

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

La Sala concluye entonces que las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento hacen parte de la obligación garantizada por la póliza expedida por Seguros Bolívar, y, por lo tanto, la parte demandada podía hacer efectiva la póliza por el incumplimiento de la obligación de Holcim de informar por escrito los criterios para determinar el aumento o disminución de precios de sus productos. Sobre el particular, esta Sección de la Corporación en una decisión con los mismos presupuestos fácticos dispuso que no existe independencia entre los compromisos ofrecidos por la empresa y el esquema de seguimiento implantado por la entidad demandada, por cuanto constituyen un solo cuerpo, en la medida en que ambos asuntos se encuentran entrelazados por el factor cumplimiento [...] Esta Sección de la Corporación ha señalado en casos con presupuestos fácticos similares que las garantías se componen tanto de compromisos como del esquema de seguimiento que constituyen una integralidad, de modo que el incumplimiento de dicho esquema puede dar lugar a que la parte demandada declare el incumplimiento [...] En el caso concreto, y como elemento demostrativo del incumplimiento del esquema de seguimiento al que alude la Resolución núm. 34805 de 2005, resulta claro que el 24 de mayo de 2006, fecha en que la SIC realizó la visita administrativa, la parte demandante, no había dejado constancia escrita de los criterios para la modificación de los precios para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 15 de mayo de 2006. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, con la inobservancia del esquema de seguimiento es suficiente para declarar el incumplimiento de las garantías, razón por la cual el informe de auditoría externa realizada por la empresa Ernest & Young, no resulta una prueba relevante, por cuanto el mismo solo denota que no se incurrió en prácticas restrictivas, sin analizar el cumplimiento del esquema de seguimiento. De otro lado, la Superintendencia en la Resolución núm. 26362 del 11 de octubre de 2006 calificó los argumentos contenidos en las explicaciones entregadas por la parte demandante y valoró las pruebas y establece las causas por las cuales se consideran insatisfactorias, entre otras, carecer de firma, ser elaborados con fecha posterior a la visita, traer criterios contradictorios, no relacionar la manera como las pruebas influyeron en la variación de precios, pruebas que demuestran las instrucciones dadas respecto a la variación más no los criterios tenidos en cuenta o la situación de hecho en que se basó Holcim para la variación del precio, justificación a través del documento denominado sondeo de precios que si bien prueba que los sondeos se hicieron no clarifican los criterios para la variación de precios. Las anteriores razones le dan sustento al acto acusado y demuestra que tiene una clara motivación.

FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO – Para investigar infracciones a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO- Terminación de investigación por suficiencia de los compromisos y otorgamiento de garantía / PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA - Póliza de cumplimiento de compromisos y esquema de seguimiento / ESQUEMA DE SEGUIMIENTO - Incumplimiento de compromisos / PÓLIZA DE SEGUROS – Coberturas / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[L]a Sala observa que la póliza incluyó como exclusiones únicamente el incumplimiento proveniente de fuerza mayor, caso fortuito o cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad, sin que excluyera alguna de las obligaciones adquiridas por la parte demandante, lo que lleva a concluir que la cobertura incluía el cumplimiento del esquema de seguimiento. La Sala resalta que esta Sección previamente se ha pronunciado sobre la cobertura de la póliza de seguros expedida para el cumplimiento de las garantías otorgadas para la terminación de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, determinando que el esquema de seguimiento es parte integral de las mismas y, por tanto, está incluido dentro de la cobertura de la misma. Sumado a lo anterior, es claro para la Sala que el incumplimiento de cualquiera de los compromisos adquiridos en virtud de la aceptación de garantías para el cierre de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, es suficiente para hacer efectiva la póliza que respalda los mismos, razón por la cual la parte demandada ante la comprobación del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento, se encontraba habilitada para declarar como acaecido el riesgo amparado y hacer efectiva la póliza de cumplimiento. [...]

FUENTE FORMAL: DECRETO 2153 DE 1992 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 2153 DE 1992 – ARTÍCULO 52 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1088 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 1089

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-24-000-2007-00153-02

Actor: HOLCIM COLOMBIA S.A

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - SIC

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: Incumplimiento de compromisos pactados con la Superintendencia de Industria y Comercio

SENTENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y Seguros Comerciales Bolívar S.A. contra la sentencia proferida, en primera instancia, el 1.º de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión.

La presente providencia tiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala; y iii) Resuelve; las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La demanda

1. HOLCIM COLOMBIA S.A., en adelante la parte demandante¹, presentó demanda² contra la Superintendencia de Industria y Comercio, en adelante la parte demandada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Decreto 01 de 2 de enero de 1984³, en adelante, Código Contencioso Administrativo, para que se declare la nulidad de las Resoluciones núm. 26362 de 11 de octubre de 2006⁴, 7591 de 20 de marzo de 2007⁵ y 9176 de 29 de marzo de 2007⁶, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

La pretensión

2. La parte demandante formuló la siguiente pretensión⁷:

*“[...] Primera: Que se declare la **NULIDAD** de la Resolución 26362 de 11 de octubre de 2006 expedida por al Superintendente de Industria y Comercio.*

***Segunda:** Que se declare la nulidad de la Resolución 7591 del 20 de marzo de 2007, también expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, en cuanto por ella se confirmaron las decisiones contenidas en la Resolución 26362 del 11 de octubre de 2006, al resolver el recurso de reposición que contra esta interpuso Holcim (Colombia) S.A.*

***Tercera:** Que se declare la nulidad de la Resolución 9176 del 29 de marzo de 2007, también expedida por el Superintendente de Industria y Comercio,*

¹ Por intermedio de apoderado judicial.

² Folios 15 a 81 del cuaderno principal.

³ “[...] Por el cual se Reforma el Código Contencioso Administrativo [...]”.

⁴ “[...] Por la cual se declara el incumplimiento de unas garantías [...]”.

⁵ “[...] Por la cual se resuelve un recurso [...]”.

⁶ “[...] Por la cual se resuelve un recurso [...]”.

⁷ Folio 4 del cuaderno principal.

en cuanto por ella se confirmaron una vez más las decisiones contenidas en la Resolución 26362 del 11 de octubre de 2006, al resolver el recurso de reposición que contra esta interpuso Seguros Comerciales Bolívar S.A.

Cuarta: Que en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio de declarar “el incumplimiento de los compromisos adquiridos por HOLCIM según resolución 34805 del 23 de diciembre de 2005” fue contraria a derecho.

Quinta: Que, igualmente a título de restablecimiento del derecho, se diga que la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio, de declarar, como consecuencia de dicho pretendido incumplimiento “la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000 -286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar... por el valor asegurado de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000) m/cte”, y de hacer efectiva dicha póliza por el total el valor asegurado de “setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000) m/cte”, fue contraria a derecho.

Sexta: Que, también a modo de restablecimiento del derecho, se le ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio publicar el contenido de la parte resolutive de la sentencia que decida favorablemente las pretensiones de esta demanda, a través de los mismos medios de comunicación que aquella utilizó para publicitar los actos demandados.

Séptima: Que también en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación -Superintendencia de Industria y Comercio al pago de todos los perjuicios que Holcim (Colombia) S.A. haya sufrido o llegare a sufrir por causa o con ocasión de la expedición o de la ejecución de los actos acusados. En especial, que como consecuencia de haberse hecho efectiva, como lo pretende la Superintendencia de Industria y Comercio la mencionada póliza, -debidamente actualizadas y con intereses liquidados a la tasa máxima permitida desde la fecha en que Holcim haya cancelado dichas sumas y la fecha en que efectivamente le sean restituidas-.

Octava: *Que se condene a la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar las costas de este proceso.*

Novena: *Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo [...]”.*

Presupuestos fácticos

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar sus pretensiones:

4. Mediante Resolución núm. 15460 de 30 de junio de 2004, la parte demandada abrió una investigación contra la parte demandante y la empresa Cementos Paz del Río S.A. y sus representantes legales por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia por haber disminuido los precios de sus productos correspondientes a las marcas Gancem y Hércules en un 30%, en los Departamentos de Boyacá y Casanare en el período comprendido entre noviembre y diciembre de 2003.

5. El 10 de noviembre de 2005, la parte demandada solicitó la clausura definitiva de la investigación para lo cual formuló un ofrecimiento de garantías y abstenerse de hacer acuerdos para para la fijación de precios del cemento, la repartición de mercados y de realizar conductas con la intención de impedir el acceso de competidores al mercado.

6. Mediante la Resolución núm. 34805⁸ de 23 de diciembre de 2005, el Superintendente de Industria y Comercio aceptó los compromisos anunciados por la parte demandante, el esquema de seguimiento, las pólizas de cumplimiento y ordenó la clausura de la investigación.

7. El 24 de mayo de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio practicó visita de inspección a las instalaciones de la parte demandante en la cual solicitó diversas informaciones y documentos relacionado con el cumplimiento de las garantías.

⁸ “[...] Por la cual se impone una sanción por operación de contrabando [...]”

8. El 6 de julio de 2006, el Superintendente de Industria y Comercio requirió a la parte demandante para que explicara y aportara las pruebas necesarias que permitieran evaluar el cumplimiento del numeral 3.4.1. de la resolución de aceptación de garantías.

9. El 25 de julio de 2006, la parte demandante presentó explicaciones, aportó y solicitó las pruebas correspondientes.

10. Mediante Resolución núm. 26362 de 11 de octubre de 2006, la Superintendencia de Industria y Comercio declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim, la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza y ordenó hacer efectiva la póliza por la totalidad del valor asegurado.

11. El Jefe de la División Jurídica Aduanera de la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de la Resolución núm. 7591 de 20 de marzo de 2007⁹, resolvió el recurso de reposición, en el sentido de confirmar lo resuelto en la Resolución núm. 26362 de 11 de octubre de 2006¹⁰.

Normas violadas

12. La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes normas:

- Artículo 30, 34, 35, 36, 52, 59 y 65 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículos 13, 29, 228 y 209 de la Constitución Política de Colombia.
- Artículos 4, 21 y 52 del Decreto 2153 de 30 de diciembre 1992¹¹.
- Artículo 3 de la Ley 489 de 29 de diciembre 1998¹².
- Artículo 1596 del Código Civil.
- Artículo 188 del Código de Procedimiento Civil.
- Artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio.

Concepto de Violación

⁹ “[...] Por la cual se resuelven dos recursos de reconsideración [...]”

¹⁰ “[...] Por la cual se impone una sanción por operación de contrabando [...]”

¹¹ “[...] Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones [...]”.

¹² “[...] Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones [...]”.

13. La parte demandante formuló los siguientes cargos y explicó su concepto de la violación, así:

Primer cargo: Violación de los artículos 35 y 59 del C.C.A.

14. Este motivo de censura lo fundamentó en los siguientes términos:

“[...] los actos administrativos son ilegales toda vez que los motivos en que se fundamentan no son ciertos [...] (i) Holcim no incumplió los compromisos que adquirió en virtud de la Resolución 34805 de 2005, y; (ii) en todo caso, los compromisos que la Superintendencia considera que Holcim incumplió, no se encontraban amparados por la póliza No. 1000-286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar [...] En parte alguna de dichos compromisos aparece que Holcim se hubiera comprometido a que la presidencia o el órgano competente para fijar precios en Holcim dejara por escrito, en el momento de realizar cada modificación de precios, los criterios tenidos en cuenta para tales variaciones, que es la razón por la cual la Superintendencia consideró que dicha empresa incumplió los compromisos adquiridos en la Resolución 34805 de 2005 [...]”.

15. Manifestó que: *“[...] Aún bajo la teoría de la Superintendencia, según la cual la garantía que Holcim ofreció no se encuentra solamente en el capítulo de “Compromisos” y en el capítulo de “Garantía” de la Resolución 34805 de 2005, sino también en el capítulo denominado “Esquema de seguimiento” de dicha Resolución, lo cierto es que en ese capítulo Holcim tampoco se comprometió a que la presidencia o el órgano competente para fijar precios en Holcim dejaría por escrito, en el momento de realizar cada modificación de precios, los criterios tenidos en cuenta para variar dichos precios [...]”.*

16. Adujo que: *“[...] Holcim no solo ha venido cumpliendo a cabalidad todos y cada uno de los compromisos que asumió ante la SIC, sino que ha tenido a disposición de dicha entidad toda la información a que se refiere el mecanismo de seguimiento que ella unilateralmente decidió establecer. [...] En efecto, durante la visita realizada el 24 de mayo de 2006 a las instalaciones de Holcim, la SIC recibió los estudios y cifras en los cuales se basaron las decisiones de cambio de precio [...] durante la diligencia los funcionarios de la SIC recibieron un documento titulado “Criterios utilizados para la determinación del precio”, el cual*

fue elaborado por el Director Comercial de Holcim, y en el cual constan por escrito los criterios que Holcim utilizó para modificar los precios [...]”.

17. Señaló que: *“[...] la pretendida incongruencia entre los criterios de modificación de precios y los soportes entregados, no fue un punto sobre el cual la Superintendencia hubiera solicitado explicaciones a Holcim, razón por la cual mi representada no tuvo la oportunidad de defenderse de tal imputación que solamente hasta ahora se conoce. Esta sola circunstancia constituye motivo suficiente para anular los actos demandados, como se explica en el numeral 5.4 de esta demanda [...]”.*

18. Sostuvo que: *“[...] existe una equivocada apreciación por parte de la Superintendencia en cuanto a los documentos aportados. En el documento denominado “Criterios utilizados para la determinación del precio” se declaró que la razón BÁSICA para la variación del precio hacia la baja fue la confusión generada por las declaraciones dadas por funcionarios del alto gobierno en diferentes medios de comunicación, lo cual es compatible con el formato denominado “Aplicación Criterios utilizados para la determinación o modificación del precio base del cemento Portland gris tipo I” en el que se indica que los criterios fueron señales y expectativas del mercado. Adicionalmente se menciona en el mismo documento, como criterio para la modificación del precio, los márgenes de rentabilidad presupuestados. Debe tenerse en cuenta que las Garantías en parte alguna señalan que no se pueden tener varios criterios para la modificación del precio; o un criterio básico y otros criterios secundarios. La SIC tampoco le dio a mi representada ninguna instrucción sobre la forma de documentar los precios [...]”.*

19. Indicó que para la variación del precio de enero 17 de 2006: *“[...] el criterio básico [...] fue la confusión generada en el mercado por declaraciones de los funcionarios del alto gobierno [...] y debido a que la base de precios que tenía Holcim en ese momento era mucho más alta que la que debía ser compatible con las declaraciones de los funcionarios y que además estas declaraciones tuvieron repercusiones a nivel nacional, se tomó la decisión de forma unilateral por parte de Holcim de bajar en \$30.000 por tonelada, las bases de cálculo de precios del cementos en todas las zonas. El criterio secundario que se tomó en consideración fue el de los márgenes presupuestados, ya que como se puede apreciar en los registros de Holcim durante la primera quincena de enero del año 2006, los*

resultados económicos de la empresa estuvieron muy por debajo de lo esperado en el presupuesto, lo cual impulsó la variación [...]”.

20. Alegó que para la variación del 23 de marzo de 2006 contrario a lo señalado por la parte demandada: *“[...] los actos administrativos del Consejo Nacional de Estupefacientes números 017 y 018 de 2003 y 004 de 2004, no son normas de orden departamental ni municipal, razón por la cual no se le aplica la formalidad prevista en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil [...]. La SIC desconoce que el trámite que venía adelantando es un proceso administrativo que por disposición del artículo 34 del C.C.A., se pueden allegar pruebas sin requisitos ni términos especiales [...]”.*

21. Expuso que para los incrementos del 12 de mayo de 2006 se hizo uso de: *“[...] el tracking de precios como elementos de soporte para la toma de decisiones en materia de previos de los bienes producidos y comercializados por Holcim [...] que tienen un margen de error mínimo [...] es universalmente aceptada, y en algunos casos, se constituye en la única herramienta para la toma de decisiones [...]”.*

22. Precisó que: *“[...] como dentro de las obligaciones que garantizaba la póliza sólo se encontraban las indicadas en el capítulo de compromisos, y no las del capítulo correspondiente al esquema de seguimiento, es claro que, al hacer efectiva la póliza por el supuesto incumplimiento de las cargas previstas en un capítulo distinto al amparado, debe concluirse que los actos demandados se encuentran falsamente motivados [...]”.*

Segundo cargo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el numeral 12 del artículo 4 y el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹³

23. Adujo que: *“[...] la póliza garantiza el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado en virtud del ofrecimiento y aceptación de las garantías. Por lo tanto en el evento que la Superintendencia de Industria y Comercio, después de adelantar un procedimiento con respeto por el debido proceso y el derecho de defensa llegara a la conclusión que se han incumplido las garantías, podría imponer las sanciones correspondientes a esa infracción y*

¹³ Se transcribe como fue planteado en la demanda.

asegurar el pago de esas multas con las pólizas otorgadas [...]. Pues bien, en este caso, la SIC jamás ha demostrado que Holcim incumplió el compromiso que ofreció y que le aceptó la SIC [...].”

24. Manifestó que: “[...] La SIC no declaró que Holcim hubiera incumplido alguno de los compromisos principales, esto es, abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros [...] En efecto [...] la Resolución 26362 de 2006 [...] señala que lo que Holcim habría incumplido era lo previsto en el numeral 3.4.1. de la Resolución 34805 de 2005, que nada tiene que ver con los compromisos principales asumidos [...] sino con el esquema de seguimiento o verificación del cumplimiento de los compromisos [...]. Así las cosas, es evidente que las resoluciones demandadas no aplicaron el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el inciso cuarto del artículo 52 del mismo Decreto, o bien, que lo aplicaron en forma incorrecta [...]”.

Tercer cargo: violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 y 31 artículo 65 del C.C.A.

25. Adujo que: “[...] Fue la Superintendencia la que desarrolló un esquema de seguimiento para verificar el cumplimiento de los compromisos principales [...] en efecto si el esquema no fue ofrecido, obviamente no pudo ser aceptado y en consecuencia, no puede ser la aplicación del numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 sino del numeral 21 del artículo 2 de dicho Decreto [...]”.

26. Manifestó que: “[...] la posibilidad de sancionar el incumplimiento por inobservancia de las instrucciones impartidas por la SIC se encuentra prevista en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, el mencionado Decreto no establece la cuantía de las sanciones [...] Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la SIC ha debido acudir al C.C.A en lo no previsto y, en caso de incumplimiento o desobediencia, ha debido aplicar el artículo 65 de dicho Código [...] la SIC resolvió aplicar el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993 [...] La aplicación de sanciones distintas a las previstas para la infracción cometida es claramente una violación del artículo 29 de la Constitución Política [...]”.

Cuarto cargo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

27. Manifestó que “[...] la posibilidad de solicitar y aportar pruebas solamente se concreta en la medida en que el investigado tenga conocimiento y claridad respecto de los hechos por los cuales se le investiga [...] la SIC solicita a Holcim que explicaciones y pruebas para evaluar el posible incumplimiento del numeral 3.4.1 de la Resolución 34805 de 2005. Posteriormente en la Resolución 26362 de 2006, la SIC sanciona a Holcim por el supuesto incumplimiento del literal b del numeral 2 de la Resolución 34805 de 2005, y adicionalmente, hace una serie de consideraciones sobre la idoneidad y validez de los criterios utilizados por Holcim para modificar los precios, cuestiones sobre las cuales no se había solicitado explicación alguna. Lo anterior muestra claramente la falta de congruencia entre los investigado y lo sancionado y con ello, la evidente violación del artículo 29 de la Constitución Política, puesto que dentro de los derechos involucrados en el debido proceso se encuentra el derecho de defensa y es obvio que es imposible para una persona defenderse, de algo que ni siquiera se le acusa [...]”.

Quinto cargo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992

28. Adujo que: “[...] al momento de resolver el recurso de reposición la SIC sostuvo que la cuantía de la póliza nada tenía que ver con la sanción que podía imponer. Con semejante interpretación, la SIC está agravando, mediante actos administrativos, la cuantía de las sanciones que puede imponer a los particulares por la infracción de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas. En efecto vía acto administrativo, Holcim, [...] podrá ser sancionada ya no hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales como prevé el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1991, sino hasta el monto de hasta 2.190.000 salarios mínimos legales mensuales [...]”.

Sexto cargo: Violación del artículo 209 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 30 del C.C.A. y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998

29. Adujo que: “[...] como se puede apreciar de una simple comparación del texto de la Resolución 26362 de 2006, con el que apareció en la nota que se

publicó en la página Web de la SIC, el Superintendente ya había emitido un concepto sobre el asunto. Es más, ya había decidido sancionar a Holcim [...]”.

30. *Manifestó que: “[...] como si lo anterior fuera poco, el Congreso de la República ha citado a diferentes debates al Ministro y al Superintendente de Industria y Comercio, en los que ha solicitado de manera permanente que sancione a las empresas cementeras [...] Es claro que es un proceso rodeado de semejantes intervenciones y opiniones no se dio cumplimiento a la garantía de imparcialidad que exigen los artículos 209 de la Constitución Política 30 del C.C.A. y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 [...]”.*

Séptimo cargo: Violación del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 1596 del Código Civil y 1088 y 1089 del Código de Comercio y 13 de la Constitución Política

31. *Adujo que la parte demandada: “[...] pasó por alto tomar, sin embargo, tomar en consideración los hechos del caso a efectos de observar a cabalidad el principio de proporcionalidad como la ley se lo exige. [...] si bien la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1993 no señalan criterios específicos que deba tener en cuenta el Superintendente para determinar las cuantías de las multas ni mucho menos para determinar si la póliza que garantiza el cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de la Resolución que acepta un ofrecimiento de garantías debe ser exigida en su totalidad o en parte de ella, la Superintendencia de Industria y Comercio, dando aplicación al principio de proporcionalidad ha rebajado la cuantía de las multas que ha impuesto [...] La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y dosimetría de las sanciones por cuanto (i) el incumplimiento endilgado no es de una obligación principal sino de una carga accesoria; (ii) el incumplimiento imputado no corresponde a la totalidad de los compromisos ni de él puede válidamente deducirse la efectiva realización de prácticas restrictivas de la competencia; (iii) la entidad no tuvo en cuenta el periodo de tiempo durante el cual se habría incurrido en el supuesto incumplimiento con relación al tiempo en que se comprometió a mantener el esquema de seguimiento (iv) la entidad no consideró que las variaciones de precios se produjeron solamente en algunos departamentos, cuando la investigación que se terminó con la Resolución 34805 de 2005 se refería a la totalidad del país, y (v) la entidad no tuvo en cuenta que la empresa ha adoptado un formato que le permite dejar por escrito de forma aún*

más clara y oportuna los criterios que se utilizan para modificar los precios de sus productos [...]” .

Contestación de la demanda

32. La Superintendencia de Industria y Comercio¹⁴, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de formuladas, así:

33. Adujo que: “[...] *de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en el curso de la investigación “el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se investiga [...] Para que la Superintendencia tenga certeza de que los investigados suspenderán las conductas objeto de investigación, éstos se comprometen a cumplir diferentes obligaciones, es decir, estas obligaciones constituyen las garantía. En este orden, la garantía no solo la conforman los compromisos, incluida la obligación de constituir una póliza de seguro, sino que, además, cualquier compromiso que adquieran los investigados en la resolución de aceptación de garantías, como pueden ser los compromisos que conforman el esquema de seguimiento [...] este se encuentra conformado por las obligaciones que adquieren los investigados, con el fin de que la Superintendencia pueda establecer si se están cumpliendo las demás obligaciones [...]”.*

34. Manifestó que: “[...] *Para la Superintendencia es claro que la obligación de Holcim de dejar [...] por escrito, en el momento de realizar cada modificación de precios, los criterios tenidos en cuenta en cada variación de precios, no hace parte de los compromisos ofrecidos por Holcim. Esta obligación que hace parte de las garantías, está contenida en el esquema de seguimiento. Como lo acepta y reconoce y acepta Holcim, la Superintendencia en la resolución de aceptación de garantías fue muy clara en señalar que el esquema de seguimiento hace parte de las garantías que encontró esta autoridad de competencia para terminar la investigación que se seguía en contra de la demandante y otros [...] En efecto, en la resolución de aceptación de garantías número 34805 de 2005 en el artículo 1 [...] Lo anterior, es evidente si se tiene en cuenta con Holcim no recurrió la resolución No. 34805 de 2005, con el objeto de que la Superintendencia revocara*

¹⁴ Por intermedio de apoderado. Cfr. Folio 101 del cuaderno principal.

y en su lugar estableciera que la garantía únicamente la constituyen los compromisos ofrecidos por la demandante [...]”.

35. Preciso que: “[...] la información relativa a la variación de precios debe estar a disposición de la Superintendencia, la constancia de que trata el numeral 3 **debe elaborarse antes o en el momento de efectuarse dicha variación.** Lo anterior, por cuanto la Superintendencia en ejercicio de sus facultades en cualquier momento puede visitar a los obligados en la resolución de aceptación de garantías para establecer el cumplimiento de los compromisos contenidos en el numeral 3.4.1. de la resolución en mención, lo que implica que si variaron los precios la información relacionada con los mismos -criterios-soportes documentales de los criterios – constancias por escrito – deben estar a disposición de la Superintendencia una vez en el mercado entre a regir el cambio de precio, para efectos de que la Superintendencia de manera de rápida y con eficiencia determine si los precios se modificaron de acuerdo con las reglas del mercado y la libre competencia [...]”.

36. Señaló que: “[...] interpretar el numeral 3.4.1. de la Resolución 34805 de 2005 como lo hace la demandante, es desconocer la esencia de las obligaciones y las facultades de la Superintendencia. Una lectura objetiva de dicho numeral, necesariamente lleva a concluir que la constancia debe dejarse antes o al momento de que la empresa realiza la modificación de precios. Entender que la constancia se puede hacer en cualquier momento, como lo hace la actora, tácitamente está eliminando la obligación de mantener a disposición de la Superintendencia la información relativa a la variación de precios [...] cuando en la Resolución 34805, numeral 3.4.1., se dispone mantener a disposición de la SIC, obviamente está haciendo relación **a un hecho que ya ocurrió** y que la autoridad de competencia en cualquier momento lo puede verificar siguiendo el trámite previsto para tal fin [...]”.

37. Indicó que: “[...] c. Holcim no cumplió dentro del proceso con las garantías ofrecidas, pues está probado dentro del proceso lo siguiente: (i) Holcim no dejó por escrito las constancias de las variaciones de precios antes o en el momento en que se presentaron. (ii) Si bien Holcim señala unos criterios, no probó los hechos que sirvieron de base de los mismos, es decir, Holcim no probó sus afirmaciones [...]”

38. Sostuvo que: “[...] d. [...] en la solicitud de explicaciones a Holcim si se le pidió que acreditara el cumplimiento del numeral 3.4.1. de la Resolución 34805 de 2005, para lo cual podía aportar o solicitar pruebas y en dicho numeral se establece que los criterios tenidos en cuenta en cada variación de precios deberán soportarse con los documentos respectivos. En este sentido a Holcim le correspondía probar la existencia de los hechos del criterio que tuvo en cuenta para variar el precio [...]”.

39. Expuso respecto a la variación del precio de enero 17 de 2006, lo siguiente: “[...] Holcim incurre en contradicción respecto del criterio que tuvo en cuenta para la modificación de precio del 17 de enero de 2006. En la constancia que entregó el día de la visita sostiene que el criterio que tuvo en cuenta para tal variación fue “la confusión generada en el mercado a raíz de las declaraciones de funcionarios de alto gobierno, con respecto a cuál debería ser el precio de venta del cemento”. Y en el documento que presentó con las explicaciones “los márgenes de rentabilidad: Presupuesto 2006” [...] Holcim en [...] ningún momento señaló que los dos criterios los tuvo en cuenta o que uno era básico y el otro secundario, como ahora lo hace en su demanda. Al existir la confusión en mención, implica para la Superintendencia que no tenga certeza de cuál fue el criterio que tuvo en cuenta Holcim para la variación de precio y, por tal razón, se encuentre en imposibilidad de analizar si la modificación de precio se adoptó unilateralmente [...]”.

40. Argumentó que Holcim: “[...] no prueba como las declaraciones de los altos funcionarios del gobierno influyeron en la variación del precio, sólo se limita a hacer una afirmación y que la Superintendencia interprete y deduzca como se dio la influencia. Igualmente, se predica del otro criterio, esto es, “Los márgenes de rentabilidad: Presupuesto 2006”, Holcim hace la afirmación que utilizó este criterio pero no explica como incidió este hecho en la variación del precio [...]”.

41. Reiteró respecto a la variación del 23 de marzo de 2006, que: “[...] Holcim incurre en un error al considerar que las resoluciones del Consejo Nacional de Estupefacientes números 017 y 018 de 2003, con las que pretende probar el criterio que según esta sociedad tuvo en cuenta para la variación del precio del 23 de marzo de 2005, se podían aportar en fotocopia simple. Lo anterior, puesto que las resoluciones en mención tienen efectos únicamente en los departamentos del Huila, Casanare y Meta, por lo tanto, de conformidad con los artículos 3, inciso 2,

del código contencioso administrativo, y 188 del Código de Procedimiento Civil, por tratarse de normas jurídicas que no tienen alcance nacional se debieron aportar al proceso en copias autenticadas [...].

42. Alegó sobre la variación del 12 de mayo de 2006, que: “[...] Si bien en la actuación obra el sondeo de precios realizado por Holcim en diferentes ciudades del país, del mismo modo no se puede establecer como influyó para que la recurrente modificara el precio en esta fecha [...]”.

43. Replicó que: “[...] de ninguna manera esta Superintendencia pueda aceptar que la póliza de seguro solo amparaba los compromisos que ofrece la investigada para terminar la investigación. La póliza de seguros ampara todas las obligaciones que adquiere el investigado en la resolución de aceptación de garantías [...]. En efecto, la Superintendencia en el artículo 1 de la Resolución 34805 de 2005, fue muy clara en señalar que la garantía la constituían los compromisos ofrecidos por Holcim, el esquema de seguimiento y la póliza de seguro [...]”.

44. Resaltó que: “[...] resulta equivocada la afirmación según la cual el esquema de seguimiento es una instrucción. En efecto, mientras las instrucciones a 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 restrictivas, las obligaciones que, como en este caso, se encuentran reseñadas bajo el acápite “esquema de seguimiento”, son conductas de acción o de omisión que permiten- durante el tiempo de su exigibilidad -verificar la efectiva eliminación de las presuntas conductas anticompetitivas por las cuales se inició la investigación [...]”.

45. Puntualizó que: “[...] incurre en un error la demandante al sostener que la Superintendencia debió aplicar el artículo 65 del C.C.A. para efectos de sancionar a Holcim. Lo anterior, por cuanto la Superintendencia no impuso sanción alguna a Holcim, la autoridad de competencia lo que hizo fue declarar el incumplimiento de unas obligaciones – garantías – y cuyo cumplimiento estaba amparado por una póliza de seguro ordenó su efectividad. En este sentido, no había lugar para imponer las multas sucesivas de que trata el artículo 65 del C.C.A. [...]”.

46. Aclaró que: “[...] en relación con la falta de imparcialidad por parte del Superintendente de Industria y Comercio en el transcurso de la investigación, Holcim recusó al Superintendente y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo consideró que no había impedimento alguno para que la Superintendencia siguiera conociendo el asunto [...]”.

47. Concluyó que: “[...] no desconoce esta entidad que el seguro de cumplimiento es uno de aquellos 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 cancelar el monto de los perjuicios causados, en tanto el valor de la suma a pagar por el acaecimiento del riesgo asegurado, ha sido definido previamente. 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 [...]”.

48. Propuso la excepción de: “[...] falta de legitimidad por parte de Holcim para demandar la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar. Lo anterior, por cuanto Holcim carece de interés para demandar dicha resolución [...]”.

Intervención del tercero con interés en las resultas del proceso

49. Seguros Comerciales Bolívar S.A.¹⁵, contestó la demanda y coadyuvó las pretensiones de formuladas por la parte demandante, así:

50. Adujo que: “[...] B. Holcim constituyó póliza de cumplimiento No. 1000-286351901 expedida por la compañía Seguros Comerciales Bolívar S.A., por valor asegurado de \$763.000.000, a través del cual ampara el cumplimiento por parte de Holcim de las garantías aceptadas por la SIC mediante resolución 34805 de 2005, específicamente respeto del ítem de COMPROMISOS que se determina en dicha resolución, como se dispuso en el párrafo segundo del artículo primero de la parte resolutive de la misma, esto es, suspender las conductas que constituyeron en su momento el sustento de la investigación, absteniéndose de

¹⁵ Por intermedio de apoderado. Cfr. Folio 1 a 62 del cuaderno principal núm. 2

realizar los acuerdos y conductas que se relacionan en el punto 1 del presente literal [...].

51. Manifestó que: *“[...] La SIC estableció [...] que existía un presunto incumplimiento de lo dispuesto en dicho numeral (ver artículo 8 resolución 26362 de 2006) por cuanto, interpretó, aunque así no se consignó literalmente en el precitado numeral 3.4.1., que “tales criterios debidamente soportados junto con la constancia de la presidencia o el órgano competente para fijar precios, deben ser preparados de manera previa a la modificación del precio...”, por lo que procedió a formular la respectiva solicitud de explicaciones en julio 6 de 2006 [...] concluyendo que “Holcim no demostró el cumplimiento de las garantías aceptadas en la resolución No. 34806 de 2005, respecto de las constancias que debió dejar [...] En ningún momento se verificó el incumplimiento por parte de Holcim de los compromisos garantizados mediante póliza de seguro y, sin embargo, en el artículo 1 de la parte resolutive del acto administrativo 26362 del 2006 se declaró “el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim [...].”*

52. Indicó que: *“[...] el pronunciamiento sobre la efectividad de la garantía [...] debe ajustarse, además de las normas propias del seguro de cumplimiento, al principio de proporcionalidad consignado en el artículo 36 del C.C.A., tomándose una decisión adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa [...].”*

53. Señaló que el esquema de seguimiento: *“[...] no forma parte de los COMPROMISOS GARANTIZADOS POR LA POLIZA sino de aquellos puntos a través de los cuales la SIC pretende verificar, sin perjuicio de limitarse a los mismos, que se suspendieron o modificaron las conductas por las cuales se investiga [...].”*

54. Expuso que: *“[...] Aspira la SIC a establecer que todo puede entenderse como compromisos y todo como obligaciones y sugerir que se está hablando de lo mismo. Sin embargo, la técnica de la resolución de aceptación de garantías es diametralmente clara en esta diferenciación, luego a ello ha debido sujetarse a esa entidad al momento de la actuación de seguimiento de garantías que aquí nos ocupa. En otras palabras, la SIC inicia actuación para verificar cumplimiento de compromisos, supone incumplimiento del numeral 3.4.1. relativo al esquema*

de seguimiento y termina concluyendo que existió incumplimiento de compromisos, sin que exista debate jurídico ni pruebas sobre este aspecto [...]”.

55. Sostuvo que: “[...] *el informe de la firma auditora externa (en cumplimiento del numeral 3.4.3 del punto del esquema de seguimiento) que concluye que Holcim no ha realizado acuerdos o conductas anticompetitivas y que los precios han sido fijados unilateralmente, lo que se traduce en un comprobado cumplimiento de los COMPROMISOS objeto de cobertura en la referida póliza [...]”.*

56. Sostuvo que: “[...] *fue solo en razón del contenido de la comunicación de citación para notificación personal que finalmente recibió en las oficinas de la ASEGURADORA hasta el 14 de noviembre de 2006, faltando solo dos días para el vencimiento del término para interponer recurso de reposición contra la Resolución 26362 de 2006, que esa ASEGURADORA contactó al afianzado (Holcim) para tratar de obtener elementos que le permitieran hacer uso de su derecho de defensa, lo cual, como ese Despacho puede identificar, resulta a todas luces lesivo de lo que un derecho real de defensa significa [...]”.*

57. Argumentó que la parte demandada vulneró el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, dado que: “[...] *tener a disposición la información sobre criterios tenidos en cuenta para la modificación de precios fue un hecho cumplido, sin que pueda la SIC argumentar incumplimiento de esta obligación por parte de HOLCIM por carecer de firma previa el documento contentivo de la misma, toda vez que el numeral 3.4.1. no lo exige literalmente [...]. Hablar además de una supuesta contradicción entre los criterios de modificación de precios y los soportes entregados en la visita de 24 de mayo de 2006, no solo corrobora el suministro de la información correspondiente por parte de Holcim a esa entidad, sino que tal hipotética circunstancia jamás daría lugar a declarar un incumplimiento del referido numeral 3.4.1., como se desprende del tenor literal del mismo [...]”.*

58. Precisó que: “[...] *Argumentamos la extralimitación de la órbita constitucional y legal aplicable para el desarrollo de las funciones de la SIC, en el hecho de la exigencia de esa entidad, para efectos del cumplimiento del esquema de seguimiento, de unas condiciones que no fueron expresamente pactadas*

(firma previa del documento de criterios), afirmando que por tanto procedía la expedición de la resolución 25362 de 2006 [...].

59. Alegó que: “[...] que a la fecha no se ha demostrado incumplimiento de COMPROMISOS por parte de HOLCIM [...] por tanto no existe hasta el momento siniestro alguno que afecte la referida póliza y, en consecuencia, no resulta ajustada a derecho la declaratoria en tal sentido ni la exigibilidad de la suma asegurada a través de la misma. Que, con base en esto último, procede la declaratoria de nulidad de las resoluciones [...] en especial los artículos 1054,1072,1056,1077,1088 y 1089 del Código de Comercio [...]”.

60. Preciso que: “[...] El valor a indemnizar, derivado de un supuesto incumplimiento de COMPROMISOS adquiridos y garantizados a través de la póliza, sería equivalente a la suma que determine y soporte como cuantía de daños ocasionados con ocasión de la transgresión legal que implicaría, situación que [...] no se demostró [...]”.

Alegatos de conclusión

61. El Despacho sustanciador¹⁶, vencido el término probatorio y mediante el auto proferido el 28 de junio de 2012¹⁷, resolvió correr traslado común a las partes por el término de diez (10) días para que alegaran de conclusión y le informó al Agente del Ministerio Público que, antes del vencimiento del término para alegar de conclusión, podía solicitar el traslado especial previsto en el mencionado artículo.

62. La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

63. La parte demandada reiteró las consideraciones expuestas en la contestación de la demanda.

64. Seguros Comerciales Bolívar S.A. reiteró los argumentos planteados en su escrito de intervención.

Concepto del Ministerio Público

¹⁶ El auto fue proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, doctor Felipe Alirio Solarte Maya.

¹⁷ Cfr. folio 377 del cuaderno principal.

65. El Procurador Delegado no emitió concepto.

Sentencia proferida, en primera instancia

66. El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, mediante sentencia proferida el 1 de octubre de 2012¹⁸, resolvió lo siguiente:

[...] FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio.

SEGUNDO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Sin lugar a condenar en costas.

CUARTO: DEVUÉLVASE a la actora el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia ARCHÍVESE el expediente, previas las constancias secretariales de rigor [...].”

Consideraciones del Tribunal

67. Manifestó que: “[...] Para la Sala la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad, por cuanto la Resolución No. 9176 de 29 de marzo de 2007 si bien resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Seguros Comerciales Bolívar S.A., lo que hizo fue confirmar en todas sus partes la Resolución No. 26362 de 2006, por la cual se declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim S.A., y así lo analizó esta Corporación al admitir la demanda en el numeral 1° del auto admisorio de la demanda, que

¹⁸ Cfr. Folios 472 a 515 del cuaderno principal.

además en su numeral cuarto le confirió la compañía aseguradora la calidad de tercero con interés en el presente proceso [...].”

68. Consideró que: “[...] una es la sancionatoria de la SIC- que en esta oportunidad suspendió para aceptar un acuerdo de terminación de las prácticas o conductas cuestionadas -y otras la facultad y actuación posterior, que no es una sanción, sino una verificación de acatamiento de los acordado en el acto administrativo que permitió la medida especial de suspensión de una investigación. [...] la investigación se llevó a cabo y los hechos objeto de ella fueron aceptados por el aquí actor, tanto que acordó y constituyó garantía para terminación de esas prácticas [...].”

69. Adujo que: “[...] tanto la póliza de garantía como el plan de seguimiento son intrínsecos a la Resolución de aceptación de ofrecimientos de garantía y debe entenderse que las mismas no pueden ser analizadas independiente ni aisladamente, por cuanto es en esas condiciones, y solo en ellas, que se acepta el acuerdo que, se insiste, pretende suspender la investigación sobre presuntas investigaciones ilícitas [...].”

70. Precisó que: “[...] los compromisos adquiridos por Holcim (Colombia) S.A. si estaban contemplados dentro de los inicialmente señalados y por ende incluidos en el amparo de la póliza No. 1000-286351901 que se constituyó en los términos de la Resolución No. 34805 de 2005 [...] en la Resolución que se aceptan las garantías se estipuló que en el futuro, tal información se mantendría **en todo momento actualizada** [...] a disposición de la SIC en cada una de las empresas investigadas [...] Y contrario a lo sostenido por la demandante debía presentarse al momento de la visita de la SIC por escrito, es decir, ya constituida en evidencia documental verificable [...].”

71. Argumentó que: “[...] Claramente se contempla entonces el tiempo establecido: esto es, inmediatamente se fije el precio, la obligación existente: debían soportarse con documento escrito; las facultades de la SIC: que la verificación podía hacerse en cualquier momento; y que en el numeral 3.4.1. hace parte de la resolución que impone las obligaciones y compromisos. Y, por encontrarse la ausencia de soporte advertida en el acta y las observaciones en ella plasmadas sobre lo encontrado, la conclusión obvia es que Holcim S.A. incumplió con su obligación. Además, que, desde el acta del 24 de mayo de 2006,

la parte actora tuvo conocimiento y oportunidad de defenderse presentando sus explicaciones [...].”

72. Expuso que: *“[...] La Superintendencia en la Resolución No. 26362 del 11 de octubre de 2006 hace referencia y califica los argumentos contenidos en las explicaciones entregadas posteriormente por Holcim S.A. y frente a cada una de ellas, dentro de su competencia, experticia y conocimiento valora las pruebas y establece las causas por las cuales se consideran insatisfactorias entre otros, consistentes en carecer de firma, en ser elaborados los documentos con fecha posterior a la visita, traer criterios contradictorios, no relacionar la manera como las pruebas influyeron en la variación de precios, pruebas que demuestran las instrucciones dadas respecto a la variación más no los criterios tenidos en cuenta o la situación de hecho en que se basó Holcim para la variación de precios, justificación a través de documento denominado “sondeo de precios” que si bien prueban que los sondeos se hicieron no clarifican criterios para variación de precios [...].”*

73. Señaló que: *“[...] la auditoría practicada por la sociedad Ernst & Young Ltda., dijo la Superintendencia que no está acompañado de los soportes necesarios que le permitan llegar a la misma conclusión que sostiene que Holcim no ha realizado conductas anticompetitivas, y que dicho informe no reemplaza las constancias que debió presentar. Idéntica inferencia hace respecto del criterio tracking de precios y otras metodologías propias de la investigación de mercados competidos, diciendo que para que puedan servir de soporte a las decisiones empresariales deben dejar ver la manera como incidieron en la variación de precios, que es lo que Holcim no logra, lo que implica que no se desconocieron, sino que no fueron suficientemente soportadas. Las anteriores razones en criterio de la Sala le dan sustento al acto acusado [...].”*

74. Precisó que: *“[...] la decisión de declarar el incumplimiento no es producto de una sanción y en consecuencia no se trata de la aplicación de una pena como lo trata la actora. [...]. Respecto a la cuantía fue explícita y precisa la Resolución No. 34805 en el numeral 3.3. cuando estableció el compromiso de constituir una póliza de seguros por un valor igual al 100% del valor que regía en el momento de su expedición para la sanción máxima que esta autoridad podía imponer por la ocurrencia de las conductas. En esos términos fue constituida y aceptada. Y en*

esos términos se debe cuantificar el siniestro al incurrir en el incumplimiento protegido [...]”.

75. Indicó que: “[...] El acta de visita expresa con claridad los motivos de inconformidad encontrados por la Superintendencia, Holcim S.A. rindió sus explicaciones, la accionante fue informada con absoluta precisión sobre el por qué se le estaba investigando, allegó pruebas y las controvertió cuando la Superintendencia las consideró insuficientes, interpuso el recurso de reposición que le fue resuelto mediante Resolución No. 7591 del 20 de marzo de 2007. Las anteriores consideraciones hacen inferir que no se violó el debido proceso ni el procedimiento establecido por el Decreto 2153 de 1992 y como se dijo en el cargo primero hubo plena congruencia entre lo que se encontró en la visita y lo consignado en la resolución que declaró el incumplimiento [...]”.

76. Sostuvo que: “[...] Hace el actor apreciaciones subjetivas y de proyección frente al monto de las sanciones que está facultada a imponer la Superintendencia dentro de las investigaciones que adelanta, pero la Sala reitera en el caso particular, no se está imponiendo una sanción administrativa sino declarando la ocurrencia de un siniestro y haciendo efectiva una garantía de conformidad con los parámetros acordados en la resolución que aceptó, que fijó su cuantía con una remisión en cuanto su valor en el 100% de la posibilidad impositiva con la que contaba como límite de su potestad [...]”.

77. Alegó que: “[...] lo que reseña el accionante como una injerencia indebida de ese organismo de la decisión adoptada por la Superintendencia no es más que situaciones ocurridas al interior del Senado de la República, propias de su ejercicio, son intervenciones de los Senadores de la República dentro de un debate relacionado con un tema de interés general como lo es el precio del cemento [...]”

78. Argumentó que el objetivo de la entrevista radial concedida por el Superintendente de Industria de Comercio: “[...] es explicar el alcance de la providencia ya proferida. De la entrevista no encuentra la Sala intención diferente de la de comunicar a la ciudadanía una decisión ya adoptada y de interés general [...] ninguna afirmación que implique ánimo de perjudicar a la Holcim S.A. como lo sostiene el actor [...]”.

79. Indicó que: “[...] en el cuaderno de anexos a la demanda reposa un C.D. que contiene comentarios radiales en las emisoras [...] Son igualmente noticias generales sobre el tema que no prueban que estén dirigidas a incidir las decisiones de la Superintendencia [...]”.

80. Concluyó que: “[...] al declarar el incumplimiento lo que se impone es la efectividad de la póliza que no puede ser sino por el valor global asegurado, tratándose de este tipo de garantía que ampara justamente el incumplimiento de la sola ocurrencia del siniestro obliga a hacerla efectiva, no pueden hacerse tasaciones ni acuerdos de disminución o consideraciones distintas a hacerla efectiva en el monto y condiciones pactadas. La Superintendencia de Industria y Comercio no incurrió en la violación del debido proceso al proferir las resoluciones que se acusan y en consecuencia no puede hablarse de una indebida falsa motivación de las mismas [...]”

Recurso de apelación

81. La parte demandante interpuso, dentro del término legal, recurso de apelación¹⁹ contra la sentencia proferida, en primera instancia, y lo sustentó con base en los siguientes argumentos:

82. Indicó que: “[...] es absolutamente falso que el efectuar el ofrecimiento de garantías, Holcim haya aceptado que haya realizado los hechos por los cuales se le investiga y mucho menos que habría infringido las normas [...] la propia SIC ha señalado que el ofrecimiento de garantías no es un reconocimiento de que se hayan infringido las normas [...] en la Resolución 36588 de 2007 [...] También es equivocado afirmar que al aceptar las garantías la SIC suspendió la investigación. Claramente en la Resolución 34805 ordena clausurar la investigación, no suspenderla [...]”.

83. Manifestó que: “[...] la propia Resolución 34805 de 2005 [...] la propia SIC catalogó la garantía y las pólizas como obligaciones accesorias y, por lo mismo, las disquisiciones que la sentencia hace sobre este asunto, además de ser innecesarias, son contradictorias con el texto mismo de los actos administrativos [...]”.

¹⁹ Cfr. Folios 554 a 593 del cuaderno núm. 1 del expediente.

84. Sostuvo que la falta de congruencia entre lo investigado y lo sancionado es evidente dado, que: “[...] El documento en virtud del cual el Superintendente decide abrir una investigación [...] es el oficio con número de radicación 03-104506 del 6 de julio de 2006 [...] la SIC solicita a Holcim que explicaciones y pruebas para evaluar el posible incumplimiento del numeral 3.4.1. de la Resolución 34805 de 2005. En parte alguna se menciona el literal b del numeral 2 de la Resolución 34805 de 2005. En efecto, en dicho oficio se aprecia que el único aspecto sobre el que la SIC requirió explicaciones a Holcim se refería al momento en que momento había sido elaborado el documento entregado durante la visita realizada el 24 de mayo de 2006, para determinar si se había cumplido el numeral 3.4.1. [...]. Posteriormente en la Resolución 26362 de 2006 la SIC sanciona a Holcim por el supuesto incumplimiento del literal b del numeral 2 de la Resolución 34805 de 2005, y adicionalmente, hace una serie de consideraciones sobre la idoneidad y validez de los criterios utilizados por Holcim para modificar los precios, cuestiones sobre las cuales no se había solicitado explicación alguna [...]”.

85. Adujo que: “[...] Fue la Superintendencia la que desarrolló un esquema de seguimiento para verificar el cumplimiento de los compromisos principales [...] en efecto si el esquema no fue ofrecido, obviamente no pudo ser aceptado y, en consecuencia, no puede ser la aplicación del numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 sino del numeral 21 del artículo 2 de dicho Decreto [...]. **Por lo tanto, es imposible afirmar que la SIC aceptó un esquema de seguimiento que jamás fue ofrecido y que el mismo es parte de las garantías aceptadas. Tampoco resulta cierto sostener que siempre que se ofrecen garantías las SIC ha exigido establecer un esquema de seguimiento [...]**”.

86. Precisó que: “[...] la posibilidad de sancionar el incumplimiento por inobservancia de las instrucciones impartidas por la SIC se encuentra prevista en el numeral 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, el mencionado Decreto no establece la cuantía de las sanciones [...] Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la SIC ha debido acudir al C.C.A en lo no previsto y, en caso de incumplimiento o desobediencia, ha debido aplicar el artículo 65 de dicho Código [...] la SIC resolvió aplicar el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1993 [...] La aplicación de sanciones distintas a las previstas para la infracción cometida es claramente una violación del artículo 29 de la Constitución Política [...]”.

87. Indicó que: “[...] al momento de resolver el recurso de reposición la SIC sostuvo que la cuantía de la póliza nada tenía que ver con la sanción que podía imponer. Con semejante interpretación, la SIC está agravando, mediante actos administrativos, la cuantía de las sanciones que puede imponer a los particulares por la infracción de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas. En efecto vía acto administrativo, Holcim, [...] podrá ser sancionada ya no hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales como prevé el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1991, sino hasta el monto de hasta 2.190.000 salarios mínimos legales mensuales [...]”.

88. Señaló que: “[...] los actos administrativos son ilegales toda vez que los motivos en que se fundamentan no son ciertos [...] (i) Holcim no incumplió los compromisos que adquirió en virtud de la Resolución 34805 de 2005, y; (ii) en todo caso, los compromisos que la Superintendencia considera que Holcim incumplió, no se encontraban amparados por la póliza No. 1000-286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar [...] En parte alguna de dichos compromisos aparece que Holcim se hubiera comprometido a que la presidencia o el órgano competente para fijar precios en Holcim dejara por escrito, en el momento de realizar cada modificación de precios, los criterios tenidos en cuenta para tales variaciones, que es la razón por la cual la Superintendencia consideró que dicha empresa incumplió los compromisos adquiridos en la Resolución 34805 de 2005 [...]”.

89. Sostuvo que: “[...] el Tribunal resuelve confundir las garantías ofrecidas y acude a obligaciones y numerales totalmente distintos de aquellos que la SIC consideró incumplidos para sostener que, respecto a las variaciones de precios, en el esquema de seguimiento, si existía un elemento temporal que no aparece en el numeral 3.4.1. de la Resolución 34805 de 2005, que el que la SIC consideró incumplido [...]”.

90. Argumentó que: “[...] la forma como la SIC ha redactado otras resoluciones por medio de las cuales ha aceptado garantías demuestra que la interpretación que dicha entidad hace de la Resolución 34805 de 2005 no es la que ella misma entiende. En efecto, si se aprecia el contenido de la Resolución 03119 de 2007 que se anexó como anexo P de anexos de la demanda y de la Resolución 028463 de 2008 que se adjunta a este recurso, se observa que la SIC ha incluido dentro

de los compromisos tanto obligaciones principales como aquellas que le permiten hacer seguimiento al cumplimiento de las garantías. Es decir, contrario a lo que sostiene la SIC en este caso, dicha entidad si ha considerado que una cosa son los compromisos y otra los esquemas de seguimiento y cuando ha querido que el esquema de seguimiento sea parte de los compromisos, expresamente lo ha establecido en las resoluciones por medio de las cuales acepta garantías [...]”.

91. Expuso que: “[...] Señaló que: “[...] la pretendida incongruencia entre los criterios de modificación de precios y los soportes entregados, no fue un punto sobre el cual la Superintendencia hubiera solicitado explicaciones a Holcim, razón por la cual mi representada no tuvo la oportunidad de defenderse de tal imputación que solamente hasta ahora se conoce. Esta sola circunstancia constituye motivo suficiente para anular los actos demandados, como se explica en el numeral 1.1 de este recurso [...]”.

92. Sostuvo que para la variación del precio de enero 17 de 2006: “[...] el criterio básico [...] fue la confusión generada en el mercado por declaraciones de los funcionarios del alto gobierno [...] y debido a que la base de precios que tenía Holcim en ese momento era mucho más alta que la que debía ser compatible con las declaraciones de los funcionarios y que además estas declaraciones tuvieron repercusiones a nivel nacional, se tomó la decisión de forma unilateral por parte de Holcim de bajar en \$30.000 por tonelada, las bases de cálculo de precios del cementos en todas las zonas. El criterio secundario que se tomó en consideración fue el de los márgenes presupuestados, ya que como se puede apreciar en los registros de Holcim durante la primera quincena de enero del año 2006, los resultados económicos de la empresa estuvieron muy por debajo de lo esperado en el presupuesto, lo cual impulsó la variación. Los funcionarios de la Superintendencia [...] concluyen de manera errónea que existe contradicción entre los documentos y criterios utilizados [...]”.

93. Indicó que para la variación del 23 de marzo de 2006 contrario a lo señalado por la parte demandada: “[...] los actos administrativos del Consejo Nacional de Estupefacientes números 017 y 018 de 2003 y 004 de 2004, no son normas de orden departamental ni municipal, razón por la cual no se le aplica la formalidad prevista en el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil [...]. La SIC desconoce que el trámite que venía adelantando es un proceso administrativo que por disposición del artículo 34 del C.C.A., se pueden allegar pruebas sin

requisitos ni términos especiales [...]. Como consta en el documento denominado “Aplicación criterios utilizados para la determinación o modificación del precio base del cemento Portland gris tipo I, los criterios que Holcim empleó para tomar la decisión de varias los precios en Casanare y Huila fueron “oferta y demanda de los productos” y “señales y expectativas del mercado” [...].”

94. Preciso que: “[...] Expuso que para los incrementos del 12 de mayo de 2006 se hizo uso de: “[...] el tracking de precios como elementos de soporte para la toma de decisiones en materia de previos de los bienes producidos y comercializados por Holcim [...] que tienen un margen de error mínimo [...] es universalmente aceptada, y en algunos casos, se constituye en la única herramienta para la toma de decisiones [...]”.

95. Puntualizó que: “[...] como dentro de las obligaciones que garantizaba la póliza sólo se encontraban las indicadas en el capítulo de compromisos, y no las del capítulo correspondiente al esquema de seguimiento, es claro que, al hacer efectiva la póliza por el supuesto incumplimiento de las cargas previstas en un capítulo distinto al amparado, debe concluirse que los actos demandados se encuentran falsamente motivados [...]”.

96. Consideró que: “[...] como se puede apreciar de una simple comparación del texto de la Resolución 26362 de 2006, con el que apareció en la nota que se publicó en la página Web de la SIC, el Superintendente ya había emitido un concepto sobre el asunto. Es más, ya había decidido sancionar a Holcim [...]”.

97. Manifestó que: “[...] como si lo anterior fuera poco, el Congreso de la República ha citado a diferentes debates al Ministro y al Superintendente de Industria y Comercio, en los que ha solicitado de manera permanente que sancione a las empresas cementeras [...] Es claro que es un proceso rodeado de semejantes intervenciones y opiniones no se dio cumplimiento a la garantía de imparcialidad que exigen los artículos 209 de la Constitución Política 30 del C.C.A. y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 [...]”.

98. Adujo que la parte demandada: “[...] pasó por alto tomar, sin embargo, tomar en consideración los hechos del caso a efectos de observar a cabalidad el principio de proporcionalidad como la ley se lo exige. [...] si bien la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1993 no señalan criterios específicos que deba tener

en cuenta el Superintendente para determinar las cuantías de las multas ni mucho menos para determinar si la póliza que garantiza el cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de la Resolución que acepta un ofrecimiento de garantías debe ser exigida en su totalidad o en parte de ella, la Superintendencia de Industria y Comercio, dando aplicación al principio de proporcionalidad ha rebajado la cuantía de las multas que ha impuesto [...]”.

99. Concluyó que: “[...] La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta los principios de proporcionalidad y dosimetría de las sanciones por cuanto (i) el incumplimiento endilgado no es de una obligación principal sino de una carga accesoria; (ii) el incumplimiento imputado no corresponde a la totalidad de los compromisos ni de él puede válidamente deducirse la efectiva realización de prácticas restrictivas de la competencia; (iii) la entidad no tuvo en cuenta el periodo de tiempo durante el cual se habría incurrido en el supuesto incumplimiento con relación al tiempo en que se comprometió a mantener el esquema de seguimiento (iv) la entidad no consideró que las variaciones de precios se produjeron solamente en algunos departamentos, cuando la investigación que se terminó con la Resolución 34805 de 2005 se refería a la totalidad del país, y (v) la entidad no tuvo en cuenta que la empresa ha adoptado un formato que le permite dejar por escrito de forma aún más clara y oportuna los criterios que se utilizan para modificar los precios de sus productos [...]”.

Recurso de apelación interpuesto por Seguros Comerciales Bolívar S.A.

100. Seguros Comerciales Bolívar S.A. interpuso, dentro del término legal, recurso de apelación²⁰ contra la sentencia proferida, en primera instancia, y lo sustentó con base en los siguientes argumentos:

101. Adujo que: “[...] es el desconocimiento judicial de su legitimidad a participar como COADYUVANTE, ser oída y a recibir un fallo de fondo que incorporara pronunciamiento respecto de sus argumentos jurídicos que ayudan a la posición del actor dentro del proceso 2007-153, oportunamente sustentados y demostrados a través de pruebas allegadas y solicitadas dentro del proceso, lo que configura una violación del debido proceso al cual ha debido sujetarse el Despacho en Descongestión que finalmente profirió el fallo el 1 de octubre de 2012, contrario a lo ordenado sobre el particular en el artículo 29 del C.P.,

²⁰ Cfr. Folios 517 a 553 del cuaderno núm. 1 del expediente.

concordante para estos efectos con el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, POR LO QUE EL FALLO EN CUESTIÓN DEBE SER REVOCADO [...]”.

102. Manifestó que: “[...] se viola el debido proceso mediante un fallo a través del cual un Despacho de Descongestión DECIDE NO CONSIDERAR EL ESCRITO DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LA COMPAÑÍA ASEGURADORA EN EL CUAL SE SOPORTÓ LA POSICIÓN JURÍDICA DE QUIEN SOLICITÓ SU AYUDA, ABTENIENDOSE ASI MISMO DE PRONUNCIARSE EN LA SENTENCIA SOBRE LAS PRUEBAS SOLICITADAS POR BOLÍVAR Y DECRETADAS EN SU MOMENTO POR EL DESPACHO DE CONOCIMIENTO, ASI COMO RESPECTO DEL ESCRITO DE INTERVENCIÓN OPORTUNAMENTE RADICADO; obviando ipso facto la trascendencia legal de las siguientes actuaciones procesales que precedieron al fallo en cuestión [...]”.

103. Señaló que: “[...] la póliza No. 1000-286351901 se expidió para amparar los COMPROMISOS ofrecidos por Holcim Colombia S.A., como una de las garantías aceptadas por la SIC y no estos últimos más el esquema de seguimiento incorporado por esta entidad en el texto de la resolución de aceptación de garantías [...] HOLCIM se comprometió en su ofrecimiento, como igualmente se transcribió literalmente en dicho considerando SEGUNDO, a constituir dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución que aceptara los ofrecimientos respectivos una póliza de seguros [...] por un valor del 100% del valor para la sanción máxima que esa autoridad podría imponer por la ocurrencia de las conductas que se investigan [...]”.

104. Indicó que: “[...] comprendemos la utilidad de la FALSA AFIRMACIÓN de una supuesta insuficiencia de garantías, de cara a la intención de la SIC de incorporar en su beneficio el ESQUEMA DE SEGUIMIENTO dentro del marco de COMPROMISOS establecidos en la Resolución 34805 de 2005. Sin embargo, ello constituye **una FALSA MOTIVACIÓN en la expedición de los actos demandados que transgrede lo dispuesto en el artículo 84 del C.C.A.,** debiendo ser reconocida tal violación por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y así pido sea aceptado por el Honorable Consejo de Estado [...]”.

105. Expuso que: “[...] la SIC resolvió a través del párrafo segundo del artículo PRIMERO de la parte resolutive de la Resolución 34805 de 2005 que “[...] Holcim [...] constituirán póliza de seguros o garantía bancaria a favor de SIC que

garantice el cumplimiento de los COMPROMISOS de que trata la presente resolución [...] esta póliza para garantizar el cumplimiento por parte de Holcim [...] **EN MATERIA DE COMPROMISOS OFRECIDOS [...]** fue efectivamente otorgada [...]. Tal evidencia concluyente, referida al alcance de la póliza antes mencionada se obtiene de un juicioso análisis literal y contextual del contenido de la resolución 34805 [...] acorde con lo dispuesto en los artículos 27 y 30 del Código Civil [...].

106. Alegó que: “[...] **NO SE ESTABLECE EXIGENCIA LEGAL A PARTIR DE LA CUAL SE PUDIERA PRETENDER QUE LA DOCUMENTACIÓN SUSTENTATORIA DE ALGUNA MODIFICACIÓN DE PRECIOS DEBERÍA SIEMPRE DE MANERA PREVIA A DICHA MODIFICACIÓN [...]** el informe de la firma auditora externa (en cumplimiento del numeral 3.4.3 del punto del esquema de seguimiento) que concluye que Holcim no ha realizado acuerdos o conductas anticompetitivas y que los precios han sido fijados unilateralmente, lo que se traduce en un comprobado cumplimiento de los COMPROMISOS objeto de cobertura en la referida póliza [...]”.

107. Sostuvo que: “[...] Nunca se pidieron explicaciones formales por un supuesto incumplimiento de COMPROMISOS, pero si se declaró mediante el acto administrativo demandado el incumplimiento de los mismos. Esto viola el derecho de defensa de Holcim y con ello el de mi poderdante, en su calidad de garante del mismo [...]”.

108. Sostuvo que: “[...] cuando la póliza de seguros señala como su objeto: “Garantizar el cumplimiento por parte de Holcim de las garantías aceptadas mediante resolución 34805 de 2005, el Tribunal ha debido aceptar que tales garantías, en lo relacionado con la póliza, se refieren exclusivamente a los COMPROMISOS ofrecidos por Holcim y aceptados por Holcim y aceptados por la SIC. Al denegar esta realidad jurídica sobre la base de una consideración particular y subjetiva [...] basada de manera ilimitada al objeto descrito en la caratula, se violan los principios legales de interpretación objetiva [...]”.

109. Precisó que: “[...] Esta decisión tergiversa de manera contraria a derecho la estructura legal incorporada en la resolución 34805, al hacer genérico el concepto de COMPROMISOS para que el mismo se entienda referido a todas las obligaciones en cabeza de Holcim, en aras de sustentar la expedición ilegal de los

actos administrativos demandados, en la medida que ellos no es legalmente cierto [...] el informe de la firma auditora externa (en cumplimiento del numeral 3.4.3 del punto del esquema de seguimiento) que concluye que Holcim no ha realizado acuerdos o conductas anticompetitivas y que los precios han sido fijados unilateralmente, lo que se traduce en un comprobado cumplimiento de los COMPROMISOS objeto de cobertura en la referida póliza [...].”

110. Alegó que: *“[...] que ha la fecha no se ha demostrado incumplimiento de COMPROMISOS por parte de HOLCIM [...] por tanto no existe hasta el momento siniestro alguno que afecte la referida póliza y, en consecuencia, no resulta ajustada a derecho la declaratoria en tal sentido ni la exigibilidad de la suma asegurada a través de la misma. Que con base en esto último, procede la declaratoria de nulidad de las resoluciones [...] en especial los artículos 1054,1072,1056,1077,1088 y 1089 del Código de Comercio [...].”*

111. Concluyó que: *“[...] Argumentamos la extralimitación de la órbita constitucional y legal aplicable para el desarrollo de las funciones de la SIC, en el hecho de la exigencia de esa entidad, para efectos del cumplimiento del esquema de seguimiento, de unas condiciones que no fueron expresamente pactadas (firma previa del documento de criterios), afirmando que por tanto procedía la expedición de la resolución 25362 de 2006 [...].”*

Actuaciones en segunda instancia

112. El Despacho sustanciador, mediante auto de 21 de junio de 2013²¹, admitió los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y Seguros Comerciales Bolívar S.A. contra la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión.

Alegatos de conclusión en segunda instancia

113. Ejecutoriado el auto admisorio del recurso de apelación, el Despacho sustanciador, mediante auto proferido el 3 de agosto de 2015, corrió traslado²² a

²¹ Cfr. Folio 4 del cuaderno de segunda instancia

²² Cfr. Folio 7 *ibidem*

las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera el concepto.

114. Dentro del término concedido el Ministerio Público no emitió concepto.

115. La parte demandante reiteró las consideraciones expuestas en la demanda.

116. La parte demandada guardó silencio en esta oportunidad procesal.

117. Seguros Comerciales Bolívar S.A. reiteró las consideraciones expuestas en el recurso de apelación.

II. CONSIDERACIONES

118. La Sala abordará el estudio de las consideraciones en las siguientes partes: i) la competencia de la Sala; ii) el acto administrativo acusado; iii) los problemas jurídicos; iv) el marco normativo del debido proceso; v) el marco normativo de la falsa motivación vi) el marco normativo del incumplimiento de compromisos ante la Superintendencia de Industria y Comercio; y, vii) el análisis del caso concreto.

Competencia de la Sala

119. Vistos el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo²³, sobre la competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia, aplicable en los términos del artículo 308²⁴ de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011²⁵, sobre el régimen de transición y vigencia; y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación, la Sección

²³ “[...] Artículo 129. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión. [...]”

²⁴ “[...] ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior [...]”

²⁵ “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”

Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, en segunda instancia.

120. La Sala procederá a examinar las argumentaciones expuestas por la parte demandante y Seguros Comerciales Bolívar S.A. en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 1.º de octubre de 2012 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, teniendo en cuenta el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil²⁶, norma aplicable al presente caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo²⁷.

121. La Sala no observa en el presente proceso la configuración de causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, por lo que se procede a decidir el caso *sub lite*.

Actos administrativos acusados

122. Los actos administrativos acusados²⁸ son los siguientes:

123. La Resolución núm. 26362 de 11 de octubre de 2006²⁹, “[...] *Por la cual se declara el incumplimiento de unas garantías [...]*” expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, señaló:

[...] De la lectura de los apartes transcritos, resulta forzoso concluir que el deber general de cumplir la normatividad vigente en materia de libre mercado, que en el caso de examen consiste en fijar de manera unilateral -y no concertada – los precios del cemento, se verá garantizado bajo el presupuesto de que cada incremento o disminución del precio esté debidamente soportado, en documentos que habrá de permanecer a disposición de la Superintendencia, en el cual se especifiquen los criterios

²⁶ “[...] Artículo 357. Competencia del superior. La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado **o la que no apeló hubiere adherido al recurso**, el superior resolverá sin limitaciones. [...]” (Destacado de la Sala).

²⁷ “[...] Artículo 267. En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo [...]”.

²⁸ Se procede a transcribir los apartes más relevantes, sin perjuicio de las citas que se hagan al analizar cada uno de los cargos.

²⁹ Cfr. folios 1 a 12 del cuaderno núm. 1 del expediente.

tenidos en cuenta en la respectiva modificación. Nótese que, en adición, se establece la obligación de dejar constancia escrita por la presidencia o del órgano competente para fijar el precio, sobre criterios determinantes de la decisión.

En la visita realizada por esta Superintendencia el 24 de mayo de 2006, se encontró que Holcim modificó sus precios en los departamentos de Casanare y Boyacá, así: (i) enero 17 en ambos departamentos, (ii) marzo 23 y (iii) mayo 12 de 2006, en Casanare.

[...] el documento “Criterios Utilizados para la Determinación del Precio” “[...] debe señalarse el hecho de que no tiene fecha de elaboración”, Holcim no efectuó reparo alguno. De otra parte, consta en el testimonio del señor Jorge Neira Parra, persona encargada de fijar los precios en Holcim y quien atendió la visita el 24 de mayo de 2006, manifestó que: el documento [...] fue elaborado y firmado el 24 de mayo de 2006 [...] durante la visita se trató de subsanar esa falla escribiéndolos en presencia de los funcionarios y ese documento se firmó el mismo día de la visita. Reiteró que los criterios como tales no se encontraban escritos en el momento en que fueron solicitado [...]”. De esta manera queda demostrado que la presidencia o el órgano competente para fijar precios en Holcim, no dejó por escrito, en el momento de realizar cada modificación de precios, los criterios tenidos en cuenta para tales variaciones, por lo que resulta forzoso concluir que esta sociedad incumplió la obligación contenida en el numeral 3.4.1 [...].

Analizados los documentos-correos electrónicos-con los que se pretende soportar las modificaciones de precio de enero 17, marzo 23 y mayo 12 de 2006, [...] prueban son las instrucciones dadas por el señor Jorge Neira respecto de la modificación del precio, más no los criterios tenidos en cuenta o la situación de hecho en que se basó Holcim para la variación de precios [...].

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: *Declarar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por HOLCIM según resolución 34805 del 23 de diciembre de*

2005, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000 – 286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por el valor asegurado de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000) m/cte.

ARTÍCULO TERCERO: Hacer efectiva la póliza No. 1000 – 286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por valor asegurado de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000) m/cte, según los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución

ARTÍCULO CUARTO: Ordenar que en lo sucesivo, la sociedad Holcim (Colombia) S.A. cumpla los compromisos adquiridos en la resolución de aceptación de garantías número 34805 de 2005 [...].”

124. La Resolución núm. 7591 de 20 de marzo de 2007³⁰, “[...] Por la cual se resuelve un recurso [...]” expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, en su parte resolutive señaló:

“[...] 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.

³⁰ Cfr. folios 13 a 47 del cuaderno núm. 1 del expediente.

Debe 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 [...] hace parte igualmente 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 34805 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 [...].

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 restrictivas, las obligaciones que, como en este caso, se encuentran reseñadas bajo el acápite “esquema de seguimiento” son conductas de acción o de omisión que permiten -durante el tiempo de su exigibilidad- verificar la efectiva eliminación de las conductas presuntamente anticompetitivas [...]

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

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

Encontrándose que Holcim incumplió algunas de las obligaciones contraídas, específicamente las contenidas en el numeral 3.4.1. de la

resolución de aceptación de garantías, es de concluirse que resultaba procedente declarar su incumplimiento.

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

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

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Alfonso Miranda Londoño, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.489.933 de Bogotá y tarjeta profesional No. 38.447 del C.S de la J., en su calidad de apoderado de Holcim, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que no procede recurso alguno por estar agotada la vía gubernativa [...]”.

125. La Resolución núm. 9176 de 29 de marzo de 2007³¹, “[...] Por la cual se resuelve un recurso [...]” expedida por el Superintendente de Industria y Comercio:

“[...] **ARTÍCULO PRIMERO:** confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución 26362 de 2006, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo [...]”.

ARTÍCULO 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

³¹ Cfr. folios 48 a 63 del cuaderno núm. 1 del expediente.

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 [...]”.

Problemas jurídicos

126. Corresponde a la Sala, con fundamento en los recursos de apelación, determinar si los actos están viciados de nulidad por falsa motivación y violación al debido proceso, por cuanto i) no está incluido en los compromisos la obligación del esquema de seguimiento; v) al no existir el deber de hacer registro anterior o simultaneo con las causas que influyan en la decisión de modificación de precios, vi) por haberse adoptado la decisión de la declaratoria de incumplimiento con elementos ajenos a su autonomía y, vii) por haberse impuesto una sanción desproporcionada.

127. En consecuencia, se determinará si hay lugar a revocar o a confirmar la sentencia proferida, en primera instancia.

128. La Sala advierte que mediante la sentencia del 16 de octubre de 2014³², la Sección Primera de esta Corporación resolvió desfavorablemente el recurso de apelación presentado por Seguros Comerciales Bolívar S.A. contra la sentencia del 9 de julio de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la que fueron negadas las pretensiones de la demanda incoada contra las Resoluciones núm. 26362 de 2006 por medio de la cual se declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la parte demandante en la Resolución núm. 34805 de 2005 y ordenó hacer efectiva una póliza de cumplimiento, y la Resolución 9176 de 29 de marzo de 2007³³, “[...] *Por la cual se resuelve un recurso [...]”* y se confirmó el acto administrativo inicial.

129. Además, precisa esta Sala, que se acogerán los argumentos de la sentencia mencionada, en lo que tiene que ver con el alcance de las garantías aceptadas en la Resolución núm. 34804 de 23 de diciembre de 2005 y con la cobertura de la póliza de garantía.

³² “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 16 de octubre de 2014; C.P. María Claudia Rojas Lasso; número único de radicación 25000232400020070011101 [...]”.

³³ Cfr. folios 48 a 63 del cuaderno núm. 1 del expediente.

Marco normativo y desarrollo jurisprudenciales del debido proceso

130. Visto el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso “[...] se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas [...]”. Asimismo, “[...] [n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...]”.

131. En términos generales, el Consejo de Estado³⁴ ha considerado que “[...] el derecho al debido proceso se erige como una garantía a todas las personas según la cual su intervención en una actuación administrativa o judicial está regida por reglas previamente establecidas por el legislador, que a su vez le permiten defenderse y solicitar las pruebas tendientes a demostrar lo que afirma, sin que la voluntad del funcionario público pueda tener alguna injerencia [i.e] en las distintas etapas del proceso [...]”.

132. Asimismo, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho del debido proceso es “[...] el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia [...]”³⁵; se trata de un mecanismo orientado a: i) limitar el poder de las autoridades, “[...] forzando a que sus actuaciones se sometan siempre a las formas preestablecidas por la ley [...]”; ii) contribuir “[...] a la garantía y realización de los derechos de los particulares, que deben gozar de posibilidades adecuadas de participación en el proceso de formación de la voluntad de la Administración [...]”; y iii) a mejorar el ejercicio de las funciones públicas y a lograr un mayor estándar de imparcial en la aplicación del derecho, gracias al debate entidad-particular que propicia³⁶.

133. La misma Corte, en relación con el debido proceso, consideró³⁷ que “[...] [u]na de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la **extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones**

³⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Proceso identificado con el número único de radicación 680012333000201400413-01. C.P. doctor Guillermo Vargas Ayala.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-980 de 1 de diciembre de 2010. M.P. doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 3 de julio de 2014; C.P. doctor Guillermo Vargas

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 29 de enero de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que **el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales.** El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías [...]” (Destacado fuera de texto).

134. Por último, mediante sentencia C-980 de 2010, la Corte Constitucional señaló que “[...] en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a “actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción [...]” y que, en todo caso, se han identificado algunas garantías mínimas asociadas al concepto de debido proceso administrativo, entre ellas, el derecho a: i) **que el trámite se adelante por la autoridad competente;** ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; iii) **ser oído durante toda la actuación;** iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; vi) **solicitar, aportar y controvertir pruebas;** vii) **en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción;** y, por último, viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle.

Marco normativo de la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos

135. Visto el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la nulidad procederá cuando los actos administrativos hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

136. En relación con los supuestos para la configuración de la causal de nulidad por falsa motivación, esta tiene ocurrencia cuando: i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la administración pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen; y iv) los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.

137. En consecuencia, los motivos que fundamentan el acto administrativo deben ser ciertos y corresponder a las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para proferir la decisión; es decir, debe existir correspondencia entre la motivación del acto administrativo y la realidad fáctica y jurídica del caso.

138. La parte demandante tiene la carga de probar que el acto administrativo está falsamente motivado, teniendo en cuenta la presunción de legalidad de este.

Marco normativo de las facultades de la Superintendencia para clausurar la investigación cuando se ofrezcan las garantías y declarar el incumplimiento para hacerlas efectivas

139. Visto el artículo 2 del Decreto núm. 2153 de 1992, sobre las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, dispone que a la entidad le corresponde: i) velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; ii) imponer las sanciones por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia; iii) imponer las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que dé en desarrollo de sus funciones; iv) imponer, previa solicitud de explicaciones y de acuerdo al procedimiento aplicable, las sanciones pertinentes por la inobservancia de las instrucciones que imparta; v) solicitar a las personas naturales o jurídicas el suministro de datos, **informes**, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y, vi) ejercer la demás funciones que le asigne la ley, así:

*“[...] **ARTÍCULO 2. FUNCIONES.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

1. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

PARÁGRAFO. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta.

2. Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones imparta la Superintendencia.

[...] 5. Imponer, previas explicaciones, de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes por violación de las normas sobre protección al consumidor, así como por la inobservancia de los Instrucciones Impartidas por la Superintendencia.

[...] 10. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

[...] 21. Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en las materias que hace referencia el numeral anterior, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

[...] 23. Las demás funciones que, en lo sucesivo, le asigne la Ley [...].
(Destacado de la Sala).

140. Visto el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, sobre las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, señala que le correspondían, entre otras, las siguientes:

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

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

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

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

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

eventos hasta tanto la Ley regule las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos [...]"

141. Las anteriores competencias se ejercen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 *eiusdem*, vigente para la época de emisión de los actos acusados, norma que disponía:

"[...] ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por su solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo

PARÁGRAFO 1. <Parágrafo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o

aportar pruebas. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

El incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías de que trata este artículo se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y dará lugar a las sanciones previstas en la ley previa solicitud de las explicaciones requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La autoridad de competencia expedirá las guías en que se establezcan los criterios con base en los cuales analizará la suficiencia de las obligaciones que adquirirían los investigados, así como la forma en que estas pueden ser garantizadas [...]”.

142. Visto el artículo 52 del Decreto núm. 2153 de 1992, sobre el procedimiento para determinar si existió una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas restrictivas, el trámite que se debe adelantar en esa materia, es el siguiente: i) averiguación preliminar para determinar la necesidad de realizar una investigación; ii) la apertura de la investigación se notificará personalmente al investigado para que dentro de los 20 días siguientes solicite o aporte pruebas; iii) terminada la investigación se citará a audiencia donde el investigado presentará los argumentos que pretenda hacer valer; iv) concluida la audiencia el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado del cual se debe correr traslado al investigado por el término de 20 días; durante el curso de la investigación se podrá ordenar la clausura de la investigación cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará su conducta; v) en el acto administrativo en que se acepten las garantías se ordenará la clausura de la investigación y se señalarán las condiciones en que se verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el investigado.

143. Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el

presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. La norma citada *supra* es diáfana en cuanto a que el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de las garantías se considera una infracción a las normas de protección de la competencia y da lugar a las sanciones previstas en la ley, previa solicitud de explicaciones; igualmente que en lo no previsto en esa disposición, en concordancia con el artículo 54³⁸ del Decreto núm. 2153 de 1992, se aplicara el Código Contencioso Administrativo.

144. En suma, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad legalmente facultada para sancionar cualquier práctica restrictiva de la competencia, puede clausurar la investigación mediante acto administrativo, cuando se brinden las garantías suficientes, en el que señalará las condiciones por medio de las cuales verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados.

Acervo y análisis probatorio

145. Visto el marco normativo, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

146. La Sala procederá a apreciar y valorar todas las pruebas solicitadas, decretadas y recaudadas, en primera instancia, de conformidad con las reglas de la sana crítica y en los términos del artículo 176 de la Ley 1564, aplicando para ello las reglas de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, en relación con los problemas jurídicos planteados en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

147. En el expediente obra como prueba, entre otras, el expediente que dio lugar a los actos administrativos demandados³⁹.

³⁸ “[...] **ARTÍCULO 54. PROCEDIMIENTOS.** Sin perjuicio de las disposiciones especiales en materia de propiedad industrial y lo previsto en el presente Decreto, las actuaciones que adelante la Superintendencia de Industria y Comercio se tramitarán de acuerdo con los principios y el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo [...]”.

³⁹ Cfr. Folios 1 a 240 del cuaderno núm. 2 del expediente.

148. La Sala procede a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por la parte demandante en el recurso de apelación, de acuerdo con el problema jurídico indicado *supra*.

Análisis del caso concreto

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

150. Posteriormente, la parte demandada realizó una visita a las instalaciones de la parte demandante el 24 de mayo de 2006, para verificar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, dejando constancia en el acta de que no se encontraron disponibles para la Superintendencia la constancia de los criterios escritos utilizados para tomar las decisiones de incrementos y disminuciones del precio de venta, obligación contenida en el esquema de seguimiento previsto en la Resolución núm. 34805 de 2005⁴⁰.

151. Sin embargo, durante dicha diligencia la persona encargada de fijar los precios de la parte demandante, realizó y entregó un documento con los criterios utilizados para la determinación del precio y dado que, para la parte demandada dicho documento no tenía fecha de elaboración, no satisfacía las condiciones establecidas en la Resolución 34805 de 2005, dado que la parte demandante debió dejar constancia por cada modificación de precios que efectuó durante los meses de noviembre y diciembre de 2003 .

152. Posteriormente, la parte demandada solicitó por oficio de 6 de julio de 2006⁴¹ al presidente ejecutivo de la parte demandante, presentar las

⁴⁰ Cfr. Folios 159 a 164 del cuaderno de anexos de la demanda.

⁴¹ Folios 166 a 167 del cuaderno de anexos de la demanda.

explicaciones y aportara pruebas que permitieran evaluar el cumplimiento del Esquema de Seguimiento de la resolución de aceptación de garantías.

153. La Superintendencia profirió la Resolución núm. 26362 de 11 de octubre de 2006 declarando el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la parte demandante y, en consecuencia, declarando la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento por valor de \$763.000.000.

Alcance de la Resolución núm. 34805 de 23 de diciembre de 2005

154. La Resolución núm. 34805 de 23 de diciembre de 2005, es el acto administrativo por el cual la Superintendencia, luego de iniciada la investigación contra la parte demandante, aceptó el ofrecimiento de garantías realizado por ella, por lo que resulta de gran importancia analizar su contenido y estructura a fin resolver los problemas planteados.

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

*“[...] SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
RESOLUCIÓN 34805 DE 2005
23 DE DICIEMBRE DE 2005
POR EL CUAL SE ACEPTAN UNOS OFRECIMIENTOS DE GARANTIAS
CONSIDERANDO*

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

1.1. Por parte de las empresas

1.1.1 Acuerdo de precios. Los denunciantes coinciden en señalar que las empresas paz del Rio y Holcim, habrían disminuido los precios de sus productos correspondientes a las marcas de cemento Gaqnacem y Hércules,

en los departamentos de Boyacá y Casanare, dentro del período comprendido entre noviembre y diciembre de 2003.

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

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

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

SEGUNDO

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

2.1 Compromisos.

De manera general, el ofrecimiento presentado por las empresas CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A. (en adelante las obligadas), así como de sus representantes legales, está compuesto por siguientes compromisos:

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

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

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

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

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

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

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

c. A mantener a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio información actualizada respecto de la red de distribución de cemento Pórtland Gris TIPO I, incluyendo los municipios o zonas del territorio nacional en los cuales se encuentran tales distribuidores.

1.2. Abstenerse de disminuir los precios del cemento por debajo de los costos variables medios de producción, cuando tal conducta tenga por objeto

eliminar uno o varios competidores del mercado o prevenir la entrada o expansión de éstos.

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

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

Combustible y energía

Materias primas

Empaques (no aplica para el cemento a granel)

Desgaste de piezas

Transporte dentro de la planta

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

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

1.3. Las obligaciones contenidas en este punto a cargo de Holcim estarán vigentes durante tres (3) años contados a partir de la fecha en que quede en firme la decisión que apruebe las garantías, sin perjuicio de la obligación permanente sobre el cumplimiento de la ley, y de la posibilidad y obligación

que en todo tiempo mantiene la Superintendencia de Industria y Comercio, de ejercer las facultades que le otorga la ley.

2.2 Colateral

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

[...]

3.2. Obligación que se garantiza

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

156. La resolución se refiere a la garantía en los siguientes términos:

“[...] 3.3. Garantía

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.

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

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

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

*Bajo este parámetro se entenderá que el elemento es idóneo, en la medida en que las empresas CEMENTOS PAZ DEL RÍO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A., constituyan cada una, por separado, póliza de seguros o garantía bancada por valor de setecientos sesenta y tres millones de pesos m/cte (\$763.000.000), con vigencia de un (1) año, prorrogable por dos (2) años más a criterio de esta Entidad [...] **que equivalen, en su orden, al 100% de la sanción máxima que esta Entidad puede imponer a las empresas y a los representantes legales, por la infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.***

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

157. El numeral 3.4. de la Resolución núm. 34805 de 2005 señala el esquema de garantías:

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

Para los anteriores efectos, las obligadas deberán:

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

Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados bajo los números 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005; 03104506-10094 del 18 de noviembre de 2005; 04115964-10197 del 24 de noviembre de 2005; 03104506-10097 del 9 de diciembre "de 2005 y 03104506-10098 del 22 de diciembre de 2005.

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

Lo anterior, claro está, entiéndase sin perjuicio de las facultades de verificación que la ley le confiere a esta Superintendencia, las cuales:

podrán ser ejercidas en cualquier momento, sin necesidad de previo aviso.”

Resuelve:

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

158. El problema específico en el presente proceso consiste en determinar si era posible hacer efectiva una póliza de cumplimiento, por el supuesto incumplimiento de la empresa demandante, de la obligación contenida en el punto 3.4.1 de la resolución transcrita: *“[...] Mantener a disposición de la SIC, **la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos** y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión [...]”*, dado que, en visita realizada a la mencionada empresa para corroborar el cumplimiento de lo prometido, se estableció que no contaba con dicha información por escrito. En dicha visita, el funcionario encargado de fijar los precios elaboró el documento solicitado, y según la parte demandada, los documentos que recogen los criterios tenidos en cuenta para modificar el precio y las constancias exigidas deben corresponder a las fechas en que se produzcan las respectivas modificaciones, debido a que solo de esta manera es posible establecer que los precios fueron fijados de manera unilateral, atendiendo estrictamente a las reglas del mercado.

159. Del análisis de la Resolución núm. 34805 de 23 de diciembre de 2005, la Sala advierte que la póliza expedida por Seguros Bolívar S.A. fue otorgada para garantizar el cumplimiento de los compromisos ofrecidos por la parte demandante, es decir, los contenidos en el numeral 2.1 del considerando “SEGUNDO”, entre ellos *“[...]1.1. Abstenerse de realizar acuerdos horizontales para la fijación de precios, la repartición de mercados o la discriminación en contra de terceros. Así mismo, abstenerse de realizar conductas con la intención*

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

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

161. De este modo, ante el incumplimiento de los compromisos ofrecidos por la parte demandante y estando garantizado su cumplimiento por la póliza de seguro núm. 1000-286351901 expedida por la Compañía de Seguros Bolívar, con la sola noticia del incumplimiento de los compromisos, correspondía a la administración hacer efectiva la póliza.

Esquema de Seguimiento

162. De la lectura de la justificación del esquema de seguimiento, se observa que las obligaciones en él contenidas fueron impuestas por la parte demandada para “[...] corroborar el cumplimiento de lo prometido [...]” y fueron aceptadas por

la parte demandante, por cuanto la Resolución núm. 34805 de 2005 no fue impugnada, por lo tanto, el incumplimiento de estas obligaciones, impuestas por la Superintendencia, tenía como fin cerciorarse de que no se estuviera incurriendo nuevamente prácticas restrictivas de la competencia.

163. Al respecto, le correspondía a la parte demandante cumplir tres obligaciones para acreditar el cumplimiento de lo prometido:

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

Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los costos variables medios que fueron relacionados en los memoriales radicados bajo los números 03104506-10093 del 10 de noviembre de 2005; 03104506-10094 del 18 de noviembre de 2005; 04115964-10197 del 24 de noviembre de 2005; 03104506-10097 del 9 de diciembre de 2005 y 03104506-10098 del 22 de diciembre de 2005.

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

164. Ahora bien, para la Sala es importante establecer que la obligación contenida en el párrafo primero del numeral 3.4.1. del esquema de seguimiento es prácticamente el mismo ofrecimiento realizado por la parte demandante, anteriormente analizado, así:

<p>2.1 Compromisos.</p> <p>De manera general, el ofrecimiento presentado por las empresas CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A. y HOLCIM (COLOMBIA) S.A. (en adelante las obligadas), así como de sus representantes legales, está compuesto por siguientes compromisos: “...</p> <p>b. A informarle a la Superintendencia de Industria y Comercio los criterios que tendrá en cuenta para la determinación unilateral de precios. La información inicial sobre los mencionados criterios será comunicada a la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de un memorial confidencial que se presentará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de radicación del presente escrito por cada una de las empresas investigadas.</p> <p><u>En el futuro tal información se mantendrá en todo momento actualizada y lista a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas.</u></p>	<p>Esquema de Seguimiento</p> <p><u>“3.4.1. Mantener a disposición de la SIC, la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos y, por ende, deberán soportar, con la documentación necesaria, cualquier disminución o aumento en dichos precios. Para tal efecto, la presidencia u órgano competente dentro de la empresa para fijar el precio deberá hacer constar por escrito los criterios determinantes de la decisión.</u></p>
--	--

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

166. Del análisis de todos los documentos que hacen parte de expediente, la Sala advierte que la parte demandada trató de probar el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la parte demandante, al no entregar por escrito los criterios tenidos en cuenta al variar los precios de sus productos, documento que según la parte demandada debería estar fechado con anterioridad al aumento o disminución de los precios; y no que haya tratado de probar si realmente la parte demandante incurrió en prácticas restrictivas de la competencia, esto por cuanto, a juicio de la Sala el hecho de cerrar una investigación debido al ofrecimiento de compromisos garantizados por una póliza, era suficiente para entender que ante el primer incumplimiento de cualquiera de los compromisos asumidos por Holcim, estaba habilitado para hacer efectiva la póliza.

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

168. Así dentro de las obligaciones establecidas en el esquema de seguimiento estaban no solo la de tener a disposición de la parte demandada la información de los criterios tenidos en cuenta para el aumento o disminución de precios y el informe de auditoría externa que en este caso fue realizada por la empresa ERNST & YOUNG.

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

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

libre competencia en el mercado.

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

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

173. Sobre el particular, esta Sección de la Corporación⁴² en una decisión con los mismos presupuestos fácticos dispuso que no existe independencia entre los compromisos ofrecidos por la empresa y el esquema de seguimiento implantado por la entidad demandada, por cuanto constituyen un solo cuerpo, en la medida en que ambos asuntos se encuentran entrelazados por el factor cumplimiento:

“[...] De manera que para la Sala, es claro e indiscutible que la Resolución 34804 de 23 de diciembre de 2005, al fijar un mecanismo de –esquema de seguimiento–, lo que está estableciendo dentro de un sano proceder, es una forma para verificar el cumplimiento de los compromisos que contrajo la parte actora, lo cual no implica una limitación de las funciones de inspección y vigilancia que la ley asigna a esa entidad, más aún, si fue estipulado, para corroborar la forma como se estaban cumpliendo los compromisos asumidos, y a cuya aceptación se sometió la sociedad demandante.

⁴² “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 30 de mayo de 2013; C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; número único de radicación 25000232400020070021501 [...]”.

[...] Además, tampoco son de recibo los argumentos de la parte actora, en cuanto a que cada asunto conserva su independencia e identidad, por el hecho de que los “Compromisos” (cursiva de la sociedad demandante) de los investigados son los consignados en el numeral 2.1. del acto administrativo mencionado, mientras que el “Esquema de Seguimiento”, está previsto en el numeral 3.4. de dicha Resolución.

Lo anterior, debido a que el contenido de la Resolución 34804 de 2005, fue aceptado en su totalidad por la sociedad demandante donde se incluían tales asuntos, y en razón de que para poder verificar si la sociedad investigada estaba cumpliendo con las garantías ofrecidas, la Administración tenía que acudir a la solicitud de pruebas. No obstante, la sociedad actora, simplemente se limitó a presentar criterios generales que según dicha empresa adopta para aplicarlos en caso de variación de precios, y que estos eran internos de la demandante, cuando realmente lo que la Administración le había solicitado era la información sobre las causas de los criterios que adoptó la empresa investigada, respecto a la variación de los precios en los meses de enero a abril de 2006, para efectos de establecer si eran suficientes la garantías ofrecidas, lo cual la empresa demandante se abstuvo de hacerlo.

Al respecto, le asiste razón al a quo, en primer término, porque, se reitera, no existe independencia entre los “compromisos” ofrecidos por la actora y el “esquema de seguimiento” implantado por la Entidad demandada, ya que constituyen un solo cuerpo, en la medida en que ambos asuntos se encuentran entrelazados por el factor cumplimiento, es decir, por ejemplo, si alguien se compromete a una obligación de hacer frente a una autoridad de vigilancia y control, ésta por Ley, tiene la labor de verificar si está cumpliendo o no, para lo cual, puede pedir la prueba o pruebas pertinentes, con el objeto de corroborar tal observancia [...]”.

174. Esta Sección de la Corporación ha señalado en casos con presupuestos fácticos similares que las garantías se componen tanto de compromisos como del esquema de seguimiento que constituyen una integralidad, de modo que el incumplimiento de dicho esquema puede dar lugar a que la parte demandada declare el incumplimiento:

“[...] Del contenido de la Resolución la Sala advierte que las garantías aceptadas por parte de la SIC respecto de HOLCIM, se componen tanto de los compromisos como del esquema de seguimiento, por lo que los mismos son una integralidad, lo cual en lo atinente a los criterios de fijación de precios se denota al observar que el compromiso contenido en el literal b del numeral 2.1., es concretado por medio de los actos que deben ejecutarse de conformidad con el numeral 3.4.1 del esquema de seguimiento.

Así las cosas, no puede ser de recibo el argumento del apelante en cuanto a que la inobservancia del esquema de compromisos no da lugar a declarar el incumplimiento por parte de HOLCIM S.A., pues el mismo no atiende a la integralidad y literalidad de la Resolución 34804, de la cual se concluye que las garantías aceptadas incluye el cabal cumplimiento del esquema de seguimiento

[...] no puede ser de recibo el argumento de la parte apelante en cuanto a que debía probarse de manera efectiva que HOLCIM realizó actos restrictivos de la competencia, pues con la inobservancia del esquema de seguimiento es suficiente para declarar el incumplimiento de las garantías, razón por la cual el informe de auditoría externa realizada por la empresa Ernest & Young, no resulta una prueba relevante, pues el mismo solo denota que no se incurrió en prácticas restrictivas, sin analizar el cumplimiento del esquema de seguimiento [...].”⁴³.

175. En el caso concreto, y como elemento demostrativo del incumplimiento del esquema de seguimiento al que alude la Resolución núm. 34805 de 2005, resulta claro que el 24 de mayo de 2006, fecha en que la SIC realizó la visita administrativa, la parte demandante, no había dejado constancia escrita de los criterios para la modificación de los precios para el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 15 de mayo de 2006⁴⁴.

176. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, con la inobservancia del esquema de seguimiento es suficiente para declarar el incumplimiento de las garantías, razón por la cual el informe de auditoría externa realizada por la

⁴³ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 6 de octubre de 2017; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; número único de radicación 25000232400020070011201 [...]”.

⁴⁴ Cfr. Folios 159 a 164 del cuaderno de anexos de la demanda.

empresa Ernest & Young, no resulta una prueba relevante, por cuanto el mismo solo denota que no se incurrió en prácticas restrictivas, sin analizar el cumplimiento del esquema de seguimiento.

177. De otro lado, la Superintendencia en la Resolución núm. 26362 del 11 de octubre de 2006 calificó los argumentos contenidos en las explicaciones entregadas por la parte demandante y valoró las pruebas y establece las causas por las cuales se consideran insatisfactorias, entre otras, carecer de firma, ser elaborados con fecha posterior a la visita, traer criterios contradictorios, no relacionar la manera como las pruebas influyeron en la variación de precios, pruebas que demuestran las instrucciones dadas respecto a la variación más no los criterios tenidos en cuenta o la situación de hecho en que se basó Holcim para la variación del precio, justificación a través del documento denominado sondeo de precios⁴⁵ que si bien prueba que los sondeos se hicieron no clarifican los criterios para la variación de precios.

178. Las anteriores razones le dan sustento al acto acusado y demuestra que tiene una clara motivación.

De la cobertura de la póliza de garantía

179. El recurrente considera que la sentencia de primera instancia considero erradamente que la póliza núm. 1000-286351901, expedida por Seguros Comerciales Bolívar, cubría el incumplimiento del esquema de seguimiento, cuando la misma, solo recae sobre los compromisos relacionados con la no realización de prácticas restrictivas de la competencia.

180. Al respecto, la Sala considera necesario revisar el objeto de la póliza⁴⁶, el cual se concreta de la siguiente manera: “[...] *GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE HOLCIM (COLOMBIA) S.A. DE LAS GARANTIAS ACEPTADAS POR EL ASEGURADO MEDIANTE RESOLUCIÓN 34805 DE 2005 [...]*”.

181. La literalidad del objeto de la póliza es clara al definir que la misma cubre las garantías aceptadas, las cuales, como se concluyó en el acápite anterior, incluyen el esquema de seguimiento, por lo cual resulta evidente que el

⁴⁵ Cfr. Folio 240 del cuaderno de anexos de la demanda.

⁴⁶ Cfr. Folio 67 cuaderno coadyuvancia.

cumplimiento del mismo se encuentra cubierto por la aseguradora.

182. Por otra parte, la Sala observa que la póliza incluyó como exclusiones únicamente el incumplimiento proveniente de fuerza mayor, caso fortuito o cualquier otra causal de exoneración de responsabilidad, sin que excluyera alguna de las obligaciones adquiridas por la parte demandante, lo que lleva a concluir que la cobertura incluía el cumplimiento del esquema de seguimiento.

183. La Sala resalta que esta Sección previamente se ha pronunciado sobre la cobertura de la póliza de seguros expedida para el cumplimiento de las garantías otorgadas para la terminación de investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, determinando que el esquema de seguimiento es parte integral de las mismas y, por tanto, está incluido dentro de la cobertura de la misma.

184. Sumado a lo anterior, es claro para la Sala que el incumplimiento de cualquiera de los compromisos adquiridos en virtud de la aceptación de garantías para el cierre de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, es suficiente para hacer efectiva la póliza que respalda los mismos, razón por la cual la parte demandada ante la comprobación del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento, se encontraba habilitada para declarar como acaecido el riesgo amparado y hacer efectiva la póliza de cumplimiento. Así lo ha precisado esta Sección en sentencia de 16 de octubre de 2014:

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

con toda exactitud para determinar el cumplimiento continuo y sostenido de los compromisos por parte de HOLCIM sin que fuera necesario iniciar una nueva investigación ya que precisamente el cumplimiento de las obligaciones aceptadas por HOLCIM dentro de la resolución garantizaría y daría confianza a la administración de que no se estuvieran llevando a cabo prácticas restrictivas de la competencia, sin necesidad de abrir una investigación, ya que de lo contrario no tendría sentido aceptar ofrecimientos y garantías para continuar con la misma investigación... Ante la comprobación del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas por parte de HOLCIM la Superintendencia podía declarar el riesgo amparado y hacer efectiva la póliza de cumplimiento. En efecto, no se trata de un proceso de carácter sancionatorio sino que corresponde a la garantía otorgada por HOLCIM para el cumplimiento de sus ofrecimientos lo cual tiene un carácter de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del estado y de la comunidad en lo que respecta a la libre competencia en el mercado [...].”

185. En lo referente a la alegación de la parte apelante consistente en que la SIC hizo exigible la totalidad del monto de la póliza sin justificación alguna y sin atender al principio de proporcionalidad, obviando el deber contenido en los artículos 1088 y 1099 del Código de Comercio, es necesario analizar las referidas normas, cuyo tenor literal es el siguiente:

“[...] ARTÍCULO 1077. CARGA DE LA PRUEBA. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad [...].”

ARTÍCULO 1088. <CARÁCTER INDEMNIZATORIO DEL SEGURO>.
Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso.

ARTÍCULO 1089. <LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>. Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él [...]

186. En el sub examine, la póliza emitida tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación impuesta mediante acto administrativo, en virtud de la Ley, específicamente por la facultad contenida en el inciso 4 del ya reseñado artículo 52 del Decreto Ley 2153 de 1992. Sobre los seguros para el cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias y el objeto del mismo, la Superintendencia Financiera ha indicado:

"[...] En primer término debe señalarse que el seguro que otorgan las entidades aseguradoras para efecto de respaldar el cumplimiento de disposiciones legales corresponde a una modalidad del seguro de cumplimiento regulado en el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuya aparición se remonta al año de 1938 con la expedición de la Ley 225 de dicha anualidad, por medio de la cual "se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento", extendiendo su cobertura a garantizar el "[...] cumplimiento de obligaciones que emanan de leyes o contratos".

Dicho seguro de cumplimiento, de acuerdo con la clasificación consignada en el artículo 1082 del Código de Comercio se enmarca dentro de los seguros de daños, de carácter patrimonial, en la medida que pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro).

Así, tratándose del seguro de cumplimiento de disposiciones legales el patrimonio de la entidad estatal se encuentra amenazado ante el eventual

incumplimiento de la obligación que debe atender el tomador del seguro. En este orden, la conducta del tomador, en cuanto pueda cumplir o no, se erige en el riesgo asegurado asumido por el asegurador [...]”.

187. Esta Sección de la Corporación⁴⁷ ha señalado sobre la cobertura de este tipo de seguros de cumplimiento:

“[...] los seguros de cumplimiento de disposiciones legales tienen como objeto el de amparar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales el Seguro de Cumplimiento (leyes, decretos, resoluciones, reglamentos), ocurridos durante la vigencia del seguro, imputables a la persona obligada.

En otras palabras, en este tipo de productos a diferencia de lo que ocurre con las pólizas de cumplimiento que respaldan contratos, la fuente de la obligación caucionada no es un negocio jurídico fruto del consentimiento de las partes, sino que emerge de un acto de autoridad contenido en una ley o acto administrativo [...].

De conformidad con lo anterior, es claro que el riesgo asegurado en este tipo de seguros recae sobre el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por la ley o el reglamento, las cuales, en el caso en concreto, corresponden a los actos que HOLCIM ofreció como garantía de no comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

En cuanto a los perjuicios a indemnizar, [...] los mismos corresponden a las afectaciones que se generarían por el eventual incumplimiento de las obligaciones garantizadas, por lo cual el monto de los mismos debe ser definido con base en dicho concepto, esto es cuál sería la consecuencia para el particular si llegase a inobservar la ley o el reglamento.

En el sub examine, el monto de la indemnización por incumplimiento de las garantías aceptadas para la terminación de un proceso por prácticas restrictivas a la competencia, se encuentra relacionado con el concepto de “garantía suficiente” al que refiere el inciso 4 del artículo 52 del Decreto

⁴⁷ “[...] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 6 de octubre de 2017; C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés; número único de radicación 25000232400020070011201 [...]”.

2153 de 1992, razón por la cual la SIC determinó que la misma ascendería al valor máximo de la posible sanción a imponer en el caso de que el proceso hubiese culminado con decisión adversa a la empresa sujeta al mismo, lo que se constituye en la tasación anticipada de perjuicios.

Así las cosas, es claro que la SIC cumplió con la carga correspondiente a la fijación del monto del perjuicio, pues como se concluyó previamente, en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias dicho valor se fija con base en las posibles consecuencias de la transgresión de las mismas, tal como se realizó en el caso objeto de estudio [...]”.

188. De este modo, el riesgo asegurado en este tipo de seguros recae sobre el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas por la ley o el reglamento, las cuales, corresponden a los actos que la parte demandada ofreció como garantía de no comisión de prácticas restrictivas de la competencia y los perjuicios a indemnizar corresponde a las afectaciones que se generarían por el eventual incumplimiento de las obligaciones garantizadas, por lo cual el monto es definido como si llegase a inobservar la ley o el reglamento.

189. En ese sentido, contrario a lo afirmado por la parte demandante, para la Sala el monto de la indemnización por incumplimiento de las garantías aceptadas para la terminación de un proceso por prácticas restrictivas a la competencia se encuentra relacionado con el concepto de “[...] *garantía suficiente* [...]” al que refiere el inciso 4 del artículo 52 del Decreto núm. 2153 de 1992 y asciende al valor máximo de la posible sanción a imponer en el caso de que el proceso hubiese culminado con decisión adversa a la empresa sujeta al mismo, lo que ocurrió en el presente asunto.

190. Así las cosas, en el asunto *sub examine* es claro que la parte demandada cumplió con la carga correspondiente a la fijación del monto del perjuicio, debido a que en los seguros de cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias dicho valor se fija con base en las posibles consecuencias de la transgresión de las mismas, por lo que la Sala no advierte que los actos administrativos acusados hayan desconocido la regla contenida en los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio. Tampoco encuentra la Sala que la indemnización procedente de la efectividad de la garantía se constituya en una fuente de enriquecimiento de la parte demandada o del propio Estado, dado que esta correspondió al valor fijado

como consecuencia del incumplimiento de los compromisos adquiridos por la demandante.

191. Por otra parte, en cuanto a la violación del debido proceso alegado por la demandante, la Sala advierte que no se configuró, en la medida en que desde la expedición de la Resolución núm. 00358 del 19 de enero de 2005, la parte demandante conocía que los hechos materia de investigación se originaron en una queja presentada por Cementos Andino S.A. contra varias cementeras por supuestas infracciones al régimen legal de libre competencia y, como consecuencia de dicha investigación, la parte demandada aceptó los ofrecimientos de garantías propuestos por Holcim, mediante la Resolución No. 34805 de 2005, cuyo incumplimiento devino en la ocurrencia del riesgo amparado por la póliza No. 1000-286351901 expedida por Seguros Comerciales Bolívar S.A., de ahí que para esta Sala, la sociedad demandante siempre tuvo conocimiento de los hechos que originaron la declaratoria de incumplimiento de las garantías ofrecidas y que llevaron a hacer efectiva la póliza que los amparaba, sin que se vislumbre la violación endilgada a la actuación demandada.

192. Además, la Sala advierte que en el acta de visita se explicó con claridad los motivos de inconformidad evidenciados por la parte demandada, la parte demandante rindió sus explicaciones, tuvo conocimiento del por qué se le estaba investigando, allegó pruebas, controvertió las obrantes en el expediente y tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción mediante el recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución núm. 7591 de 20 de marzo de 2007.

193. De esto modo, la parte demandada siguió el procedimiento previsto en el Decreto 2153 de 1992 y hubo plena congruencia entre lo que se encontró en la visita, la solicitud de explicaciones y en la resolución que declaró el incumplimiento, razón por la a la parte demandante se le respetó la garantía del debido proceso.

194. Ahora bien, la parte demandante adujo que no se dio cumplimiento a la garantía de imparcialidad por cuanto, como se puede apreciar de una simple comparación del texto de la Resolución núm. 26362 de 2006, con el que apareció en la nota que se publicó en la página Web de la parte demandada, el

Superintendente ya había emitido un concepto sobre el asunto y decidido sancionar a la parte demandante.

195. Manifestó que: “[...] como si lo anterior fuera poco, el Congreso de la República ha citado a diferentes debates al Ministro y al Superintendente de Industria y Comercio, en los que ha solicitado de manera permanente que sancione a las empresas cementeras [...] Es claro que es un proceso rodeado de semejantes intervenciones y opiniones no se dio cumplimiento a la garantía de imparcialidad que exigen los artículos 209 de la Constitución Política 30 del C.C.A. y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 [...]”.

196. Sobre el particular, la Sala advierte que en la Comisión Quinta del Senado, en sesión del 16 de agosto de 2005, se debatió la situación del sector cementero en Colombia, y como lo señaló la parte demandada, corresponde a una discusión del orden nacional sin injerencia en el trámite de la actuación administrativa y la decisión adoptada que probó el incumplimiento sino que tienden a que la administración corrija sus actuaciones pero nunca puede ser utilizado en contra de una entidad o de una persona.

197. Respecto a la entrevista radial concedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio (Jairo Rubio), la Sala advierte que en el misma el funcionario aclara que existía una investigación por presuntos acuerdos de precios supuestamente contrarios a la norma e informa que la misma fue cerrada a través del esquema de garantías y que en el mes de mayo de 2006, se efectuó visita a las tres compañías productoras de cemento en la que encontró que la parte demandante los había modificado, es decir que incumplieron sus compromisos, por lo que tomó la decisión de hacer efectiva las pólizas. En la entrevista el Superintendente precisa que el precio del cemento no está sometido al control de la entidad y que lo que le corresponde a ella es que los precios sean fruto de las reglas del mercado y en caso de que no sea así lo máximo que puede imponer es una sanción pecuniaria siempre respetándose el derecho de contradicción y defensa y las normas de procedimiento.

198. Al respecto, la Sala advierte que lo que hace el Superintendente de Industria y Comercio en la entrevista es explicar el alcance de la providencia de interés general ya proferida comunicando a la ciudadanía su sentido y alcance sin que se evidencie un motivo distinto o algún aspecto que afecte la imparcialidad

del funcionario en el marco del proceso administrativa y que pretenda perjudicar a la parte demandante.

199. Asimismo, en el cuaderno de anexos reposa un CD que contiene comentarios radiales en las emisoras Alerta, Melodía, RCN, Cadena Super, Santa, Radio Uno y la Luciérnaga que contiene afirmaciones periodísticas generales relacionados con anuncios de investigaciones, referidas a intervenciones del señor Ministro Jorge Botero respecto a si hubo o no acuerdo con los cementeros productores, a la probabilidad de que el gobierno fije los precios si no se llega a un acuerdo con los cementeros que ofrezca un precio razonable y estable.

200. En el mismo sentido, el CD del cuaderno principal tiene cinco referencias periodísticas en torno al tema en las que el señor Superintendente afirma que siempre la entidad ha estado pendiente para que no haya acuerdos contrarios al interés general entre productores entre si y entre estos y el gobierno, explica que la empresa Argos hizo un ofrecimiento al gobierno sobre mantener los precios hasta el primer semestre del año siguiente e hizo un ofrecimiento sobre un precio especial para programas de vivienda de interés social y el gobierno esta esperando que los otros productores se pronuncien.

201. Por último, los otros informes periodísticos son entrevistas al representante legal de Argos sobre inversiones en Estados Unidos y al representante de Cementos Andinos que informa que ha demandado a productores de cementos por competencia desleal.

202. Para la Sala estos elementos son noticias generales sobre el tema que no prueban que estén dirigidas a incidir en las decisiones de la parte demandada y no constituyen prueba de la incidencia de las decisiones adoptadas por la entidad, de modo que no se vulneran las disposiciones señaladas.

203. Por otra parte, Seguros Bolívar S.A. adujo en el recurso de apelación que se le vulneró el debido proceso al no considerar en la sentencia el escrito de alegatos de conclusión en el cual soportó la posición jurídica de su coadyuvancia, al abstenerse de pronunciarse sobre las pruebas solicitadas y del escrito de intervención oportunamente presentado.

204. Sobre el particular, la Sala advierte que en el recurso de apelación la aseguradora planteó los siguientes aspectos: (i) la póliza no amparaba el esquema de seguimiento; (ii) el esquema de seguimiento no hacía parte de los compromisos; (iii) no existe exigencia de que la documentación del cambio de precios debía estar establecida de forma previa (iv) nunca se pidieron explicaciones sobre el incumplimiento de compromisos y, (v) extralimitación de funciones de la parte demandada. Dichos argumentos fueron decididos de fondo por el *a quo* en primera instancia, de modo que la Sala no advierte vulneración del debido proceso.

205. Asimismo, en la sentencia de segunda instancia en el proceso 2007-00111, proferida por esta Sección de la Corporación se dejó constancia que Seguros Bolívar S.A. planteó los siguientes conceptos de la violación:

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

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

La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en falsa motivación en los considerandos de los actos acusados al afirmar que Holcim no demostró el cumplimiento de las garantías aceptadas, respecto del “Esquema de Seguimiento” por no dejar a disposición de la Superintendencia las constancias respecto de los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de los productos. La falsedad se configura por cuanto tal exigencia

no se consignó en el numeral 3.4.1 de la Resolución 34805 del 2005, ni en el literal b, del numeral 2 de la misma, ya que los criterios para la determinación unilateral de precios inicialmente informados a la Superintendencia de Industria y Comercio no sufrieron modificación alguna que generara la actualización de los mismos.

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

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

La afirmación según la cual en los seguros de cumplimiento en los cuales aparece como beneficiaría una entidad estatal es obvia la obligación de demostrar el monto de los perjuicios causados, en tanto el valor de la suma a pagar por el acaecimiento del riesgo asegurado, ha sido definido previamente, debe ser desvirtuada por cuanto no existe fundamento legal incorporado en norma que así lo disponga.

No se pactó ningún preestablecimiento del monto de la suma asegurada exigible en caso de incumplimiento, entre la Superintendencia de Industria y Comercio y la aseguradora y mucho menos se trató de un seguro cuyo valor asegurado dispone la ley, se trató de una cifra acordada entre la Superintendencia de Industria y Comercio y Holcim que al señalarse en la póliza, se traduce en un límite de responsabilidad, exigible al asegurador [...]”.

206. De este modo, los mismos conceptos de violación, cargos y problemas jurídicos establecidos en el escrito de coadyuvancia presentado en este proceso fueron definidos de fondo en el proceso con radicación núm. 2007-00111, por lo

que tuvo la oportunidad de que fueron estudiados en la misma actuación administrativa.

207. En ese orden, para la Sala la aseguradora tuvo la oportunidad de discutir los actos administrativos que lo afectaron en el proceso 2007-00111 correspondiente a la misma actuación administrativa, razón por la cual no se vulneró el debido proceso.

208. Comoquiera que las anteriores son las cuestiones centrales de los recursos de apelación, la Sala encuentra que la decisión acusada se ajusta a la normativa aquí analizada, luego la sentencia apelada será confirmada, pero por las razones expuestas, como en efecto se dispone en la parte resolutive de esta providencia.

Conclusión de la Sala

209. En suma, la Sala considera que los argumentos expuestos por la parte demandada y Seguros Bolívar S.A. en los recursos de apelación no están llamados a prosperar, dado que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados. Por lo tanto, la Sala confirmará la sentencia proferida, en primera instancia.

Condena en costas

210. La Sala considera que no hay lugar a condenar en costas en segunda instancia en razón a que el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo establece que, en los juicios que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo esta condena procederá “[...] *teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes [...]*”, es decir, corresponde al juzgador valorar el comportamiento de las partes, dentro del marco de su *arbitrio juris*.

211. Bajo ese panorama, a juicio de la Sala, el comportamiento de la parte demandante no estuvo precedido de la mala fe ni de la intención de entorpecer el proceso, en atención a que, aunque resultó vencida en juicio, ello no conlleva automáticamente la condena en costas, comoquiera que la actuación se enmarcó en los principios y obligaciones que gobiernan la actividad judicial.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C" en Descongestión, de 1 de octubre de 2012, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado