

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., doce (12) de julio de dos mil dieciocho (2018).

Radicación Número: 25000-23-24-000-2007-00152-01

Actora: HOLCIM COLOMBIA S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho – Fallo de Segunda Instancia

La Sala resuelve el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante, Holcim Colombia S.A. –en adelante Holcim-, contra la sentencia del 20 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “C” en Descongestión, que resolvió.

***“PRIMERO. - DECLÁRASE** no próspera la excepción de legitimación en la causa por activa de Holcim para demandar la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar, por haberse corregido la demanda y suprimir sus pretensiones en relación con ese acto.*

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

***TERCERO.-** Sin lugar a condenar en costas.*

***CUARTO.- DEVUÉLVASE** al actor 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”*

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Holcim, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo –en adelante C.C.A.- presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el objeto de que se declarara la nulidad de las resoluciones proferidas por la SIC, que declararon el incumplimiento de los compromisos adquiridos por Holcim de no incurrir en acuerdos para la fijación de precios y repartición de cuotas de mercado o suministro, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 34804 del 23 de diciembre de 2005, e hicieron efectiva la póliza de garantía que respaldaba dichos compromisos.

1.1. Al respecto, formuló las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA.- *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 26361 de 11 de octubre de 2006, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.*

SEGUNDA.- *Que se declare la nulidad de la Resolución No. 7492 de 16 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 No. 26361 de 11 de octubre de 2006, al resolver el recurso de reposición que contra esta interpuso Holcim (Colombia) S.A.*

TERCERA.- *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 No. 34804 del 23 de diciembre de 2005” fue contraria a derecho.*

CUARTA.- *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 de riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000-286352001 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 del valor asegurado de “setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000) m/cte” fue contraria a derecho.*

QUINTA.- *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 publicar los actos demandados.*

SEXTA.- 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 se ordene la restitución de las sumas que Holcim llegare a pagarle a la aseguradora 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-.

SÉPTIMA.- Que se condene a la Nación – Superintendencia de Industria y Comercio a pagar las costas de este proceso.

OCTAVA.- Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.

II. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Primera.- Que se declare la nulidad del Artículo Tercero de la Resolución No. 26361 de 11 de octubre de 2006, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, en cuanto por el dispuso “hacer efectiva la póliza No. 1000-286352001 expedida por Seguros Comerciales Bolívar por valor asegurado de setecientos sesenta y tres millones de pesos (\$763.000.000) m/cte.

Segunda.- Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 7492 de 16 de marzo de 2007, también expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, en cuanto por ella se confirmó, entre otras, la decisión contenida en el Artículo Tercero de la Resolución No. 26361 de 11 de octubre de 2006.

Tercera.- Que en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la Superintendencia de Industria y Comercio no tenía derecho a hacer efectiva la póliza No. 1000-286352001.

Cuarta.- Que también, en consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la mencionada póliza solamente podía haberse hecho exigible por un monto equivalente a la multa que la Superintendencia de Industria y Comercio podía haber impuesto en este caso, si le hubiera dado aplicación, como tenía que hacerlo, al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 36 del C.C.A.

Quinta.- 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 las Resoluciones No. 26361 del 11 de octubre de 2006 y 7492 de 16 de marzo de 2007. En especial, que se ordene la restitución de la diferencia entre las sumas que Holcim llegare a pagarle a la aseguradora como consecuencia de haberse hecho efectiva la mencionada póliza, como lo pretende la Superintendencia de Industria y Comercio, y aquellas que se hayan declarado en la pretensión cuarta anterior debidamente actualizadas.

Sexta.- *Que, a título de indemnización de perjuicios, se condene a la Nación-Superintendencia de Industria y Comercio a pagar intereses a la tasa máxima permitida por la ley, liquidados desde la fecha en que se haya realizado el pago por parte de Holcim a la aseguradora, como consecuencia de las garantías cuya efectividad pretende la Superintendencia de Industria y Comercio y hasta la fecha en que la entidad demandada restituya la diferencia entre lo pagado y la suma que el Tribunal haya declarado en la pretensión cuarta anterior.*

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

Octava.- *Que se disponga el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.”*

1.2. En apoyo de sus pretensiones, el demandante señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que, mediante la Resolución No. 358 de 19 de enero de 2005, la SIC dispuso abrir investigación en contra de las empresas Cementos Paz del Rio S.A., Compañía de Cemento Argos S.A., Cementos del Caribe, Cementos Rioclaro S.A., Compañía Colombiana de Clinker S.A., Cementos de Caldas S.A., Cementos de Toluviejo S.A., Holcim S.A. y Cemex Colombia S.A., así como en contra de sus representantes legales, por la presunta infracción de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en razón de una denuncia presentada por Andino por la manipulación de los precios del cemento Portland Tipo I, en el periodo comprendido entre septiembre de 2003 y septiembre de 2004.

Dijo que, el 10 de noviembre de 2005, Holcim a través de su representante legal, solicitó el cierre de la investigación y ofreció garantías vigentes, como también el compromiso de mantener la información de los precios del cemento Portland Gris Tipo I actualizada en todo momento y a disposición de a SIC, incluida la de gastos de transporte, obligaciones que estarían vigentes por 3 años, contados a partir de la aprobación de las mismas.

Narró que, el 24 de noviembre de 2005, aportó información relacionada con los criterios que fueron utilizados para la determinación del precio del cemento Portland Gris Tipo I y los ítems que componen los costos variables, además de los medios

de producción del mismo cemento con marca Boyacá, que fue complementado el 9 de diciembre de 2005.

Que por medio de la Resolución No. 34804 del 23 de diciembre de 2005, la SIC aceptó las garantías, adoptó el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento, así como la garantía bancaria, detalladas en el artículo 1, y ordenó la clausura de la investigación.

Adujo que el 24 de mayo de 2006, en ejercicio de las facultades de verificación establecidas en los numerales 10 y 11 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, la SIC practicó una visita de inspección a las instalaciones de Holcim, solicitó información y documentos relacionados con el cumplimiento de las garantías, y además, requirió a la sociedad con el fin de que explicara y aportara las pruebas necesarias que permitieran evaluar el cumplimiento del numeral 3.4.1 de la Resolución No. 34804 de 2005, para hacer, efectiva la garantía.

Sostuvo que, concluido el trámite, la SIC expidió la Resolución No. 26361 de 11 de octubre de 2006, mediante la que declaró el incumplimiento de los compromisos adquiridos por la empresa y la ocurrencia del riesgo amparado en la póliza de seguro de cumplimiento No. 1000-286352001 expedida por Seguros Comerciales Bolívar, a favor de la SIC, por valor de \$763.000.000.

Frente a la decisión anterior, tanto Holcim como Seguros Comerciales Bolívar interpusieron recurso de reposición, que fueron resueltos mediante Resoluciones No. 7492 de 16 de marzo de 2007, y 8827 de 29 de marzo de 2007, respectivamente que, confirmaron en todas sus partes la decisión recurrida.

1.3. La parte actora dijo que los actos demandados violaron lo dispuesto en los artículos 13, 29, 209 y 228 de la CP; artículos 30, 34, 35, 36, 59 y 65 del C.C.A.; el artículo 1596 del Código Civil; el artículo 188 del CPC; los artículos 1077, 1088 y 1089 del Código de Comercio; los numerales 2 y 21 del artículo 2, numerales 12 y 15 del artículo 4; el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 3 de la Ley 489 de 1998.

Como sustento de las pretensiones de nulidad, la parte demandante explicó el alcance del concepto de la violación en siete cargos por violación de las normas que consagran el

otorgamiento de garantías para la clausura de una investigación, por la presunta realización de acuerdos restrictivos de la competencia; por vulneración del debido proceso y de las normas superiores; por falsa motivación y por violación a los principios de proporcionalidad e imparcialidad que a continuación se resumen:

1.3.1. Violación de los artículos 35 y 59 del C.C.A.

Manifestó que Holcim en virtud de la Resolución No. 34804 de 2005 adquirió unos “compromisos”, señalados expresamente en el capítulo segundo, de dicha Resolución, mas no lo contenido en el numeral 3.4.1 y en los capítulos de “Garantías” y “Esquema de seguimiento”, como lo interpretó la SIC.

Que en la mencionada Resolución, no se indicó que la constancia por escrito del criterio que dio origen a la variación del precio tenía que hacerse *“en el momento mismo de realizar cada modificación”*, sino que debía mantenerse a disposición de la SIC.

Dijo que, en la visita realizada por la SIC el 24 de mayo de 2006, rindió declaraciones el Director Comercial de la empresa, encargado de implementar las decisiones de cambio de precios, y quien entregó el documento de *“Criterios utilizados para la determinación del precio”*. Que tal documento, se fundó en dos criterios para la variación de los precios: (i) la *“razón básica”* generada por la confusión en el mercado después de las declaraciones dadas por los funcionarios del alto gobierno, pues Holcim contaba con una base de precios mucho más alta que la que debía ser compatible con lo declarado; y, (ii) los *“criterios secundarios”* para soportar dicha variación como, por ejemplo, tener en consideración los márgenes presupuestales pues durante la primera quincena de enero del año 2006, los resultados económicos estuvieron muy por debajo de lo esperado. Frente a lo anterior, la SIC no solicitó explicaciones a Holcim y, en consecuencia, le quitó la oportunidad de defenderse.

Expuso como argumento básico que las modificaciones de precios del cemento en Casanare y Huila, obedecieron a la restricción del tránsito de vehículos que transportaron sustancias consideradas como precursores químicos o reemplazos de los mismos, entre ellas, del cemento y que, por ende, se limitó a la aplicación de acciones comerciales que permitieran subsanar el

desabastecimiento temporal, para lo que aplicó “El Tracking de Precios”.

Por otro lado, describió las evidencias que dicha herramienta¹ arrojó para el caso de Casanare, Huila, Arauca, Neiva, Tolima y Villavicencio entre el 23 de marzo y 12 de mayo de 2006, y dijo que a pesar de que la SIC no consideró ese mecanismo como idóneo, no debía concluir que la accionante adoptó sus decisiones en forma concertada, pues la metodología utilizada presentaba un margen de error mínimo y era universalmente aceptada.

Hizo referencia a que los compromisos considerados como incumplidos por parte de la SIC no se encontraban amparados por la póliza y que, al hacerse efectiva, los actos fueron falsamente motivados.

1.3.2. Violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el numeral 12 del artículo 4 y con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

Sostuvo que con los actos acusados se violaron las normas que disponen el otorgamiento de las garantías para la clausura de una investigación, por la presunta realización de acuerdos restrictivos de la competencia.

Dijo que, para que se aceptara el ofrecimiento de las garantías, debía asegurarse que la suspensión o modificación de la conducta investigada eliminaría el elemento que, en la apertura de la misma, se consideró como anticompetitivo, pues el mencionado mecanismo procedimental, comporta, en esencia, un compromiso de suspender la conducta analizada o de eliminar sus efectos y de no incurrir nuevamente.

Agregó que el decreto en mención no señaló en forma clara y precisa cómo debía ser la estructura de las garantías y, por ello, la SIC desarrolló, a través de conceptos propios, la estructura de las mismas en tres elementos: (i) suficiencia u ofrecimiento o compromiso principal; (ii) colateral, y (iii) esquema de seguimiento.

¹ Tracking de precios

Después de explicar detalladamente cada uno de los elementos mencionados, concluyó que no se demostró que la accionante hubiese incumplido el compromiso que ofreció de abstenerse de realizar acuerdos horizontales, consistentes en la fijación directa o indirecta de precios, en la repartición de mercados o en la discriminación en contra de terceros y de sus canales de comercialización; o que hubiese disminuido los precios del cemento por debajo de los costos variables de los medios de producción.

1.3.3. Violación del artículo 29 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Manifestó que el esquema de seguimiento al cumplimiento de las garantías era una instrucción y no la aceptación de las garantías y propiamente, el mismo fue impuesto de manera oficiosa por la SIC, ya que las empresas no propusieron dicha instrucción en su ofrecimiento. Indicó que, Holcim simplemente ofreció, de manera accesoria, que mantendría la información relacionada con los criterios de fijación de precios y, que en consecuencia, debía darse la aplicación al numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153, en cuanto a que el Superintendente podía decidir la terminación de la investigación una vez Holcim ofreció garantías suficientes de no repetición de la conducta investigada.

Dijo que se aplicó una pena distinta a la que correspondía en este caso, ya que el mencionado Decreto no establecía la cuantía de las sanciones que la SIC puede imponer y, por lo mismo, debió aplicarse lo dispuesto en el artículo 65 del C.C.A.

1.3.4. Violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 52 Decreto 2153 de 1992.

Dijo que se violó el debido proceso, pues en el oficio radicado No. 03-104506 del 6 de julio de 2006, la SIC solicitó a Holcim explicaciones y pruebas para evaluar el posible incumplimiento del numeral 3.4.1 de la Resolución No. 34804 de 2005, y posteriormente, en la Resolución No. 26361 de 2006, fue sancionada por el supuesto incumplimiento del literal b) numeral 2 de la Resolución 34804, y adicionalmente hizo observaciones

sobre la idoneidad y validez de los criterios utilizados para modificar los precios del cemento portland gris tipo 1.

Por lo anterior, se demostró la incongruencia entre lo investigado y lo sancionado.

1.3.5. Violación del artículo 29 de la Constitución Política en concordancia con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Explicó que, conforme con las reglas del debido proceso, nadie puede ser sancionado sino por normas preexistentes al acto que se le imputa.

Hizo referencia al Decreto 2153 de 1992, que prevé sanciones hasta de 2.000 SMMLV, por la comisión de conductas que atenten contra la libre competencia y afirmó que la SIC excedió los límites de su potestad al sancionar a la demandante sin norma preexistente. Al respecto dijo que la fórmula aplicada, según la cual las pólizas se prorrogaban hasta por 3 años, permitía cobrarle a la aseguradora hasta 2.190 SMMLV.

1.3.6. 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.

Expuso que no se dio cumplimiento a la garantía de imparcialidad que prevén los artículos 209 de la CP, 30 del C.C.A. y 3 de la Ley 489 de 1998, pues el proceso estuvo rodeado de comunicados públicos por parte de la SIC tanto en su página web como en prensa, radio y televisión, en los que públicamente dijo que Holcim S.A. había incurrido en conductas sancionables respecto de la fijación de precios, además de las manifestaciones hechas por parte de funcionarios del alto gobierno y de los medios de comunicación.

1.3.7. Violación del artículo 36 del C.C.A., en concordancia con los artículos 1596 del Código Civil, 1077, 1088 y 1089 del Código de Comercio y 13 de la CP.

Dijo que el incumplimiento en el que presuntamente incurrió Holcim y que generó la sanción no tuvo la gravedad, ni afectó de

tal magnitud al mercado, como para imponer la máxima sanción posible, siendo evidente la falta de proporcionalidad pues el incumplimiento endilgado no era propio de una obligación principal sino de una carga accesoria.

Agregó que fue clara la interpretación contenida en los actos recurridos, en el sentido que tenía que dejar por escrito el criterio que había utilizado para modificar los precios del cemento en el mismo momento en que ocurrió el suceso, y que este no se encontró en forma expresa ni tácita en la Resolución demandada, por lo que insistió en que no obró de mala fe.

Y dijo que, además, pese a la existencia de la Resolución No. 7492 de 2007, la SIC señaló que el principio de proporcionalidad no era aplicable para el caso de efectividad de una póliza de seguro de cumplimiento, actuación que contraría las normas del contrato de seguros, previstas en los artículos 1077, 1088, 1089 del Código de Comercio, y 1596 y 1601 del Código Civil, además del artículo 13 de la CP y del 36 del C.C.A.

2. Admisión de la demanda

Mediante auto del 22 de noviembre de 2007 (folios 112 y 113), el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A², admitió la demanda, ordenó las notificaciones de rigor y solicitó a la parte demandada aportar los antecedentes administrativos que originaron la expedición de los actos demandados.

También ordenó la vinculación de la Compañía Seguros Bolívar, garante de la póliza de cumplimiento No. 1000-286352001.

3. Contestación

La **SIC** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante, en consideración a los siguientes argumentos:

Luego de citar los artículos 334 de la CP y el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, aclaró que contrario a lo

² Posteriormente, el expediente fue enviado a la Sección Primera, Subsección C en Descongestión del mismo Tribunal, para que dictara la sentencia correspondiente.

expuesto por la demandante, la SIC en los actos demandados expresó motivos reales y serios para declarar el incumplimiento de las garantías aceptadas mediante Resolución No. 34804 de 2005.

Dijo que los compromisos adquiridos por la investigada, el esquema de seguimiento y las pólizas de seguro o bancarias, hacían parte de las garantías que se otorgaron para terminar la investigación en contra de Holcim y que, por tal razón, el compromiso que la inculpó, [numeral 3.4.1 de la Resolución 34804 de 2005] hacía parte de las obligaciones que adquirió la sociedad en la citada Resolución.

Resaltó que de acuerdo con el artículo 333 de la CP, a Holcim S.A. le correspondía mantener a disposición de la SIC: (i) la información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos, (ii) los soportes documentales de la variación de los precios, y (iii) cada una de las constancias suscritas por la presidencia o por el órgano competente para fijar los precios, donde se acrediten los criterios que se tuvieron en cuenta para la respectiva modificación de los mismos.

Indicó que entender que la constancia de variación de precios se podía hacer en cualquier momento, como lo hizo la demandante, tácitamente elimina la obligación de mantener a disposición de la SIC la información relativa a la variación de precios.

Explicó que la investigación se inició por un supuesto acuerdo de precios en el mercado de varias cementeras y, por tal razón, era importante tener los elementos de juicio o pruebas que acreditaran que la variación del precio del cemento se había efectuado de forma unilateral, basada en razones de mercado.

En relación con el documento aportado de fecha 24 de mayo de 2006, expresó que tenía modificaciones hechas en enero 17, en marzo 23 y en mayo de 2006, lo que demostró que los documentos no estaban a disposición de la SIC en la forma señalada en el numeral 3.4.1 de la Resolución en mención, pues la demandante se limitó a enunciar un criterio sin probar la existencia de los hechos que le sirvieron de soporte para variar el precio del cemento.

Aclaró que la SIC nunca manifestó que estaba prohibido que los obligados se basaran en dos o más criterios para fijar sus precios y que, tanto en la actuación administrativa, como en la vía gubernativa, Holcim no probó cómo las declaraciones de altos funcionarios del gobierno influyeron en la variación de los precios, pues solo se limitó a hacer una afirmación igual, a la hecha en los márgenes de rentabilidad “Presupuesto 2006”.

Dijo que la actora incurrió en error, al señalar que la SIC debió tener en cuenta las resoluciones 017 y 018 de 2003 con base en el artículo 34 del C.C.A., por cuanto dicha norma hacía referencia a aquellas pruebas que no tienen una solemnidad especial y no a todas las pruebas establecidas en el artículo 3, inciso 2 del C.C.A., y que en caso de haberse tenido en cuenta, no eran suficientes para probar el criterio denominado por la actora como *“La oferta y demanda de los productos: dificultades en el suministro por restricción en la distribución del producto”*.

En cuanto al criterio *“Las señales y expectativas del mercado del cemento: Tracking de precio”*, dijo que la actora no explicó o aportó elementos de juicio que le hubieran permitido determinar la incidencia relativa o porcentual que tuvo el sondeo de precios en la variación presentada en marzo 23 de 2006.

Agregó que la póliza de seguro ampara todas las obligaciones que adquiere el investigado en la resolución de aceptación de garantías y que la SIC, al aceptar las garantías y al declarar su incumplimiento, tuvo en cuenta las disposiciones del Decreto 2153 de 1992, en especial los artículos 2 [numeral 2]; 4 [numeral 12] y 52.

Expresó que, en ningún momento, declaró el incumplimiento de las garantías por haber encontrado que Holcim incurrió nuevamente en la conducta objeto de investigación y que el esquema de seguimiento fue tenido en cuenta a juicio del Superintendente, dado que los compromisos ofrecidos no cumplían las exigencias del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en cuanto no se constituían en garantía suficiente que permitiera terminar la investigación y que, por tal razón, fueron complementados con el esquema de seguimiento.

Por otro lado, indicó que no impuso sanción alguna a Holcim, ya que lo que hizo fue declarar el incumplimiento de unas obligaciones y garantías, y como las mismas fueron amparadas por una póliza de seguro, ordenó su efectividad. Al respecto dijo que dicha póliza fue clara al señalar *“Garantizar el cumplimiento por parte del Holcim (Colombia) S.A. de las garantías aceptadas por el asegurado mediante la Resolución nro. 34804 de 2005”*.

En cuanto a la falta de imparcialidad en el transcurso de la investigación, dijo que Holcim recusó al Superintendente y que, en respuesta, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo consideró que no había impedimento alguno para que el mismo siguiera conociendo de la investigación y agregó que, en relación con los medios de comunicación y el Congreso, no existió presión alguna como lo sostuvo la demandante-

Explicó brevemente el principio de proporcionalidad y manifestó que aunque el valor asegurado en la póliza afectada hubiese sido equivalente al valor máximo de la multa que la ley señala para las infracciones a las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, no podía decirse que la misma impuso una sanción, pues dado que la investigación que se adelantaba por un presunto acuerdo de precios no llegó a su fin gracias al otorgamiento de las garantías, que permitió su terminación anticipada.

Para concluir, propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por parte de Holcim para demandar la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar, por cuanto la parte demandante carecía de interés para demandar dicha resolución.

Por lo anterior solicitó que se denieguen las súplicas de la demanda.

4. Actuaciones relevantes previa sentencia de primera instancia.

La Compañía aseguradora Seguros Comerciales Bolívar S.A. en la oportunidad procesal formuló, dentro del presente asunto, sus argumentos para alegar de conclusión con fecha de 8 de abril de 2011, sin embargo, lo que hizo en su escrito fue solicitar la declaratoria de nulidad de los actos que se acusan en el presente

proceso, consecuencialmente el restablecimiento del derecho y formuló verdaderos argumentos de defensa para que se declarara que no procedía la declaratoria de ocurrencia del riesgo asegurado bajo la póliza de cumplimiento No. 1000-286352001.

Sobre este punto, precisó el Tribunal que la Corporación, en su oportunidad, al resolver negativamente el recurso de reposición interpuesto por el representante legal de Holcim, contra el auto que inadmitió la demanda y ordenó agregar al expediente el poder debidamente conferido por el representante legal de la sociedad Aseguradora Comercial Bolívar, consideró que a Holcim S.A. no le asistía legitimación en la causa por activa para demandar la Resolución No. 8827 de 29 de marzo de 2007, en tanto que la SIC dispuso notificar la decisión contenida en la Resolución No. 26361 de 11 de octubre de 2006, que declaró el incumplimiento de Holcim, en forma separada a la demandante y a la empresa aseguradora.

Aclaró que las dos interesadas, en el acto notificado, interpusieron recurso de reposición, igualmente en forma separada, los cuales fueron decididos por la SIC en las Resoluciones No. 7492 de 16 de marzo de 2007 para Holcim y 8827 de 29 de marzo de 2007 para la aseguradora.

Explicó que los actos particulares tenían efectos concretos y que solo podían ser demandados por quien se creía lesionado y no por terceros, pues tal hecho daba lugar a que se presentara la falta de legitimación por activa y como quiera que la compañía aseguradora había demandado ya la Resolución No. 8827, el Tribunal de la Sección Primera, Subsección A, definió que Holcim solamente estaba legitimada para demandar las Resoluciones No. 26361 y 7492 de 11 de octubre de 2006 y 16 de marzo de 2007, respectivamente, por tal motivo la demandante corrigió la demanda suprimiendo las pretensiones relativas a la Resolución No. 8827 de 29 de marzo de 2007.

Se refirió al proceso en el que obra como demandante Seguros Comerciales Bolívar, sobre el cual el Magistrado que lo conocía hizo un estudio frente a la acumulación de esa acción con el presente asunto y expresamente concluyó diciendo: *“Del análisis del vínculo que sostienen las partes actoras de los procesos Nos. 25000-23-24-000-2007-00112-01 y 25000-23-24-00-2007-0152-01 el Despacho establece que entre*

ellas no existe en realidad, una relación sustancial que justifique la acumulación de procesos.”

Por lo expuesto, el *A Quo* no consideró el escrito de alegatos de conclusión de la Compañía Aseguradora e insistió que contenía elementos en su defensa planteados, que deberían resolverse en la causa donde obraba como demandante y las consideraciones y decisiones, en el presente asunto, como corresponde, se concretarían en las pretensiones del actor Holcim S.A.

5. Fundamentos de la sentencia recurrida

En sentencia del 20 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, denegó las pretensiones de la demanda (fls. 495 a 541), con fundamento en razonamientos que pueden resumirse así:

Declaró impróspera la excepción propuesta por la SIC, sobre la falta de legitimación por activa de Holcim para demandar la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Compañía de Seguros Comerciales Bolívar, porque la demanda fue corregida por el actor, en cuanto que, para que fuera procedente suprimió sus pretensiones referidas a la Resolución No. 8827 de 29 de marzo de 2007 expedida por la SIC que confirmó la decisión contenida en la Resolución No. 26361 de 11 de octubre respecto a la compañía aseguradora.

Luego de un recuento de las normas que rigen la actividad de la SIC y de los hechos que ordenaran hacer efectiva la póliza, consideró que la demandada tenía plenas facultades para adelantar la investigación en contra de Holcim S.A., en tanto que las conductas investigadas fueron presuntamente contrarias a las normas que regulan la libre competencia.

Adujo que, la Resolución No. 34804 del 23 de marzo de 2005 tuvo como consideración primigenia la investigación ordenada mediante Resolución No. 358 de 19 de enero de 2005, que se profirió luego de encontrar elementos en torno a la probable violación de normas que establecen prohibiciones de acuerdos contrarios a la libre competencia, fijación directa de precios, determinación de condiciones discriminatorias de venta o

comercialización de conductas, relacionó claramente los compromisos ofrecidos por Holcim. En aparte diferente fijó los acuerdos que de “manera específica” deberían cumplirse.

Por su parte, adujo que la garantía fue constituida con objeto de respaldar el cumplimiento por parte Holcim (Colombia) S.A. de *“las garantías aceptadas por el asegurado mediante Resolución No. 34805 de 2005.”*

Expresó que tanto la póliza de garantía como el plan de seguimiento fueron intrínsecos a la Resolución de aceptación de ofrecimientos de garantía y que las mismas no podían ser analizadas de forma independiente ni aislada, por cuanto en ellas se aceptó el acuerdo que pretendía suspender la investigación sobre presuntas conductas ilícitas desplegadas por la actora para la fijación de los precios del cemento gris portland tipo 1. Para el efecto, citó el concepto No. 02111018 de 30 de enero de 2003 de la propia SIC.

Sostuvo que los compromisos adquiridos por Holcim sí estaban contemplados dentro de los garantizados y que por ende estaban amparados en la póliza No. 1000-286352001, que se constituyó para dar cumplimiento a la Resolución Nro. 38405 de 2005.

Adujo que no se adicionó el factor tiempo pues tal garantía se mantendría en todo momento actualizada y lista a disposición de la SIC para cada una de las empresas investigadas, por lo que el accionado debió presentar al momento de la visita, una evidencia documental verificable sobre la variación de precios realizada.

Indicó como justa la expedición de la Resolución de incumplimiento No. 26361 de 2006, pues se encontró y registró un hallazgo conforme al numeral 3.4.1 de la Resolución No. 34805 y las explicaciones dadas por Holcim fueron insatisfactorias. Que, además, en esa resolución la SIC analizó cada uno de los argumentos y explicaciones dados por la sociedad investigada.

Dijo que lo mismo sucedió respecto del criterio “Tracking de precios” y otras metodologías expuestas por Holcim pues para que pudieran servir de soporte a las decisiones empresariales debían dejar ver la manera como incidieron en la variación de precios.

Manifestó que le asistió razón a la parte demandada cuando dijo que el esquema de seguimiento no es una instrucción, sino una obligación de acción u omisión y aclaró que la decisión de declarar el incumplimiento no fue producto de una sanción sino del seguimiento de las garantías, y que en consecuencia, no se trataba de la aplicación de una pena como lo entendió la actora.

Expuso que el proceso de investigación se suspendió dentro de las facultades otorgadas a la SIC, previa la aceptación de las garantías que se consideraron suficientes, y que, ante el incumplimiento, se declaró la ocurrencia del riesgo y se hizo efectiva la póliza No. 1000- 286352001.

Respecto de la cuantía, dijo que la Resolución No. 34804 en el numeral 2.2 fue clara al establecer el compromiso de constituir una póliza de seguros por un valor igual al 100% que regía en el momento de su expedición para la sanción máxima que esa autoridad podía imponer por la ocurrencia de la conducta, sancionable y que, en tales términos, fue constituida y aceptada.

Señaló que no se violó el procedimiento establecido en el Decreto 2153 de 1992, pues hubo plena congruencia entre lo que se encontró en la visita y lo consignado en la Resolución que declaró el incumplimiento. Que además, la accionante fue informada con absoluta precisión sobre el por qué se le estaba investigando, aportó pruebas, las controvertió e interpuso el recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución No. 074 de 1 de marzo de 2007.

Reiteró que, en el caso en particular, no se impuso una sanción administrativa sino que se declaró la ocurrencia de un siniestro, se hizo efectiva una garantía de conformidad con los parámetros acordados en la Resolución No. 34804 de 2005 y se fijó la cuantía en el 100% de la máxima permitida como sanción.

Sobre las objeciones formuladas, relativas a la imparcialidad, el Tribunal expresó que lo reseñado por la demandante como injerencia indebida del Congreso en la decisión adoptada por la SIC no fue más que situación ocurrida al interior del Senado, propia del ejercicio legislativo.

Frente a los CD's adjuntos como prueba, en los que se hicieron preguntas periodísticas sobre lo que pasó con el sector productor de cemento al Superintendente, no se encontró intención diferente a la de comunicar a la ciudadanía una decisión ya adoptada y de interés general, es decir, ninguna afirmación que implicara animo de perjudicar a Holcim.

Para concluir, reiteró que la efectividad de la póliza no podía hacerse en tasaciones ni acuerdos de disminución o consideraciones distintas a hacerla efectiva en el monto y condiciones pactadas. Que la SIC no incurrió en violación al debido proceso al proferir las resoluciones que se acusan y que, por ende, no podía hablarse de una falsa motivación.

No declaró como prósperas las pretensiones del actor y al verificar que no se efectuó por Holcim desembolso alguno a favor de la compañía aseguradora, no consideró necesario valorar el dictamen pericial rendido.

6. Fundamentos del recurso de apelación

6.1. Holcim fundamentó su inconformidad con la sentencia del Tribunal, mediante escrito del 18 de abril de 2012 (Folios 580 a 620), en los siguientes términos:

Señaló que no es cierto que al efectuar el ofrecimiento de garantías, Holcim hubiera aceptado que realizaba los hechos por los cuales se le investigaba y mucho menos que había infringido las normas de libre competencia. Que también fue equivocado que, al aceptar las garantías, la SIC suspendiera la investigación y, a continuación, dijo que la Resolución No. 34804 de 2005 ordenó clausurar la investigación, no suspenderla.

Insistió en que la garantía y la póliza respaldan una obligación accesoria y no colateral, por lo que las disquisiciones que hizo la sentencia eran innecesarias y contradictorias con el contenido de los actos administrativos demandados.

Adujo que, con fundamento en el acta de la visita realizada el 24 de marzo de 2006, la SIC determinó qué asuntos debían ser investigados y requerían de Holcim explicaciones y pruebas, las

que fueron decretadas mediante oficio bajo radicado 03-104506 de 6 de julio de 2006 (folios 168 y 169 cdno anexos)

Indicó que la SIC solicitó informes y pruebas a Holcim para evaluar el posible incumplimiento del numeral 3.4.1 de la Resolución 34804 de 2005 y agregó que en ninguna parte se mencionó el literal b) del numeral 2 de la misma Resolución.

Que, posteriormente, en la Resolución No. 26361 de 2006, la SIC sancionó a Holcim por el supuesto incumplimiento del literal b) del numeral 2 de la Resolución No. 34804 de 2005, y adicionalmente, hizo una serie de consideraciones sobre la idoneidad y validez de los criterios utilizados por la sociedad para modificar los precios del cemento, cuestiones sobre las que no se había solicitado explicación con anterioridad.

Insistió en la violación del derecho al debido proceso pues al investigado se le debe indicar con absoluta precisión el asunto que se está investigando y advirtió que solamente puede ser sancionada por aquello que se ha informado y que se considere una infracción.

Expuso que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 señaló que cuando se trata de investigar el incumplimiento de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia, se debe notificar personalmente al investigado para que solicite y aporte las pruebas que pretenda hacer valer.

Señaló que la SIC únicamente le informó que la investigación se iniciaba por un incumplimiento del numeral 3.4.1 de la Resolución de aceptación de garantías y que, por esa razón, no podía posteriormente sancionarla por el supuesto incumplimiento del literal b) del numeral 2 de la misma resolución, como en efecto lo hizo.

Dijo que, con lo anterior, se muestra claramente la incongruencia entre lo investigado y lo sancionado y, con ello, la evidente violación del artículo 29 de la CP.

5.2. Seguros Comerciales Bolívar S.A. fundamentó su inconformidad con la sentencia del Tribunal, mediante escrito del

11 de abril de 2012 (Folios 542 a 578), con los argumentos que, a continuación, se resumen:

Dijo que el *a quo* ha debido reconocer literalmente la manifestación de idoneidad y suficiencia de los compromisos ofrecidos por Holcim y abstenerse de reconocer la afirmación que realizó la SIC, a partir de la cual pretendió redefinir, a su favor, los términos del acuerdo, conforme la Resolución No. 34804 de 2005.

Que la SIC asumió que las obligaciones de la accionante que se incorporaron en el punto relativo al “esquema de seguimiento” se entendían complementarias de los “compromisos” asumidos, lo que constituía un compromiso más y por lo tanto, sería cubierto por la garantía de seguros, cuestión que no es cierta.

Mencionó que nunca se pidieron explicaciones formales por un supuesto incumplimiento de compromisos a Holcim pero que sí se declaró, lo que violó el derecho de defensa de la sociedad y, con ello, el de la Aseguradora, en su calidad de garante del acuerdo. Adujo como prueba que la firma auditora ERNST & YOUNG verificó el cumplimiento de todos los compromisos, en informe de 31 de julio de 2006, el cual fue remitido a la SIC con fecha de 2 de agosto de 2006.

Insistió en que la póliza No. 1000-286352001 se expidió para garantizar el cumplimiento de los ofrecimientos hechos por Holcim y aceptados por la SIC que fueron incorporados en el considerando “segundo” del acto administrativo No. 34804, bajo los numerales “2.1. Compromisos y 2.2 Colateral”.

Que, el Tribunal, al momento en que decidió hacer extensiva la cobertura de la póliza a conductas diferentes como “Esquema de Seguimiento”, desvirtuó el fundamento legal del contrato de seguros, irrespetó la literalidad y contextualidad del documento y violó el principio legal de interpretación objetiva.

Adujo que se violó el derecho de defensa de Holcim, al solicitar explicaciones por el “incumplimiento del esquema de seguimiento No. 3.4.1 de la Resolución No. 34804 de 2005”, y después de rendir el informe correspondiente, fue sancionada por otro cargo diferente como lo fue el “incumplimiento de compromisos”.

Reiteró que no se incumplieron los compromisos ofrecidos por Holcim S.A. y garantizados por la póliza de seguros, por lo que no existe siniestro, ni muchos menos base legal para cobrar el 100% del valor asegurado. Y, adujo que no es cierto que al expedirse esa póliza se hubiese acordado que el valor del siniestro fuese equivalente al monto del valor asegurado.

Frente a la sanción impuesta por la SIC, manifestó que la entidad ha debido proceder conforme con el principio de proporcionalidad inherente al proceso de imposición de una multa por “violación de disposiciones legales sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas”, para determinar el valor real del interés asegurado al momento del siniestro, el que es equivalente al monto de los supuestos perjuicios irrogados por Holcim, con ocasión al incumplimiento de “compromisos”.

Para concluir, dijo que el *a quo* desconoció la violación de las normas superiores y solicitó acceder a las pretensiones formuladas por Holcim S.A. y coadyuvadas por la Aseguradora.

6. Trámite en segunda instancia

Los recursos de apelación fueron admitidos por la Sección Primera de esta Corporación, mediante auto de 27 de agosto de 2012 (folio 4, cdno ppal 2).

7. Alegatos de segunda instancia

7.1. De HOLCIM

En escrito radicado el 11 de enero de 2013 (folios. 21 a 58, cdno ppal 2), la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

7.2. De Seguros Comerciales Bolívar

En escrito del 19 de diciembre de 2012 (fl. 20, cdno ppal 2), Seguros Comerciales Bolívar repitió los argumentos planteados

en el escrito de coadyuvancia y alegatos de primera instancia y solicitó acceder a las pretensiones formuladas en debida forma a través de la demanda presentada por Holcim.

7.3. De la SIC

Mediante escrito del 6 de noviembre de 2012 (fls. 8 a 15, cdno ppal 2), la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y pidió que se confirmara la decisión de primera instancia.

8. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En esta etapa procesal la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de esta Sección, conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada el 20 de marzo de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C en Descongestión, en los términos del artículo 129 del C.C.A., en concordancia con lo decidido en el Acuerdo de Descongestión No. 357 de 5 de diciembre de 2017, suscrito entre las Secciones Primera y Quinta de esta Corporación.

2. Actos demandados

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las Resoluciones 26361 de 11 de octubre de 2006 *“Por la cual se declara el incumplimiento de unas garantías”*, y 7492 del 16 de marzo de 2007 *“Por la cual se resuelve un recurso”*, proferidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

La Resolución 26361, en sus apartes más relevantes, es del siguiente tenor:

“[...]

*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 en examen consiste en fijar de manera unilateral – y no concertada- los precios del cemento se verá garantizado bajo el presupuesto de que **cada incremento o disminución del precio esté debidamente soportado, en documento que habrá de permanecer a disposición de la Superintendencia, en el cual se especifiquen los criterios tenidos en cuenta en la respectiva modificación. Nótese que en adición, se establece la obligación de dejar constancia escrita por la presidencia o del órgano competente para fijar el precio, sobre los criterios determinantes de la decisión.***

En la visita realizada por esta Superintendencia el 24 de mayo de 2006, se encontró que HOLCIM modificó sus precios en las siguientes fechas: (i) enero 27, (ii) marzo 23 y (iii) mayo 12 de 2006. En consecuencia, al tenor de la resolución de aceptación de garantías, debería estar a disposición de la Entidad los siguientes documentos:

- 1. La información correspondiente a los criterios tenidos en cuenta para determinar los precios de sus productos.*
- 2. Los soportes documentales respectivos.*
- 3. Cada una de las constancias suscritas por la presidencia o por el órgano competente para fijar los precios, donde se acrediten los criterios que se tuvieron en cuenta para la respectiva modificación del precio.*

De acuerdo con el acta de visita, HOLCIM entregó en un folio y sin fecha, el documento “Criterios Utilizados para la Determinación del Precio”. En este documento se señala que con base en la información recopilada en el sondeo de precios de fecha abril 27 de 2006, el cual incluye los sondeos de meses anteriores en donde se verifica que los precios de venta al público en Casanare, Arauca, Huila y Meta, se define hacer reajuste en los precios de venta a los distribuidores de estas zonas para ajustar los costos de comercialización a la realidad de los precios del mercado. Criterio señalado en el documento de garantías en el numeral 8 (señales y expectativas del mercado de cemento) y 10 (estructura del canal de distribución).

En lo que atañe al citado documento, debe destacarse el hecho de que ante la observación formulada por la Superintendencia en la solicitud de explicación respecto de que “[n]o 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 del 24 de mayo de 2006, que el documento

denominado Criterios Utilizados para la Determinación del Precio” fue elaborado y firmado el 24 de mayo de 2006. A este respecto, manifestó el mencionado señor Neira: “Como se hace alusión al hecho de que los criterios deberían estar escritos, durante la visita se trató de subsanar esa falla escribiéndolos en presencia de los funcionarios y este documento se firmó el mismo día de la visita. Reitero que los criterios como tales no se encontraban escritos en el momento en que fueron solicitados por que nosotros así habíamos interpretado el texto del otorgamiento de garantías”.

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 los precios, los criterios tendidos en cuenta para tales variaciones, por lo que resulta forzoso concluir que esta sociedad incumplió la obligación contenida en el numeral 3.4.1. y, por ende, el literal b del numeral 2 de la resolución N. 34804 de 2005.

[...]

4. Informe de auditoría presentada por la Sociedad Ernst y Young Audit LTDA.

Si bien la firma auditora concluye que HOLCIM no había realizado acuerdos o conductas anticompetitivas y que los precios habían sido fijados unilateralmente, el informe no estuvo acompañado de los documentos necesarios que le permitan a la Superintendencia llegar a la misma conclusión. Del mismo modo debe anotarse que dicho informe no reemplaza las constancias que, por cada modificación de precios debió dejar la presidencia o el órgano competente para fijar precios en HOLCIM.

Así las cosas, se concluye que HOLCIM no demostró el cumplimiento de las garantías aceptadas en la resolución No 34804 de 2005, respecto de las constancias que debió dejar.

Establecido el incumplimiento de los compromisos adquiridos en la resolución de aceptación de garantías número 34804 de 2005 por parte de HOLCIM (Colombia) S.A. según lo antes expuesto, habrá de (i) exigirse el cumplimiento futuro de dichos compromisos, (ii) declararse la ocurrencia del riesgo amparado mediante la póliza de seguro de cumplimiento No 1000-286352001 expedida por Seguros Comerciales Bolívar a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia, para los efectos previstos en el artículo 1077 del código de comercio, habrá de notificarse la presente resolución a la mencionada compañía de seguros, señalando que deberá tenerse como cuantía de la pérdida, el valor asegurado.

[...]”. (negrillas fuera del texto)

Por su parte, la Resolución 7492 del 16 de marzo de 2007, al resolver los aspectos del recurso de reposición presentado por Holcim determinó:

“[...]

Así el incumplimiento de las instrucciones- a las que refiere el artículo 2 numeral 2 del decreto citado- acarrea las sanciones previstas por la violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas mientras que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el esquema de seguimiento, al igual que el de los demás compromisos asumidos por las investigadas, conlleva la efectividad de la póliza de seguro de cumplimiento. Tal hecho resulta irrefutable, si se examina el artículo primero de la parte resolutive de la resolución 34804 de 2005 antes transcrito, en concordancia con el objeto del contrato de seguro que aparece en la póliza, [...]

[...]

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

[...]

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

[...]

Finalmente, la afirmación según la cual se violó el debido proceso por haberse tenido como prueba el informe del auditor en la resolución que se recurre y no con anterioridad a esta, resulta infundada, por cuanto la mencionada prueba documental, que no ofrecía duda en cuanto a su pertinencia, utilidad y conducencia, fue admitida y valorada en el acto administrativo No. 26361 de 2006, no obstante que llegó a la actuación con posterioridad al acto de pruebas. Cabe anotar que la obligación de pronunciarse con anterioridad a la decisión final en relación con la admisión de pruebas, se predica en aquellas que se niegan.

[...]

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

[...]

Ahora bien, 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 demostrar el monto de los perjuicios causados, en tanto que el valor de la suma a pagar por el acaecimiento del riesgo asegurado, ha sido definido previamente. Y basta con que incumpla alguna de las obligaciones que fueron garantizadas para que se haga efectivo el valor asegurado total y no –como pretende el recurrente- que se haga efectiva la póliza solo parcialmente, cuando el incumplimiento se contraiga a alguna o algunas de las obligaciones garantizadas.

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

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

[...]”.

3. El problema jurídico

La Sala debe determinar, en el presente asunto, si debe modificar, revocar o confirmar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, en la sentencia del 20 de marzo de 2012, que denegó las pretensiones de la demanda incoada por Holcim contra la SIC.

En concreto, se debe establecer si la SIC, a través de los actos acusados, podía declarar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución 34804 de 23 de diciembre de 2005, en virtud de la inobservancia por parte de HOLCIM S.A. del esquema de seguimiento en ella contenido, y si podía hacer

efectiva, por su monto total, la póliza de seguros otorgada para garantizar dicha obligación.

Al respecto, la Sala advierte que mediante la sentencia del 6 de octubre de 2017³, la Sección Primera de esta Corporación resolvió desfavorablemente el recurso de apelación presentado por Seguros Comerciales Bolívar contra la sentencia del 5 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la que fueron negadas las pretensiones de la demanda incoada contra las Resoluciones 26361 de 11 de octubre de 2006 *“Por la cual se declara el incumplimiento de unas garantías”* y 8827 de 29 de marzo de 2007 *“Por la cual se resuelve un recurso”*, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio- SIC en el seguimiento efectuado a las garantías constituidas por Holcim y aceptadas en la Resolución 34804 del 23 de diciembre de 2005.

Y precisa, además, 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 34804 de 23 de diciembre de 2005 y con la cobertura de la póliza de garantía.

4. Análisis del problema jurídico y de los cargos formulados en el recurso de apelación

4.1. El alcance de las garantías aceptadas en la Resolución 34804 de 23 de diciembre de 2005

Para resolver el cargo formulado por Holcim, en relación con que la SIC erradamente declaró el incumplimiento de las garantías otorgadas, es necesario analizar el contenido y alcance de las mismas.

La Resolución 34805 del 23 de diciembre de 2005 fue dictada en virtud de las competencias otorgadas a la SIC por el Decreto 2153 de 1992 *“por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”*⁴, vigente para la época, especialmente las contenidas en el artículo 4 numerales 10 y 12, que disponen:

³ M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁴ La norma fue modificada por la Ley 1340 de 2009.

" [...]

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 modificara la conducta por la cual se le investiga

[...]"

Las anteriores competencias se ejercen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 *ejusdem*, también vigente para la época de expedición 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. (subrayado y negrillas fuera del texto original)

En aplicación del inciso cuarto de la norma transcrita, la SIC tiene la facultad de dar por terminada una investigación por prácticas restrictivas a la competencia, siempre que el investigado brinde garantías de suspensión o modificación de la conducta presuntamente cometida. Dicha determinación implica la existencia de una serie de compromisos y actividades por parte de quien presuntamente ha realizado prácticas contrarias a la libre competencia, que en su integridad se constituye en plena garantía de que no se ejercerán de su parte actos que afecten la libertad de mercado.

En el *sub-lite*, la SIC aceptó, mediante Resolución 34804 de 2005, las garantías ofrecidas por HOLCIM, de la siguiente manera:

“SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN 34804 DE 2005

23 DE DICIEMBRE DE 2005

*POR EL CUAL SE ACEPTAN UNOS OFRECIMIENTOS DE
GARANTÍAS*

“ ...

CONSIDERANDO

SEGUNDO

Que mediante escrito radicado bajo el número 04115964-10193 del 10 de noviembre de 2005, los apoderados de las empresas CEMENTOS PAZ DEL RIO S.A., [...] HOLCIM (COLOMBIA) S.A., [...], 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. [...] 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:

1. **A establecer los precios de sus productos en forma unilateral y autónoma, de conformidad con los criterios que previamente establezca.**
2. **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 actualizado y listo a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio en cada una de las empresas investigadas.
3. **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, LOS INVESTIGADOS asumen los costos variables de producción como aquellos que aumentan o disminuyen en respuesta directa a un aumento o disminución del nivel de producción de la empresa. Así mismo asumen los costos medios variables de producción como los costos por unidad de producción que resultan de dividir los costos variables por el número de unidades producidas.

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

Combustible y energía

Materias primas

Empaques (no aplica para el cemento a granel)

Desgaste de piezas

Transporte dentro de 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 a favor de la SIC, por un valor igual al 100% del valor que hoy rige para la sanción máxima que esa autoridad podría imponer por la ocurrencia de las conductas que se investigan. Las pólizas de seguros o garantías bancarias tendrán una vigencia inicial de un año pero deberán ser prorrogadas hasta por dos años más según lo determine oportunamente la Superintendencia de Industria y Comercio. [...]

[...]

3.2. Obligación que se garantiza

De acuerdo con el procedimiento establecido para las investigaciones por violación a las normas sobre libre competencia en el Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, abrirá investigación cuando los resultados de la averiguación preliminar permitan concluir que existe mérito para ello. En esta medida, al abrirse la investigación se delimitarán los aspectos normativos y fácticos que serán objeto de instrucción, señalándose tanto las normas que podrían haberse contravenido, como las conductas particulares que se estima violarían la ley.

Ahora bien, la suspensión o modificación de la conducta constituye el compromiso principal que debe realizar quien tiene interés en acogerse a este mecanismo procesal. Por ello, el análisis que realizará el Superintendente consiste en establecer si lo ofrecido asegura o no, que de cumplirse, el mercado se verá liberado de las circunstancias que motivaron el inicio de la investigación.

Para tal propósito, el ofrecimiento debe hacerse en los mismos términos de la resolución de apertura, pues el compromiso del infractor debe versar íntegramente sobre los hechos investigados e implicar que éstos serán suspendidos o modificados.

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.

3.3 Garantía

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

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

Respecto al parámetro particular, habrá insuficiencia en cuánto pueda concluirse que la implementación de los compromisos propuestos incentiva los fines 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.; Compañía de Cementos Argos S.A.; Cementos del Caribe S.A., Cementos Ríoclaro S.A.; Compañía Colombiana de Clinker S.A.- Colclinker; Cementos de Caldas S.A.; Cementos de Tolúviejo S.A.- Tolcemento; Holcim (COLOMBIA) S.A. y Cemex 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 [...]

[...] 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 bancarias, lo que le otorga a esta entidad un grado razonable de confianza en cuanto a que lo ofrecido será efectivamente cumplido".

3.4 Esquema de seguimiento:

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.

[...]

"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 fuera del texto)

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.

En consonancia con lo anterior, no puede ser de recibo el argumento de Holcim encaminado a que la inobservancia del esquema de compromisos no da lugar a declarar el incumplimiento por parte de la sociedad, pues el mismo no atiende a la integralidad y literalidad de la Resolución 34804, de la cual se concluye que las garantías aceptadas se encaminan al cabal cumplimiento del esquema de seguimiento.

En el caso concreto, y como elemento demostrativo del incumplimiento del esquema de seguimiento al que alude la Resolución 34804, resulta claro que el 24 de mayo de 2006, fecha en que la SIC realizó la visita administrativa, la empresa Holcim 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 (fls. 4 a 9 cuaderno de pruebas).

En consonancia con lo anterior, no puede pretender la apelante que se probara de manera efectiva que realizó actos restrictivos de la libre 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.

4.2. De la cobertura de la póliza de garantía

El impugnante considera que la sentencia de primera instancia consideró erradamente que la póliza No 1000-2863520-01, expedida por Seguros Comerciales Bolívar, cubría el incumplimiento del esquema de seguimiento, cuando la misma, solo recaía sobre los compromisos relacionados con la no realización de prácticas restrictivas de la competencia.

Al respecto la Sala considera necesario revisar el objeto de la póliza (fls 62 a 65 Cdno.,1), 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 34804 DE 2005”

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 cumplimiento del mismo se encuentra cubierto por la aseguradora.

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 parte de Holcim, lo que lleva a concluir que la cobertura incluía el cumplimiento del esquema de seguimiento.

Al respecto, la Sección Primera de esta Corporación, en pronunciamientos anteriores se ha referido a 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, tal como se anotó con precedencia, 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 Superintendencia, 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 sostuvo la Sección Primera en la sentencia del 16 de octubre de 2014, al señalar:

“[...] 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 [...].⁵

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, obviando los mandatos contenidos en los artículos 1077, 1088 y 1089 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.

⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del dieciséis (16) de octubre dos mil catorce (2014) Exp. No. 2007-00111-01 Actor: Seguros Comerciales Bolívar S.A. contra Superintendencia de Industria y Comercio, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

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."

En el *sub examine*, la póliza emitida tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación impuesta mediante un 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)¹.

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 [...]”.*⁶

En ese mismo sentido, la doctrina ha señalado respecto de la cobertura de este tipo de seguros de cumplimiento lo siguiente:

“Tal como lo señala el tratadista Hernando Galindo (2005), 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 [...]”.*⁷

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, como se indica por la Superintendencia Financiera y la doctrina, los mismos corresponden a las afectaciones que se generarían por el eventual incumplimiento de las obligaciones garantizadas, por lo cual el monto 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 2153 de 1992⁸,

⁶ Superintendencia Financiera Concepto No. 2004004488-1. Marzo 10 de 2004.

⁷ El Seguro de Cumplimiento Laura Reyes, Felipe Baquero, Colección Fasecolda 35 años Junio de 2011.

file:///C:/Users/judi2s102/Documents/Odrinarios/25000232400020070011201%20Seguros%20comerciales%20Bolivar-%20VS%20SIC/el_seguro_de_cumplimiento.pdf

⁸ La redacción vigente para la fecha de la expedición de los actos administrativos acusados es la siguiente:

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, por lo que la Sala no encuentra que los actos administrativos enjuiciados hayan desconocido la regla contenida en los artículos 1077, 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 SIC o del propio Estado, pues, como se advirtió, esta correspondió al valor fijado como consecuencia del incumplimiento de los compromisos adquiridos por la demandante.

Finalmente, 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 No. 00358 del 19 de enero de 2005, la sociedad Holcim 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 SIC aceptó los

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. (negrillas fuera del texto)

ofrecimientos de garantías propuestos por Holcim, mediante la Resolución No. 34804 del 23 de diciembre de 2005, cuyo incumplimiento devino en la ocurrencia del riesgo amparado por la póliza No. 1000-286352001 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.

Por las anteriores razones, la Sala considera que los cargos formulados por la parte demandante carecen de vocación de prosperidad y, en consecuencia, confirmará la sentencia de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

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

III. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 20 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección C, en Descongestión, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero