente, la Superintendencia fue contradictoria en el informe y esta contradicción se traslada ahora sin más ni más a la Resolución acometida, por una parte afirma que está probado que "existe entre

⁹ Concepto División Promoción de la Competencia Superintendencia de industria y Comercio 27 de noviembre de 1996. Compendio de Doctrina Sobre Promoción de la Competencia 1992 - 1999. Superintendencia de Industria y Comercio. Agosto de 2000. Página 386 y 387.

¹⁰ **Pregunta 4: En Desarrollo de esas dos actividades (cotizar vehículos y cotizar blindajes para quienes asesora) ha tenido conocimiento que las distribuidoras de vehículos, especialmente Sofasa y Crump, suprimen la garantía de los vehículos cuando estos se blindan en una empresa diferente a O'Gara.**

Respuesta: Sí, tuve la experiencia con Crump América, coticé una Grand Cherokee para una cliente, le comenté a la niña asesora de ventas que este vehículo iba a ser blindado. Ella me preguntó que con que blindadora lo iba a realizar, yo le contesté que tenía como tres opciones para hacerlo, ella me respondió que si no lo hacía con O'Gara S.A., el carro inmediatamente perdía la garantía por que los carros blindados por O'Gara eran los únicos que tenían la garantía por ellos. Yo le dije a ella que si me lo podía decir por escrito, para mostrárselo al cliente y me lo dijo por escrito. También me sucedió que al cotizar la Toyota Prado en Yocomotor, carrera 24 con 72, el asesor de ventas me dijo que si no lo blindaba con O'Gara, el carro perdía la garantía. Yo le comenté que si me lo podía dar por escrito y él me dijo que no podía dármele por escrito.

¹¹ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Página 17.

"De acuerdo con el informe motivado, el Despacho observa que tanto la prueba documental referida, como testimonio, fueron examinados y valorados por la Delegada de Promoción de la Competencia³²."

³²INFORME MOTIVADO - Hechos comprobados, numerales 4 y 7, páginas 5 y 6

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

las sociedades Crump América S.A. y O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., una 'alianza estratégica' por la cual en el momento en que la primera realiza una venta de un automotor y es el deseo de su cliente blindarlo, esta le hace la sugerencia de que contrate para tal efecto con O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., con la cual los vehículos conservan la garantía¹² y luego se manifiesta: 'lo que aparece demostrado es que sí existe una alianza entre Crump América S.A. y O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., para agilizar la determinación de responsabilidades en caso de presentarse fallas en el vehículo comercializado por la primera y blindado por la segunda, cuando de hacer efectivas las garantías se trata'¹³.

"La primera contradicción, resulta de manifestar por una parte Crump América S.A., sugiere a sus clientes que blinden sus vehículos en O'Gara Hess. Lo que la Superintendencia denomina 'sugerencia' no es tal, es absurdo afirmarlo. Si es el deseo del comprador, blindar un vehículo adquirido en Crump, esta compañía le 'sugiere' blindarlo en O'Gara Hess and Einsenhardt de Colombia, **porque si lo hace en una blindadora distinta a esta pierde la garantía.** Si es O'Gara la blindadora con la que única y exclusivamente los vehículos distribuidos por Crump conservan la garantía, no es una 'sugerencia' la que hace Crump, es una imposición, una obligación para el comprador que resulta y surge del pacto de exclusividad existente entre la distribuidora de vehículos y la blindadora norteamericana. Sería 'sugerencia' si su desatención no acarrearía una consecuencia negativa para el comprador del vehículo, si el cliente desatiende, lo que la Delegada para la promoción de la competencia denomina 'sugerencia', pierde la garantía sobre el vehículo toda vez que no lo blindó en O'Gara. Manifestar lo contrario es un seudossilogismo al pretender señalar que se sugiere pero que a la vez se sanciona al no concluir dicha insinuación. Convirtiéndose dicha sugerencia en una condición *sine qua non* para mantener la garantía del vehículo.

"Esta primer contradicción, que se puso de manifiesto en los alegatos, no es aclarada ni resuelta por la Superintendencia en la Resolución No.14158; nuevamente centra el asunto en un punto distinto y reduce tan grave contradicción a la coexistencia de dos objetivos en la alianza estratégica, incurriendo en otro error garrafal.

"La segunda contradicción, esta en que por una parte en la misma Resolución 'se precisa que el objeto de la alianza es agilizar la determinación de responsabilidades en caso de presentar fallas un vehículo comercializado por Crump América S.A. y Blindado por O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. cuando de hacer efectivas las garantías se trata' y por otra a renglón seguido se afirma que para el 'Despacho, el problema que advierte el doctor Guijó Santamaría, no corresponde a una contradicción, mejor a una omisión, pues tanto la sugerencia al cliente de contratar el blindaje como la agilización del trámite de la garantía hacen parte de la alianza estratégica de acuerdo con las pruebas, de tal manera que al establecer los hechos comprobados, debió agregarse que la alianza estratégica también tenía como objeto principal el mejorar el trámite de la reclamación de la garantía y en el desarrollo del mismo, lógicamente, al momento de hacer la compra del vehículo y manifestar el cliente su deseo de blindarlo, la distribuidora de vehículos recomienda aquella blindadora con la que ha hecho el acuerdo. Así que, contrario a la opinión del apoderado de la denunciante, si pueden concurrir los dos objetos en un mismo pacto"¹⁴.

"El problema que se advirtió en los alegatos de conclusión, es distinto al que analiza la Superintendente en la Resolución citada, la paradoja en la que recayó la Delegada y en la que recae ahora la Superintendente, resulta de manifestar que Crump América mantiene la garantía para los vehículos

¹² Página 4, Informe Motivado de la Investigación. Superintendencia de Industria y Comercio.

¹³ Página 9. Informe Motivado de la Investigación. Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁴ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Página 18

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

blindados con O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A.¹⁵ y luego afirmar que *'lo que aparece demostrado es que sí existe una alianza entre Crump América S.A. y O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., para agilizar la determinación de responsabilidades en caso de presentarse fallas en el vehículo comercializado por la primera y blindado por la segunda, cuando de hacer efectivas las garantías se trata'*¹⁶. La "alianza estratégica" o es un procedimiento para determinar la responsabilidad de O'Gara, del cliente o de Crump, en la afectación que tiene un vehículo en su garantía cuando ha sido blindado, o es un acuerdo en el que se determina que los vehículos únicamente conservan la garantía cuando se blindan en O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., pero no las dos cosas a la vez.

"La Superintendencia, al manifestar que si pueden concurrir ambos objetos en la alianza, está consintiendo que dicha alianza es un acuerdo para determinar la responsabilidad de O'Gara o de Crump, en la afectación que tiene un vehículo en su garantía y que ha sido blindado, en el que además se ha determinado que los vehículos distribuidos por Crump América únicamente conservan la garantía cuando se blindan en O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., pero la Superintendente afirma que no puede sancionarse a las denuncias.

"Además, es lógico que en caso de reclamaciones que se presentan sobre la garantía de fábrica de los vehículos, que han sido blindados, el concesionario vendedor (Crump América S.A.) realice un procedimiento para determinar si la falla que presenta el automotor es causa del cliente, del concesionario o un defecto de fábrica del mismo, esta es una obligación a cargo de cualquier proveedor o vendedor, en este caso de Crump América, consecuencia lógica de los artículos 11 y 13 del Estatuto del Consumidor¹⁷, que conduce a descartar dicho procedimiento como el objeto de la 'alianza estratégica' dejando claro que su finalidad es impedir el acceso de los competidores (Proteseg Ltda.) al mercado, a lo que se suma lo manifestado por el ingeniero mecánico empleado de Crump América, señor julio Gerardo Rubiano García¹⁸

¹⁵ Informe Motivado de la Investigación. Superintendencia de Industria y Comercio. Página 4.

"Esta (Crump América S.A.) le hace la sugerencia de que contrate para tal efecto (Blindar) con O'gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. con la cual los vehículos conservan la garantía"

Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Página 17 y 18.

¹⁶ Informe Motivado de la investigación. Superintendencia de Industria y Comercio. Página 9.

Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Páginas 17 y 18

¹⁷ Decreto 3466 de 1982.

Artículo 11: "Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro.

(...) "Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que ellos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores, sean o no productores".

Artículo 13: "Tanto la garantía mínima presunta como las garantía diferentes a ella se extenderán, según la naturaleza del bien o servicio, a las obligaciones de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización, de reparar y suministrar los repuestos necesarios para este último efecto. Estas obligaciones se entenderán pactadas en todos los contratos de compraventa de bienes y. de prestación de servicio, sometidos al régimen de garantía mínima presunta o respecto de los cuales se haya otorgado garantías diferentes.

"Siempre que se reclame la efectividad de la garantía antes del vencimiento de su plazo, no podrá cobrarse suma alguna al consumidor por los gastos y costos que implique la reparación por fallas en la calidad o en idoneidad del bien ni por el transporte o acarreo de este para su reparación y devolución al consumidor, todos los cuales correrán en todo caso por cuenta del proveedor o expendedor. En caso de repetirse la falla se procederá al cambio del bien por otro de la misma especie, si lo solicitare el consumidor, salvo convención expresa en contrario ya condición de que la solicitud se haga estando aun vigente el plazo.

¹⁸ Testimonio del señor Julio Gerardo Rubiano García empleado de Crump América S.A.:

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

"La determinación de la causa de las fallas que se presentan en cualquier vehículo, es una consecuencia, una obligación, una exigencia legal establecida por la propia Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No.777 del 11 de junio de 1993 Por medio de la cual se fijan requisitos mínimos de calidad e idoneidad de los vehículos automotores ensamblados en el país y para los vehículos importados así como para el servicio de posventa¹⁹.

"No obstante la Superintendente ve en el hecho de que Crump América S.A. hubiere establecido con O'Gara Hess un procedimiento para determinar la responsabilidad de la blindadora, del cliente o de la misma fábrica, en las fallas que se presentan en los vehículos por ella comercializados y blindados en O'Gara, algo extraordinario y fuera de lo común, una actuación loable que excede lo normal, desconociendo que el premio por el simple cumplimiento de la leyes simplemente la no-sanción²⁰ y que dicho procedimiento no es un valor agregado al servicio de posventa, que de acuerdo con la Resolución 777 de del 11 de junio de 1993 es una obligación a cargo de Crump América S.A.

"Por haberse establecido entre O'Gara y Crump América S.A., tal procedimiento, que, se reitera, se deriva del cumplimiento de un deber de carácter legal imperativo, obligatorio e inexcusable, para cualquier fabricante, concesionario, distribuidor o importador de vehículos, la sociedad O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., retribuye con una comisión al concesionario que recomiende sus productos. No puede afirmarse que la exclusividad en cuanto a la garantía no constituye un pacto desleal de exclusividad.

PREGUNTA 20: Ingeniero Rubiano, sírvase manifestarle al Despacho a qué se debe y, teniendo en cuenta que a folios 32 y 33 del expediente reposa comunicación de Crump América en la que se manifiesta 'por alianza estratégica con O'Gara Hess & Einsenhardt única blindadora con la cual nuestros vehículos conservan la garantía', que usted en respuesta anterior informara en sentido contrario que O'Gara no es la única compañía con la cual no se afecta la garantía?

RESPUESTA: Me remito a respuestas anteriores donde he manifestado que aun cuando el blindar un vehículo ocasiona la pérdida de la garantía, somos conscientes de las necesidades de nuestros usuarios en recurrir a dichas modificaciones. Por lo anteriormente expuesto, en el Departamento de Servicio y Capacitación, hemos tramitado garantías encontradas en vehículos blindados por diversas compañías de blindaje, donde después de un análisis técnico se ha determinado que el daño sufrido no fue causado ni por el blindaje, ni por el usuario. En estos casos, las garantías han sido otorgado (Sic), sin importar la compañía que fuera.

¹⁹ Resolución No.777 del 11 de junio de 1993. Superintendencia de Industria y Comercio.

Artículo 2°. De la Garantía. La garantía de calidad, funcionamiento y servicio de posventa amparará el producto por defectos de fabricación y asegurará el mantenimiento, como mínimo, en las condiciones siguientes:

1°. Para vehículos particulares por doce (12) meses contados a partir de la fecha de entrega del vehículo al comprador original o 20.000 kilómetros de recorrido, lo que primero se cumpla.

2°. Para vehículos de servicio público de transporte de pasajeros intermunicipal, Interdepartamental, nacional o internacional por seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrega del vehículo al comprador original o 50.000 kilómetros de recorrido según lo que primero se cumpla.

3°. Para los demás vehículos de servicio por cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de entrega del vehículo al comprador original o 20.000 kilómetros lo que primero se cumpla.

Artículo 4°. "Del alcance de la garantía. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 29 del Estatuto del Consumidor al otorgar la garantía de calidad, funcionamiento y servicio de posventa, el fabricante, concesionario, distribuidor o importador se compromete, respecto de los productos por él vendidos, como mínimo a:

1°. Efectuar las reparaciones técnicas del automotor o el reemplazo de las piezas durante todo el periodo que ampare la garantía sin costo alguno para el comprador.

2°. Garantizar por un termino no menor de diez (10) años material de reposición para los vehículos nacionales o importados.

Parágrafo 1: Para los efectos previstos en este artículo, el fabricante, concesionario, distribuidor o importador deberá mantener un inventario representativo de las partes y piezas de rápido movimiento y garantizar el suministro oportuno de los restantes repuestos, en todas las ciudades en que opere.

Parágrafo 2: El lapso superior a una Semana, durante el cual el consumidor esté privado del uso del vehículo automotor en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, imputable a los responsables de efectuarla, interrumpirá automáticamente el plazo de la garantía otorgada, debiendo computarse dicho tiempo como prolongación del plazo".

²⁰ Artículo 6 Código Civil Colombiano.

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

"La Superintendencia olvida que es una obligación de carácter legal para los fabricantes, concesionarios, distribuidores e importadores de vehículos la de atender las fallas que se presenten en un vehículo sobre el que este vigente la garantía de la que trata resolución No.777 del 11 de junio de 1993 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

"6. LOS ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN.

"a. Carácter Concurrencial de la conducta.

"De conformidad con la Superintendencia, *'el elemento concurrencial debe entenderse en dos sentidos: en primer lugar, la conducta debe estar dirigida a la captación de la clientela, incluso de aquella que le 'pertenece' a los competidores, la afirmación y fortalecimiento de su posición en el mercado el debilitamiento de sus competidores, en segundo lugar debe ser una acto apto para producir los efectos deseados, dada la posición en la que se encuentren el agente y el eventual perjudicado, por lo que es esencial que exista entre ellos una relación de competencia o rivalidad para la conquista de la clientela'*²¹.

"La alianza estratégica que se denunció, es concurrencial, toda vez que va *dirigida a la captación de la clientela, incluso de aquella que le 'pertenece' a los competidores y al fortalecimiento de la posición en el mercado de O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., así como al debilitamiento de sus competidores, toda vez que solo le permite a O'Gara Blindar los vehículos distribuidos por Crump América, captando totalmente la clientela, puesto que ésta es obligada a blindar sus vehículos allí, situación que desencadena en un fortalecimiento de O'Gara Hess and Einsenhardt de Colombia S.A. y en el debilitamiento de las demás blindadoras, en este caso Proteseg Ltda.*

"O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., claramente se encuentra en una relación de competitividad con Proteseg Ltda., toda vez que ambas desarrollan el mismo objeto social, el blindaje de vehículos y Crump América es *'uno de los oferentes, capaz de afectar con sus decisiones el equilibrio del mercado del servicio de blindajes, también se considera como competidor para efectos de la aplicación subjetiva de la ley de competencia desleal'*²².

"Situación que se corrobora con los numerales 1, 2 y 3 de los hechos comprobados por la Superintendencia²³, de tal manera que el carácter concurrencial se ha cumplido y está demostrado.

"b. La realización de una conducta que tenga por efecto o como objeto restringir el acceso de los participantes al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios.

"La Superintendencia manifiesta que la conducta desplegada por las investigadas debe ser suficiente para restringir el acceso de los participantes al mercado o monopolizar la distribución de productos o servicios, y eso es precisamente lo que sucede, el acceso al mercado de los blindajes se restringe con la *'alianza estratégica'*, toda vez que se les impide a las demás blindadoras ofrecer sus servicios de blindaje, valiéndose de la obligación que surge de ella para los clientes en el sentido de tener que blindar sus vehículos en O'Gara.

"Por medio de la *'alianza estratégica'*, se le restringe deliberadamente a las demás blindadoras -Proteseg Ltda., es una de ellas -, el acceso al mercado, ya que se ha creado una exclusividad en cuanto a la garantía de fabrica de los vehículos distribuidos por Crump América S.A., la cual solo se mantiene

²¹ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Páginas 19.

²² Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Páginas 19.

²³ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Páginas 21.

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

únicamente cuando su cliente lo blindo en O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., conduciendo al comprador de vehículos distribuidos por Crump América y cliente del mercado del blindaje realizarlo única y exclusivamente en O'Gara, por demás con información falsa.

"La participación que Proteseg Ltda., pueda tener en el mercado del blindaje de vehículos distribuidos por Crump América S.A., sucumbe ante la barrera artificial e ilegal que surge de la 'alianza estratégica', que logra por medio de una exclusividad, referida al sostenimiento de la garantía de fabrica, que en O'Gara concurran la totalidad de los compradores de vehículos Crump América, cuya voluntad es blindarlos.

"La alianza estratégica de O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A. es un pacto de exclusividad por medio del cual se excluye subjetivamente a las demás blindadoras de su participación en el mercado del blindaje de vehículos distribuidos por Crump América S.A., cuyas características los enmarcan dentro de un grupo representativo de los vehículos que habitualmente se blindan,²⁴ esta no es una exclusión que resulte de criterios objetivos o de un análisis claro de las posibilidades que ofrecen otras blindadoras distintas a O'Gara Hess, obedece al pago de comisiones por parte de la mencionada blindadora a los vendedores y gerentes de concesionarios por cada vehículo distribuido por Crump América, que se blinde en O'Gara Hess²⁵; denotando que no es el beneficio y la satisfacción del cliente lo que se persigue.

"El cumplimiento de este elemento fundamental de la infracción está demostrado, como ha quedado descrito arriba.

"c. La existencia de los pactos de exclusividad.

"Los pactos de exclusividad, de conformidad con el artículo 19 de la ley 256 de 1996, son aquellas cláusulas que tiene por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios.

"La existencia del pacto desleal de exclusividad, entre O' Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A., que dio lugar a la presente investigación se encuentra totalmente probada dentro de

²⁴ Testimonio del señor Julio Gerardo Rubiano García empleado de Crump América S.A.:

Pregunta 3: Sírvase informarnos si en estos tiempos y por razón de las situaciones cada vez más frecuentes que vive el país de seguridad, algunos de los compradores de los vehículos que comercializa Crump América S.A. le solicitan a la firma vendedora alguna información referente a la posibilidad de blindar los vehículos, y si en algunos casos, esos vehículos vienen blindados por el fabricante.

Respuesta: Dadas las características de nuestros vehículos y el mercado al cual están destinados, tenemos un alto porcentaje de utilidades blindadas o con preguntas acerca de la posibilidad de blindarlos. Los vehículos se comercializan sin ningún tipo de blindaje.

Testimonio del señor Víctor Manuel Daza Quintero. Asesor de Seguridad Independiente.

Pregunta 7: ¿Cuáles son las marcas de vehículos que más requieren sus asesorados por cuestiones de seguridad?

Respuesta: Toyota, Nisan, Path Finder, Cherokee, Grand Cherokee.

²⁵ Testimonio del señor Víctor Manuel Daza Quintero, asesor de Seguridad Independiente:

Pregunta 5: Infórmenos si las distribuidoras y las blindadoras le cancelan algún tipo de comisión cuando usted asesora un cliente, en el sentido de adquirir o blindar un vehículo en una u otra.

Respuesta: A veces, con el asesor de ventas del concesionario, él me da un porcentaje de la comisión que él gana por la venta que realiza. No es todas las veces, las comisiones que yo gano, por lo general, es por los clientes que yo busco o asesoro.

Testimonio del señor Julio Gerardo Rubiano García empleado de Crump - América S.A.:

PREGUNTA 29. Sírvase manifestarnos, y le recuerdo que está bajo la gravedad de juramento, si los concesionarios, sus empleados y representantes de Crump América han recibido algún tipo de comisión cuando algún cliente comparador de vehículos distribuidos por esta empresa, ha decidido blindarlos en O'Gara.

Respuesta. Sé que este tipo de eventos son una práctica comercial universalmente reconocida, pero en este caso no tengo conocimiento de ella. (...)

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

la actuación administrativa, especialmente por la comunicación de Crump América S.A., fechada 29 de enero de 2001 (folio 33 del expediente), suscrita por el gerente del concesionario Crump, en la que se afirma: *'por alianza estratégica con O'Gara-Hess, única blindadora con la que nuestros vehículos conservan la garantía' (negrilla fuera de texto)* y por el testimonio del señor Víctor Manuel Daza Quintero, rendido e 11° de octubre de 2001²⁶

"7. HECHOS COMPROBADOS.

"Dentro de la Resolución No.14158 del 9 de mayo de 2002, que se recurre, la Superintendencia encuentra probados, entre otros, los siguientes hechos:"

"4. Existe entre las sociedades Crump América S.A. y O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., una *'alianza estratégica'*, cuyo objetivo principal es la simplificación del trámite de la reclamación de garantía, mediante la determinación de la responsabilidad de la falla. En desarrollo del mismo en el momento en que Crump América S.A. realiza la venta de un automotor y es el deseo de su cliente blindarlo, esta le recomienda para tal efecto a O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., manifestándole QUE ES CON LA ÚNICA BLINDADORA CON LA CUAL LOS VEHICULOS CONSERVAN LA GARANTIA.

"5. En el documento obrante a folio 33 se consigna la frase: *'Por alianza estratégica con O'Gara Hess & Einsenhardt, única blindadora con la cual nuestros vehículos conservan la garantía'*. En diligencia de recepción de testimonio al ingeniero Rubiano García, empleado de Crump América S.A., quien al ser interrogado sobre el alcance de esta expresión, manifestó que no es cierto que se pierda la garantía de fábrica ofrecida por su empresa en caso de que el vehículo sea blindado por una empresa diferente a O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., lo que se ratifica al examinar la póliza de garantía de vehículos Chrysler Comercializados por Crump América S.A. Los términos de la póliza de garantía son tan claros como para deducir que la garantía del fabricante del automotor no aplica por fallas causadas por modificaciones o alteraciones al diseño o especificaciones originales al vehículo o sus componentes (y el blindaje corresponde a una modificación de las especificaciones originales del vehículo), no existiendo en la misma referencia alguna a blindadoras respecto de las cuales pudieran cambiarse los términos de garantía. Así que la frase: *'Por alianza estratégica con O'Gara Hess & Einsenhardt, única blindadora con la cual nuestros vehículos conservan la garantía'*, además de falsa es inocua o inaplicable, pues así el vehículo se haya sometido al proceso de blindaje, si ocurre alguna falla no atribuible a este sino a la fabricación, el fabricante no puede sustraerse de su responsabilidad".²⁷ (la negrilla y la mayúscula no son originales).

"Dentro del 4° hecho comprobado se vuelve a incurrir en la contradicción que se puso de manifiesto antes, consistente en determinar probada una *recomendación, una sugerencia*, que no es tal. Se reitera, que la contradicción resulta de manifestar que Crump América S.A., sugiere a sus clientes que blinden sus vehículos en O'Gara Hess, cuando si hacen lo contrario, es decir lo blindan en compañía distinta,

²⁶ "Pregunta 4: En Desarrollo de esas dos actividades (cotizar vehículos y cotizar blindajes para quienes asesora) ha tenido conocimiento que las distribuidoras de vehículos, especialmente Sofasa y Crump, suprimen la garantía de los vehículos cuando estos se blindan en una empresa diferente a O'Gara.

Respuesta: Sí, tuve la experiencia con Crump América, coticé una Grand Cherokee para una cliente, le comenté a la niña asesora de ventas que este vehículo iba a ser blindado. Ella me preguntó que con que blindadora lo iba a realizar, yo le contesté que tenía como tres opciones para hacerlo; ella me respondió que si no lo hacía con O'gara S.A., el carro inmediatamente perdía la garantía por que los carros blindados por O'gara eran los únicos que tenían la garantía por ellos. Yo le dije a ella que si me lo podía decir por escrito, para mostrárselo al cliente y me lo dijo por escrito. También me sucedió que al cotizar la Toyota Prado en Yocomotor, carrera 24 con 72, el asesor de ventas me dijo que si no lo blindaba con O'gara, el carro perdía la garantía. Yo le comenté que si me lo podía dar por escrito y él me dijo que no podía dármelo por escrito"

²⁷ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Página 21

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

pierden la garantía sobre el vehículo, toda vez que no se blindó en O'Gara. Crump América S.A., no sugiere a sus clientes que blinden los vehículos en O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., les impone esta blindadora, como resultado del pacto de exclusividad en cuanto a la garantía, la cual solo se mantendrá si se blindan en O'Gara. Así que el 4° hecho que la Superintendencia encuentra comprobado, no es tal ya que está viciado de una contradicción, al contener un silogismo falso.

"En lo que se refiere al 5° hecho comprobado es de anotar, que si bien puede ser cierto como lo manifiesta la Superintendente, *'la frase: 'Por alianza estratégica con O'Gara Hess & Einsenhardt, única blindadora con la cual nuestros vehículos conservan la garantía' además de falsa es inocua o inaplicable'*, en lo que se refiere a la garantía y al consumidor toda vez que la póliza de garantía de vehículos Chrysler, impide que esta se mantenga en relación la *'fallas causadas por modificaciones o alteraciones al diseño o especificaciones originales al vehículo o sus componentes (y el blindaje corresponde a una modificación de las especificaciones originales del vehículo)'*, no puede predicarse lo mismo en relación con las normas de promoción de la competencia y específicamente con la conducta sancionada por el artículo 19 de la ley 256 de 1996, pactos desleales de exclusividad, ya que a través de tal cláusula de exclusividad, el cliente del blindaje se mantiene en cabeza de O'Gara Hess & Einsenhardt de Colombia S.A., toda vez que este realizará, engañado, el blindaje de su vehículo en esta blindadora multinacional; así su voluntad sea distinta.

"La afirmación, *'Por alianza estratégica con O'Gara Hess & Einsenhardt, única blindadora con la cual nuestros vehículos conservan la garantía'* además de falsa es inocua o inaplicable" contenida en el documento obrante a folio 33, proveniente de Crump América S.A., denota la existencia de una exclusividad, en lo tocante con la garantía de fábrica de los vehículos de esta compañía, que desde el plano de la competencia de las blindadoras de vehículos resulta violatorio de las normas de competencia, especialmente del artículo 19 de la ley 256 de 1996, toda vez que fija una cláusula de exclusividad excluye a participantes del desarrollo normal de la competencia.

"Bastante deleznable resultan los argumentos esgrimidos por la Superintendencia, ya que el objeto y fin mismo del trámite de la investigación de competencia desleal, no se concluyen con la simple imposición o no de una sanción, pues el ámbito es mucho más amplio que el de la represión en sí.

"La negativa de observar y valorar, hechos, documentos y testimonios, que a todas luces demuestran que las aquí investigadas, incursionaron en actividades propias y típicas de competencia desleal que él mencionarlas y analizarlas se convierte en perogrulladas.

"El objeto y fin de este trámite entonces, no estriba simplemente en la interpretación 'exegética' que se realiza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino en la privación del reconocimiento jurídico a la actividad desleal, desplegada por las aquí investigadas cuyos beneficios y ganancias han sido logradas en detrimento de mí representada y de las demás blindadoras, contrariando los postulados básicos enunciados por la libertad de competencia, no solamente mediante conductas y estrategias reprochables sino a través del aprovechamiento indebido de la libre empresa y desvirtuando el sentido real y objetivo de *'Alianzas Estratégicas'*.

"Uno de los pilares fundamentales del Estado colombiano está constituido por el trabajo. La Constitución reconoce y ampara la propiedad obtenida con base en el esfuerzo y en el mérito que el trabajo implica, y sé lo desestimularía en alto grado si se admitiera que sin apelar a él, de modo fácil, por fuera de escrúpulos y restricciones, puede obtenerse y acrecentarse el patrimonio personal y familiar' *'...en la modalidad prevista por el artículo 34 de la Carta traza límites materiales al proceso de adquisición de bienes y simultáneamente otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y palpable el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos. La disposición constitucional da lugar a que se propicien las investigaciones, los trámites y procedimientos orientados a definir - si prosperan las pretensiones de las entidades estatales*

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

que ejercen la acción - que jamás se consolidó derechos alguno en cabeza de quien quiso construir su capital sobre cimientos tan deleznable como los que resultan del comportamiento reprochable y dañino.

"Por eso, la Corte insiste en que 'el Estado no puede avalar o legitimar la adquisición de la propiedad que no tenga como fuente un título válido y honesto; es decir, que la propiedad se obtiene en cierto modo mediante la observancia de los principios éticos. La protección estatal, en consecuencia, no cobija a la riqueza que proviene de la actividad delictuosa de las personas; es decir, no puede premiarse con el amparo de la autoridad estatal la adquisición de bienes por la vía del delito; el delincuente debe saber que el delito no produce utilidades,...' (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-389 del 1 de Septiembre de 1.994. M. P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell)"

"PRUEBAS

"Solicito se tengan como pruebas las aportadas al proceso y la Resolución No.14158 del 9 de mayo de 2002.

"FUNDAMENTOS DE DERECHO

"Invoco como fundamento de derecho los artículos 49 y 33 de la Constitución Nacional la ley No.256 de 1996, especialmente sus artículos 7 y 19, la Resolución No.777 del 11 de junio de 1993, el Decreto 3466 de 1982.o estatuto del consumidor y las demás normas sustanciales y procedimentales aplicables al presente caso".

CUARTO: Que en los términos del artículo 59 del código contencioso administrativo, según el cual, la decisión de un recurso resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del mismo, aunque no lo hayan sido antes, procede el Despacho a decidir así:

1. PACTOS DESLEALES DE EXCLUSIVIDAD Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN

Con respecto a la explicación que el Despacho hace de los pactos de exclusividad, el apoderado hace el siguiente comentario: *"La Superintendencia se aleja de los supuestos del artículo 19, le da a esta norma una interpretación distinta y la modifica al momento de entrar a aplicarla, manifestando que 'los pactos o cláusulas de exclusividad son aquellos por medio de los cuales se impone a uno de los contratantes obligación de no contratar con los competidores del otro o de desarrollar su actividad dentro de un territorio'²⁸, cuando lo estipulado en el citado artículo 19, es que los pactos desleales de exclusividad son aquellos acuerdos en los que se estipulan cláusulas que tienen por efecto o como efecto restringir el acceso de los participantes al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios.*

"La ley no sanciona tales conductas, simplemente por que a través de ellas se le imponga a uno de los extremos del acuerdo la obligación de no contratar con los competidores del otro o de desarrollar su actividad dentro de un territorio; lo que resulta repudiable para el legislador, es el objeto y el efecto de esos acuerdos de exclusividad (restringir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de bienes o servicios), independientemente de la forma que se les dé, sin entrar a analizar si se trata de un acuerdo en el que se determina que una de sus partes o las dos no pueda contratar con un competidor de la otra o que no puede ejercer su actividad dentro de determinado territorio.

"La Superintendencia, limita la aplicación de la norma a estos dos supuestos: i. que una de las partes del acuerdo no pueda contratar con los competidores de la otra o ii. De desarrollar su actividad dentro de un

²⁸ Resolución 14158 del 9 de mayo de 2002. Páginas 14 y 15

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

territorio, excluyendo así los demás pactos de exclusividad, los cuales pueden tener formas distintas y descartando situaciones a través de las cuales, sin ser acuerdos de no contratar con el competidor o de ejercer su actividad dentro de determinado territorio, restringen el acceso de los competidores al mercado o monopolizan la distribución de bienes y servicios".

Al respecto, el Despacho aclara que al exponer que los pactos o cláusulas de exclusividad son aquellos por medio de los cuales se impone a uno de los contratantes la obligación de no contratar con los competidores del otro o de desarrollar su actividad dentro de un territorio, lo hacía en un contexto muy general del tema particular de los pactos de exclusividad, sin analizarlos frente a los supuestos normativos del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 que los califican como desleales cuando tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios. De esta manera se responde la inconformidad del recurrente.

Como segundo punto, comenta el recurrente: *"Entre O'Gara Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. y Crump América S.A., hay un pacto de exclusividad por medio del cual Crump America S.A., únicamente mantiene la garantía de fábrica para sus vehículos, cuando estos son blindados en O'Gara Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., si el comprador de vehículos en Crump lo blindo en una compañía distinta a O'Gara Hess, pierde la garantía".*

Insiste el Despacho en que no existe pacto de exclusividad en la alianza estratégica celebrada entre O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. y Crump America S.A. No es posible deducirlo del hecho de que Crump America S.A. manifieste mantener la garantía de los vehículos que comercializa, únicamente cuando son blindados por O'Gara-Hess, toda vez que ese acuerdo no obliga, compele o compromete a alguna de las sociedades (concesionario o blindadora) a declinar cualquier contratación con otro concesionario o blindadora. No se entrevé en la alianza alguna cláusula que impida a O'Gara-Hess establecer vínculos comerciales con competidores de Crump America ni a O'Gara-Hess blindar vehículos de otras comercializadoras de vehículos ni a Crump America recomendar otras blindadoras. Por el contrario, existe prueba de que Proteseg Ltda. ha blindado un vehículo vendido por Crump America a British Airways, sin que se advierta en la carta enviada por Crump America a Proteseg Ltda. algo diferente a llamar la atención sobre los términos de la garantía que obra en el mismo expediente²⁹.

Si se observa que quien resulta coaccionado de alguna forma a blindar su vehículo en O'Gara-Hess es el cliente, por la manifestación de Crump America acerca de que el único blindaje con el cual se mantiene la garantía es con el de O'Gara-Hess, motivo por el cual se decidió compulsar copias de la presente investigación a la Delegatura para la Protección del Consumidor, para lo de su cargo.

Ahora, a guisa de discusión, en caso de que se observara en la alianza entre las sociedades enfrentadas un pacto de exclusividad que, se reitera, no existe, tampoco se encuentra que el negocio restrinja el acceso de otros competidores, como Proteseg Ltda., al mercado de los blindajes, o lo monopolice, tal como lo exige el artículo 19 de la ley 256 de 1996. No se prueba tampoco la restricción al acceso para los oferentes interesados en iniciar su actividad en el mercado de blindajes, ni para quienes como Proteseg Ltda. ya tienen un nombre en el sector de las blindadoras. El hecho de que la sociedad denunciante no sea recomendada por Crump America S.A. para el blindaje de los vehículos que comercializa no la excluye del mercado, pues no es esa sociedad la única comercializadora de vehículos susceptibles de blindarse.

Finalmente, tampoco existe prueba del monopolio del mercado del blindaje por parte de la blindadora O'Gara-Hess, por lo que no es posible ver la realización de la conducta desde este segundo supuesto normativo.

²⁹ Folios 19, 20 y 88A.

“Por medio de la cual se resuelve un recurso”

2. PLURALIDAD DE ACTUACIONES

Yerra en su apreciación el apoderado recurrente, pues la decisión de enviar copia de la actuación a la Delegatura para la Protección del Consumidor no obedeció a una estrategia soterrada del Despacho, sino que fue tomada con fundamento en el análisis objetivo del caso, del examen probatorio y del enfrentamiento de los hechos con la norma presuntamente conculcada del artículo 19 de la ley 256 de 1996.

Por otra parte, se decidió no acumular las actuaciones seguidas en los expedientes 01023364 y 01023364B por considerar que, pese a que la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. es investigada en los dos trámites, la relación entre ésta y Crump America S.A. y Sofasa S.A. no se rodea de las mismas circunstancias, de tal manera que en criterio de este Despacho no se cumplen los presupuestos para acumular los expedientes mencionados, de acuerdo con el artículo 29 del código contencioso administrativo.

3. ACLARACIÓN DE CONCEPTOS DE LA MISMA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO DE AÑOS ANTERIORES

Considera el recurrente que la aclaración que se hizo en este caso al concepto de la División de Promoción de la Competencia del 27 de noviembre de 1996 desconoce que tanto el derecho de la competencia como el de prácticas comerciales restrictivas son materias del mismo conjunto: derecho de la competencia.

Se mantiene el Despacho en su interpretación, dado que, a pesar de pertenecer los temas de prácticas comerciales restrictivas y competencia desleal al derecho de la competencia, tienen puntos ampliamente diferenciadores. El mismo legislador diferencia las formas como la libertad de competencia³⁰ puede verse restringida, eliminada o alterada³¹:

- a) *Por el establecimiento de monopolios de derecho (en la forma prevista por el artículo 336 de la C.P);*
- b) *Por el reconocimiento de marcas, patentes y demás derechos de la propiedad industrial;*
- c) *Por la explotación abusiva de la posición dominante en un mercado;*
- d) *Por la realización de prácticas restrictivas de la competencia, y*
- e) *Por la realización de actos de competencia desleal tanto a nivel nacional como internacional (caso del dumping)*

“Las dos primeras formas de restricción o alteración de la competencia son legítimas, en cuanto están contempladas y reglamentadas por claras normas de carácter constitucional, legal y supranacional, que plasman principios y protegen bienes jurídicos tales como el arbitrio rentístico del Estado o la protección de los derechos de la propiedad industrial, que dentro de la escala de valores de nuestro ordenamiento jurídico se prefieren en ciertas instancias al derecho a la libre competencia económica.

“Por otro lado, las tres últimas formas de restricción o alteración de la competencia arriba señaladas, es decir, el abuso del poder monopolístico, la realización de prácticas restrictivas de la competencia y la ejecución de actos desleales de comercio, constituyen conductas ilegales, que surgen de manera

³⁰ Consagrada como derecho constitucional en el artículo 333 de la Constitución Política.

³¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta del Congreso, jueves 1 de junio de 1995, página 7.

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

espontánea sin que las leyes naturales del mercado puedan corregirlas o suprimirlas y que por el contrario le introducen importantes elementos de distorsión y desequilibrio.

"Estas conductas ilegales deben ser reprimidas por el Estado, con el objeto de garantizar la libertad de competencia y la subsistencia misma de la economía de mercado. Para tal efecto nuestro sistema jurídico, con base en los principios del antiguo artículo 32 de la Constitución de 1886 y del artículo 333 de la Constitución de 1991, contempla normas tales como las siguientes:

- a) *Normas sobre prohibición a las prácticas restrictivas de la competencia y al abuso de la posición dominante en el mercado (contenidas principalmente en la Ley 155 de 1959 y en el Decreto 2153 de 1992);*
- b) *Normas sobre protección al consumidor (contenidas principalmente en el Decreto 3466 de 1982);*
- c) *Normas sobre derechos antidumping y compensatorios (contenidas en el Decreto 150 de 1993), y*
- d) *Normas sobre prohibición de las conductas de competencia desleal (contenida en los artículos 75 a 77 del Código de Comercio).*

"Aunque todas las normas jurídicas antes mencionadas pretenden en últimas garantizar la efectividad del derecho constitucional a la libre competencia económica, cada una de ellas tiene un orden diferente de prioridades. En efecto, las normas sobre prácticas restrictivas y abuso de la posición dominante en el mercado tratan de proteger en primer lugar el bienestar de los consumidores frente a las conductas unilaterales o concertadas de los productores o distribuidores, tendientes a evitar la competencia; las normas sobre protección al consumidor dirigen su esfuerzo principal, a exigir garantías mínimas de calidad y servicio para los consumidores; las normas antidumping pretenden proteger en primer lugar a los productores nacionales frente a las prácticas desleales de comercio internacional; y las normas sobre competencia desleal trata de proteger a los competidores frente a las conductas de sus colegas que van en contra de las costumbres mercantiles o de los usos honestos en materia industrial o comercial y que intentan privarlos de parte de su mercado".

Con estas precisiones, queda claro que no es posible acceder a la intención del recurrente, en el sentido de acumular todas las investigaciones que inició ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

4. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

El doctor Guijón Santamaría insiste en que el Despacho dejó de valorar y valoró indebidamente las pruebas obrantes en el expediente, teniendo en cuenta que no se hace referencia al testimonio del señor Víctor Manuel Daza Quintero, y la comunicación de Crump America del 29 de enero de 2001 es valorada parcialmente.

En cuanto a la primera de las pruebas mencionada, debe decir el Despacho que no le asiste razón al alegante, pues el testimonio del señor Daza Quintero fue tenido en cuenta para demostrar que entre O'Gara-Hess y Crump America se estaba desarrollando una alianza cuyo objeto tenía relación con la garantía de fabricación del vehículo comercializado y la garantía del blindaje, en caso de que se blinde³².

³² TESTIMONIO DE VICTOR MANUEL DAZA QUINTERO, folio 101:

- **Pregunta 4:** En desarrollo de esas dos actividades ha tenido conocimiento que las distribuidoras de vehículos, especialmente Sofasa y Crump, suprimen la garantía de los vehículos cuando estos se blindan en una empresa diferente a O'Gara.

Respuesta: Sí, tuve la experiencia con Crump América: coticé una Grand Cherokee para una cliente, le comenté a la niña asesora de ventas que este vehículo iba a ser blindado. Ella me preguntó que con qué blindadora lo iba a realizar, yo le contesté que tenía como tres opciones para hacerlo; ella me respondió que si no lo hacía con O'Gara S.A., el carro inmediatamente perdía la garantía porque los carros blindados por O'Gara eran los únicos que tenían la garantía por ellos. Yo

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

La información que le brindó al testigo la asesora de ventas de Crump America es suficiente para confirmar lo que consta en el documento obrante a folio 32 del expediente: "POR ALIANZA ESTRATÉGICA CON O'GARA-HESS & EISENHARDT, ÚNICA BLINDADORA CON LA CUAL NUESTROS VEHÍCULOS CONSERVAN LA GARANTÍA".

Sin embargo, no es eficaz para demostrar lo que pretende el recurrente: la existencia de un pacto de exclusividad en cuanto a la garantía, porque, se reitera, de tal afirmación no se deduce que mediante tal acuerdo se obligue, compela o comprometa a alguna de las sociedades (concesionario o blindadora) a declinar cualquier contratación con otro concesionario o blindadora, ni se entrevé en la alianza alguna cláusula que impida a O'Gara-Hess establecer vínculos comerciales con competidores de Crump America ni a O'Gara-Hess blindar vehículos de otras comercializadoras de vehículos. Por lo tanto, es inaceptable la tesis del apoderado de la parte denunciante.

5. LAS CONTRADICCIONES DEL INFORME MOTIVADO SE TRASLADAN A LA RESOLUCIÓN 14158 DEL 9 DE MAYO DE 2002.

Según la opinión del doctor Guijó Santamaría, las siguientes afirmaciones del Despacho son contradictorias: a) *"existe entre las sociedades Crump America S.A y O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., una 'alianza estratégica' por la cual en el momento en que la primera realiza una venta de un automotor y es el deseo de su cliente blindarlo, esta le hace la sugerencia de que contrate para tal efecto con O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A, con la cual los vehículos conservan la garantía";* b) *"lo que aparece demostrado es que sí existe una alianza entre Crump America S.A. y O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. para agilizar la determinación de responsabilidades en caso de presentarse fallas en el vehículo comercializado por la primera y blindado por la segunda, cuando de hacer efectivas las garantías se trata".*

Una lectura desprevenida puede mostrar que no se trata de dos proposiciones contradictorias sino complementarias. La alianza estratégica entre Crump America y O'Gara-Hess agiliza la determinación de responsabilidades en caso de presentarse una reclamación de garantías por la fabricación del vehículo o por el blindaje del mismo, en desarrollo de la cual, al momento en que la primera realiza una venta de un automotor y es el deseo de su cliente blindarlo, ésta le hace la sugerencia de que contrate para tal efecto con O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A. Así, no hay contradicción en el dicho del Despacho.

En segundo lugar, le parece al recurrente contradictorio que el Despacho considere como una sugerencia la manifestación que hace Crump America a sus clientes que desean blindar el vehículo adquirido, acerca de que si no lo blindan en O'Gara-Hess se pierde la garantía. Pero el recurrente no señala cuál es el argumento contradictorio de la Superintendencia en torno al tema. Lo que se observa es la inconformidad del alegante en cuanto a la calificación que se hace como sugerencia, a la advertencia de Crump America al atender a un cliente que quiere blindar su vehículo.

Al respecto, este Despacho considera que la constricción en la que podría verse el cliente al ser advertido de esta forma por Crump America debe ser estudiada por la Delegatura para la Protección del

le dije a ella que si me lo podía decir por escrito, para mostrárselo al cliente y me lo dijo por escrito. También me sucedió que al cotizar la Toyota Prado en Yokomotor, carrera 24 con 72, el asesor de ventas me dijo que si no blindaba con O'Gara, el carro perdía la garantía. Yo le comenté que si me lo podía dar por escrito y él me dijo que no podía dármele por escrito.- El apoderado de Proteseg S.A. desea que se deje constancia de que el documento al cual se refiere el testigo reposa en el expediente 01023364 a folios 32 y 33.

- **Pregunta 8:** Tiene usted conocimiento de que, efectivamente, sobre un vehículo blindado no se haya otorgado la garantía en razón a haberse realizado el proceso de blindaje por una empresa determinada?

Respuesta: No tengo conocimiento porque únicamente cotizo y entrego las cotizaciones a mis clientes, pero sí han dejado de blindar por miedo a perder la garantía del vehículo.

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

Consumidor, razón por la cual se confirma el envío de la actuación hacia esa dependencia para que investigue.

6. HECHOS COMPROBADOS

La argumentación que nutre este punto, en cuanto al término "sugerencia" empleado por este Despacho para denominar la manifestación de Crump America S.A. al dirigirse a sus clientes interesados en blindar su vehículo, y en lo referente al objeto de la alianza estratégica, ya fue ampliamente debatida al abordar los puntos 1, 3 y 5 de esta resolución.

En mérito de lo expuesto esta Superintendencia,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 14158 del 9 de mayo de 2002.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Luis Santiago Guijó Santamaría, apoderado de la sociedad Proteseg Ltda., entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma no procede ningún recurso, quedando agotada la vía gubernativa.

ARTÍCULO TERCERO: Comunicar el contenido de la presente resolución a los doctores Eduardo Cohen Vargas, apoderado de la sociedad Crump America S.A., y Hernán Guillermo Niño Orozco, apoderado de la sociedad O'Gara-Hess & Eisenhardt de Colombia S.A., entregándoles copia de la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a **23 JUL. 2002**

La Superintendente de Industria y Comercio,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Notificación:

Doctor
LUIS SANTIAGO GUIJÓ SANTAMARÍA
C.C. No. 80.497.491 de Chía
Apoderado
PROTESEG LTDA.
Calle 74 No. 15-80 oficina 416, interior 6
Ciudad.

"Por medio de la cual se resuelve un recurso"

Comunicaciones:

Doctor

EDUARDO COHEN VARGAS

C.C. No. 7.431.710 de Barranquilla

Apoderado

CRUMP AMERICA S.A.

Carrera 7 No. 16-56

Ciudad.

Doctor

HERNÁN GUILLERMO NIÑO OROZCO

C.C. No. 17.164.941 de Bogotá

Apoderado

O'GARA-HESS & EISENHARDT DE COLOMBIA

Calle 12 No. 7-32 Oficina 502

Ciudad.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL

Certifica que la resolución 22712 de fecha 23/07/2002
fue notificada mediante edicto número 16739
fijado el 14/08/2002 y desfijado el 28/08/2002

14 AGO 2002

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a

14 AGO 2002

14 AGO 2002

Notifiqué personalmente al Dr. WILSON MARTINEZ FERRAZ
El contenido de la anterior providencia queda
impuesto firma

CC-50497491 TP.F. 103.104.

Handwritten signature